

Revista de Derecho
de la
Universidad Católica
del Uruguay

CONSEJO ASESOR NACIONAL

ABAL, Alejandro
BLENGIO, Juan
CASSINELLI MUÑOZ, Horacio
CERVINI, Raúl
DE CORES, Carlos
DURÁN, Augusto
HERBERT, Ronald
LANDONI, Ángel
OPERTTI, Didier
OTTATI, Amadeo
RIVERO, Mabel
SARLO, Oscar
VAN ROMPAEY, Leslie

CONSEJO ASESOR INTERNACIONAL

AGUIAR DE LUQUE, Luis (España)
ÁLVAREZ, Luis Fernando (Colombia)
CASAL, Jesús María (Venezuela)
CEA EGAÑA, José Luis (Chile)
FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (España)
GANDOLFI, Giuseppe (Italia)
GARCIA BELAUNDE, Domingo (Perú)
LACOURSIÈRE, Marc (Canadá)
LEMIEUX, Pierre (Canadá)
MEZZETI, Luca (Italia)
NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A. (España)
NEDEL, Carlos Antonio (Brasil)
NEGRÓN, Mariano (Puerto Rico)
OTERO PARGA, Milagros (España)
ORTIZ, Loretta (México)
SAGÜÉS, Néstor (Argentina)
WOISCHNIK, Jan (Alemania)

REVISTA DE DERECHO
DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

VIII

CONSEJO DE REDACCIÓN

*Héctor Gros Espiell
Juan Carlos Peirano
Martín Risso Ferrand
Eugenio Xavier de Mello*

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Gabriela Aguirre Grompone



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

De esta edición:

© 2005 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

8 de Octubre 2738 - CP 11600, Montevideo

Teléfono 487 2717 - Fax 487 0323

Internet: <http://www.ucu.edu.uy> - Correo electrónico: gcampo@ucu.edu.uy

© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453 - Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943 / -3974 - Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Correctora

María Cristina Duto

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 337.311 - Comisión del Papel

Edición amparada por el Decreto 218/96

ISSN 1510-3714

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:

Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600, Montevideo, Uruguay. Teléfonos (5982) 487 2717* - Fax (5982) 487 5225. E-mail: fderecho@ucu.edu.uy

Todos los derechos reservados.

Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma, ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro medio conocido o por conocer, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
DOCTRINA	
APROXIMACIÓN AL COMBATE DEL <i>RECICLAGGIO</i> ORIGINADO EN ACTIVIDADES TERRORISTAS	
<i>Raúl Cervini</i>	15
JUAN JOSÉ AMÉZAGA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1918	
<i>Héctor Gros Espiell</i>	35
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE	
<i>Martín Riso Ferrand</i>	49
SITUACIÓN DE LOS ACREDORES HIPOTECARIOS ANTE UN EVENTUAL SALDO DE CARÁCTER QUIROGRAFARIO EN CASO DE CONCORDATO PREVENTIVO DEL DEUDOR	
<i>Adriana Bacchi Argibay</i>	91
HÁBEAS DATA	
<i>Walter D. Guerra Pérez</i>	135
LA NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO PENAL	
<i>Pablo Galain Palermo</i>	159

**TRABAJOS PRESENTADOS EN EL MARCO DE LAS III JORNADAS
INTERUNIVERSITARIAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

PRESENTE Y FUTURO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

UNA VISIÓN LATINOAMERICANA

- José Luis Cea Egaña* 205

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO SOCIAL

Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

- Ricardo Haro* 219

NUEVAS FRONTERAS DE LA IGUALDAD.

EL RECURSO AL DATO SOCIOLOGICO Y AL INTÉRPRETE

EXTERNO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- Néstor Pedro Sagüés* 229

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

- Carlos Hugo Valdez* 241

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA N° 80 DEL 20 DE ABRIL DE 2005

DICTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. 281

EL HONOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS ANTE

CUESTIONAMIENTOS A SU ACTUACIÓN

- Adriana Di Giovanni Nicola* 287

INFORMACIÓN

REGLAMENTO DE LA REVISTA DE DERECHO 317

PRÓLOGO

Este número de la *Revista de Derecho* presenta algunas características especiales que corresponde destacar.

En primer lugar, debe señalarse que el Consejo Académico de la Facultad de Derecho, en su sesión ordinaria del mes de febrero de 2005, resolvió que esta entrega de la *Revista* se hiciera en homenaje a dos grandes profesores y juristas recientemente fallecidos, los profesores Enrique TARIGO y Víctor BERMÚDEZ. En este sentido se incorporan varios trabajos, especialmente de Derecho procesal, en el marco del referido homenaje.

También debe mencionarse la realización, en junio de 2005, de un evento con características especiales y sobre el que es necesario hacer algo de historia. En el año 2003, la Universidad Católica de Córdoba organizó las Primeras Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional, y las repitió con singular éxito en 2004. En esa ocasión, el entonces decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Prof. José REY NORES, propuso transformar este exitoso evento en una actividad internacional anual cuya sede fuera rotativa entre universidades de la región, y así sugirió que las Terceras Jornadas, las primeras fuera de Argentina, se realizaran en Montevideo, lo que fue aceptado.

Así, con el auspicio de la Intendencia Municipal de Montevideo y la Fundación Konrad Adenauer, desde el 8 hasta el 11 de junio se realizaron en Montevideo las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, con la participación de más de setecientos estudiantes y más de cuarenta profesores de Derecho constitucional y derechos humanos de las siguientes entidades:

- De Brasil: la Universidad Católica de Pelotas y Unisinos.
- De Chile: la Universidad de las Américas, la Universidad Andrés Bello, la Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad Católica de Chile.

- De Argentina: la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Blas Pascal, la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de La Rioja, la Universidad Nacional del Litoral, la Universidad Católica de Córdoba, la Universidad Nacional de Cuyo, la Universidad de Mendoza, la Universidad Siglo XXI y la Universidad Católica Argentina.
- De Perú: la Universidad Católica de Santa María.
- De Guatemala: la Universidad Rafael Landívar.
- Y de Uruguay: la Universidad de la República, la Universidad de Montevideo y, por supuesto, la Universidad Católica del Uruguay.

Los trabajos de las delegaciones estudiantiles se pueden encontrar en la página web de la Universidad Católica del Uruguay, www.ucu.edu.uy, y en este número de la *Revista* incluimos algunas de las conferencias dictadas por profesores extranjeros en el referido evento.

Estas Jornadas Interuniversitarias han constituido un acontecimiento sin duda singular y de gran trascendencia. El éxito logrado y el entusiasmo de todos los participantes permitieron que se acordara la realización de las IV Jornadas el año próximo en Brasil, bajo la organización de Unisinos.

En tercer lugar, debe hacerse un trascendente anuncio respecto a la presente publicación. El Consejo Académico de la Facultad de Derecho resolvió encomendar al Consejo Editorial de la *Revista* que se procediera a arbitrarla y adecuarla a los parámetros internacionales. La tarea no es sencilla; una publicación arbitrada implica un gran esfuerzo de organización, por cuanto es necesario elaborar y cumplir puntual y escrupulosamente con los reglamentos que aseguren la correcta evaluación de los trabajos en un esquema de anonimato y de autoridad técnica y ética de los evaluadores. De la misma forma, el propósito de facilitar el acceso y la consulta a los trabajos de la *Revista* en un mundo interconectado y comunicado por los avances tecnológicos hace necesario revisar la presentación de los artículos, utilizando resúmenes (en español y en inglés) y un sistema de palabras clave en dos idiomas que permita que la publicación sea fuente de consultas internacionales.

Ante lo complejo de la tarea, el Consejo Editorial decidió avanzar gradualmente. En este número ya se podrá encontrar el nuevo formato de los trabajos y la estructura permanente de la *Revista*, que contará con dos secciones fijas (una de trabajos doctrinales arbitrados y otra de recensiones), más una tercera con contenido variable, que podrá contener jurisprudencia o documentos sobre temas académicos o de interés general.

Asimismo, el Consejo ya ha aprobado el Reglamento de la *Revista*, que podrá ser consultado en este número y en www.ucu.edu.uy.

También, y dada la condición de publicación arbitrada que se iniciará, resultaba necesario conformar dos consejos asesores: uno integrado por destacados juristas nacionales, que anualmente procederán a celebrar una reunión de evaluación del (de los) número(s) de la *Revista* aparecidos en el último año, y un consejo integrado por profesores extranjeros, que recibirán regularmente la publicación y a quienes se les solicitará una constante evaluación de la *Revista* por escrito.

Lo anterior constituye un primer paso, tendiente a que el próximo número ya esté definitivamente arbitrado, a cuyos efectos se creará un lugar en la página web de la Universidad Católica del Uruguay para que los interesados puedan informarse sobre la *Revista* y consultar el reglamento y las listas de evaluadores.

Sin exagerar, creemos que iniciamos una nueva etapa de esta publicación, cargados de desafíos y optimismo.

Montevideo, 25 julio de 2005.

DOCTRINA

Aproximación al combate del *reciclaggio* originado en actividades terroristas^{..}

Raúl Cervini*

RESUMEN. El abordaje del tema del lavado de dinero originado en actividades del terrorismo internacional presupone una previa redefinición metodológica de los fenómenos delictivos y macrodelictivos económicos. El clásico sistema de análisis clínico-sintomatológico debe ser necesariamente complementado por un análisis tomográfico de los mecanismos económicos para detectar, a partir de sucesivas instantáneas, los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad del sistema. Dentro del enfoque clínico, justifica una especial consideración el funcionamiento de las llamadas *networks ilícitas*, que son redes profesionales de intercambios ilícitos recíprocos muy empleadas tanto por el delito organizado convencional como por el terrorismo, cada uno desde diferente perspectiva y con diversa finalidad. Dentro del sistema de análisis que denominamos tomográfico es de resaltar su procedimiento de trabajo y sus implicaciones prácticas. Ellas sirven para diferenciar los procesos de lavado de activos del narcotráfico de los del terrorismo. Esa clara diferencia se acentúa cuando se estudian los condicionamientos socioestructurales que dificultan la prevención y represión del lavado de activos del terrorismo, particularmente cuando entra a funcionar el sistema clandestino de movilización de activos conocido como *Hawala*.

ABSTRACT. The approach of money laundering as a result of international terrorist activity presupposes a previous methodological redefinition of economic criminal and macro-

^{..} Contribución inédita basada en ponencias presentadas por el autor en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: *Economia illegale e mercato finanziario. La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaría General para Europa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004, y en la reciente Cumbre Académica Contra el Terrorismo: *Aspectos políticos, culturales, jurídicos y económicos*, celebrada en el Centro de Congresos de Madrid, marzo del 2005.

* Catedrático de Derecho Penal y director del Área Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor titular (G 4) de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y segundo vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS).

criminal phenomena. The classic system of symptomatic-clinical analysis has to be necessarily complemented by a tomographic analysis of the economic mechanisms to detect the technical and practical vulnerability levels of the system from instantaneous successive instant images. Within the clinical framework, special consideration should be given to the functioning of the so called "unlawful networks" which are professional networks of reciprocal unlawful exchanges largely used both by conventional organized crime as well as by terrorism, each one from a different perspective and with varied aims. The work procedure and the practical implication of the same are emphasized within the tomographic analysis system. These implications are used to differentiate between money laundering from drug trafficking and terrorism. This clear difference is more noticeable when the socio-structural conditioning, which hinders the prevention and repression of terrorism money laundering, is studied, especially when implementing the clandestine money transferring system known as "Hawala".

PALABRAS CLAVE. Reciclaggio; análisis clínico-sintomatológico; análisis tomográfico; netwoks ilícitos; diásporas migratorias; trazabilidad financiera; condicionamientos socio-estructurales; el Shura Majlis; el sistema Hawala.

KEY WORDS. Reciclaggio; symptomatic-clinical analysis; tomographic analysis; unlawful networks; migratory diasporas; financial traceability; socio-structural conditioning; Shura Majlis; the Hawala system.

Sumario. 1. Planteos introductorios. 2. Los aspectos metodológicos. 2.1. Aproximación clínica. 2.2. Análisis tomográfico de los mecanismos económicos. 3. Condicionamientos socioestructurales que dificultan adicionalmente el problema de la prevención y represión del reciclaggio del terrorismo islámico. 4. Sugerencias finales sobre la forma de abordar la prevención y represión del reciclaggio de fondos del terrorismo.

1.

PLANTEOS INTRODUCTORIOS

1. Entendemos que todo abordaje del tema global del terrorismo, especialmente en lo que refiere a la prevención y el combate al *reciclaggio* de sus actividades y financiamiento, tiene componentes metodológicos inherentes a los mecanismos financieros involucrados y componentes culturales, principalmente en lo que refiere al terrorismo fundamentalista islámico. Hemos señalado en nuestra ponencia del pasado año, durante el IV Curso de Especialización, dedicada a la “Macro o extracriminalidad económica como riesgo de empresa”, que una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica —como lo son sin duda alguna también los procesos de *reciclaggio* del terrorismo internacional— requieren una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos y culturales involucrados.

2. En lo que refiere a los aspectos metodológicos, hemos expresado que hay dos formas de abordar las modalidades de extradelicuencia. Una es el *análisis clínico-sintomatológico* de aquellas aristas que definen, que singularizan como síntomas característicos este tipo de desviaciones macroeconómicas. La otra metodología posible consiste en revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un *análisis tomográfico* de dichos meca-

nismos para detectar, a partir de sucesivas instantáneas operativas, los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.¹

3. La criminalidad en su conjunto (convencional o no convencional) es simplemente un subproducto estructural. Por ello insistimos en que estas notas características de la macrodelincuencia terrorista se vinculan tanto a las estructuras del quehacer económico como a las del control social formal y difuso inherentes al espacio cultural donde suceden sus actividades. Hemos dicho y reiterado que las dos metodologías de apreciación de la macrodelincuencia económica a las que hemos llamado *análisis clínico-sintomatológico* de la macrocriminalidad económica y *análisis tomográfico* de los mecanismos económicos no son de modo alguno contrapuestas, sino *sustancialmente complementarias y confluyentes por representar perspectivas diferentes de una misma realidad estructural*, analizada sucesivamente desde sus síntomas operativos y desde la intimidad de los propios mecanismos económicos, cuyo uso ilícito u objetivamente abusivo se manifiesta en las citadas notas o síntomas.

En todo caso, el primer método, necesariamente atemperado por una perspectiva socioestructural, insoslayable tratándose del terrorismo islámico, sirve fundamentalmente para definir la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal en todos sus aspectos (legislativo, administrativo, judicial), así como las del control social difuso (la reacción o ausencia de reacción social). El segundo aparece como extremadamente idóneo para detectar científicamente en forma preventiva el posible ejercicio ilícito o abusivo de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Esta alternativa integradora posibilita un acotamiento racional y efectivo de los márgenes de invulnerabilidad que desde la perspectiva tradicional caracterizan a estas formas de extradelincuencia terrorista. Adicionalmente, esta metodología, que desnuda las desviaciones económicas desde su gestación económica y cultural, viabiliza un control por excepción y no por estándar, lo que permite un nivel razonable de funcionamiento de la garantía.

¹ Sobre aspectos metodológicos véase CERVINI, Raúl, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica", en "Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico", *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, año 3, nº 11, julio-setiembre de 1995, y "Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico", en obra colectiva *Ensaios penais em homenagem ao Profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*, Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2003.

2.

LOS ASPECTOS METODOLÓGICOS

2.1. APROXIMACIÓN CLÍNICA

1. Mucho se ha escrito respecto de las aristas más salientes del terrorismo internacional y sus conexiones con el mundo financiero, no siempre con la seriedad y conocimiento que el tema requiere. El análisis clínico permite visualizar su carácter *transnacional*, ya que sus manifestaciones se caracterizan por una suerte de ubicuidad en el despliegue de su proceso ejecutivo que las sitúa en diferentes territorios nacionales.² La acción policial y judicial se enfrenta en estos casos con problemas específicos, tanto en el terreno de los hechos como en el jurídico.³

Modernamente se reconocen dos formas de asistencia o cooperación internacional en materia penal:⁴ la *administrativa*, que es fundamentalmente policial pero que puede tener otras expresiones no necesariamente conectadas con la policía, y las variadas formas de *cooperación judicial penal internacional*.⁵

El *reciclaggio* terrorista también traduce un *abuso de la posición dominante*, un uso abusivo de los recursos de poder de que se dispone. Para nosotros se expresa no sólo en el

² RESTA, Elgio: "Relato sobre aspectos sociales-económicos", en *XI Congreso Internacional de Defensa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del movimiento de la Defensa Social*, Buenos Aires, 27 de octubre-1º de noviembre de 1986, repartido mimeográfico Sub. 8, pág. 7; cf. RISSI, Eduardo Mario: *La transnacionalización en la sociedad contemporánea*, Jasil, México, 1991. El crimen organizado de carácter transnacional y el terrorismo, como bien ilustra Elgio RESTA, rompen el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establecen fuera de su alcance y, usando el lenguaje de la cibernetica, "un sistema no puede sobrepasar sus propios límites". Este tipo de delitos no sólo traspasa las fronteras nacionales sino que las utiliza, precisa y deliberadamente, para sus fines, puesto que la policía, como el Derecho penal al cual sirve, está delimitada por el principio de territorialidad. Su límite de acción termina en la frontera del país donde desarrolla su actividad y toda intrusión policial y judicial foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de Estado soberano.

³ ROUX, Jean André: "L'entre'aide des États dans la lutte contre la criminalité", en *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1932, t. 36, pág. 87. Precisamente, para abarcar conceptualmente todo este movimiento de medios y recursos destinados a combatir las manifestaciones transnacionales de la delincuencia, el citado ROUX señala tres formas de auxilio recíproco: el policial, el judicial y el legislativo.

⁴ Cf. TROUSSE, Paul-Émile, "Quelques aspects de la collaboration des États dans l'administration de la justice répressive", en *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruselas, 1968, pág. 11; STORDAHL, Frank: "Modalidades de extrayuda penal internacional", texto de la conferencia pronunciada durante el 2º Curso de Cooperación Internacional en Temas Penales, Universidad del Estado de Florida, mayo de 1991, Doc. Bc45-3, pág. 26; FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, 1ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1977, pág. 208.

⁵ Sobre cooperación penal internacional: CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juarez, *Principios de Cooperación Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2000; ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; SEVERIN, Louis W.; CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez, y otros: *Curso de Cooperación Penal Internacional*, publicación conjunta de la Universidad Católica del Uruguay, el ISIEC (Valença, Río de Janeiro) y el International Center Of Economic Penal Studies (Secretaría Latinoamericana), Carlos Álvarez, Montevideo, 1994.

campo económico y político, sino también y necesariamente en el ámbito de la especialización profesional, cuya manifestación más relevante es el dominio funcional operativo de los medios tecnológicos.

Son también visualizables mediante este método el *sobredimensionamiento del daño*, la *mutabilidad de sus operaciones* y su flagrante *impunidad*.

2. Hay otra faceta del análisis clínico que merece especial atención cuando se estudia el *riciclaggio* del terrorismo; se trata de las llamadas *networks ilícitas*.

Los macrodelitos financieros del delito organizado y particularmente los vinculados al terrorismo internacional se producen en forma que aparena una legalidad absoluta, y esta característica se conecta directamente con una variable de abuso de poder ya descrita: la especialización profesional, a la que otorgamos creciente importancia. También se conecta con el funcionamiento de ciertos *estándares de fiabilidad ilícita reservada* que otorgan las *networks ilícitas*. Por otra parte, la propia existencia y viabilidad de estos conductos de apoyo, comunicación, asesoramiento e intercambios denuncia la coordinación de actividades a escala global del actual crimen organizado y del terrorismo (la red).⁶

Toda organización desarrollada, principalmente si se dedica a macrodelitos financieros conectados con el terrorismo, además de procurar una planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales. Más aún: debe imperiosamente participar en algún nicho del mercado legal para tener así una “segunda pierna” de apoyo o “cobertura táctica” que le permita ocultar y encubrir sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la *zona gris* de la economía. A efectos de viabilizar e incluso legitimar parte de sus actividades, resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política, economía y religión, los que conforman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración dentro de ciertos marcos a las actividades legales. Esto nos lleva a tratar sucintamente un subproducto funcional de la estrategia global: las *networks ilícitas*.⁷

⁶ Sobre las características generales del fenómeno del delito organizado y su enfoque analítico, véase: GOMES, Luiz Flavio, y CERVINI, Raúl, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, 2^a edición, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 1997, págs. 246 y ss.

⁷ CERVINI, Raúl, “Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks ilícitos*”, en *Revista de Ciencias Penales*, nº 5, 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra, Mave, Corrientes, 2000; “I processi di riciclaggio

Debe tenerse presente ante todo que estas transacciones ilícitas, por su misma naturaleza, se desarrollan en circunstancias que excluyen una de las características fundamentales de los modernos mercados capitalistas: *la impersonalidad de los intercambios*. Es indiscutible que el delito organizado y el terrorismo funcionan, dentro de sus obvios particularismos, como un gran *holding* de vínculos estrictamente compartimentados.

Por eso, para el delito organizado transnacional y el terrorismo resulta mucho más económico y seguro confiar en determinados canales privilegiados de comunicación e intercambio, capaces de garantizar un cierto *estándar de fiabilidad ilícita* para todos los miembros del circuito clandestino.

Estos canales son las mencionadas *networks ilícitas*, que pueden ser categorizadas como una forma de relación intermedia entre un clan y una burocracia, en condiciones de combinar los rasgos típicos tanto de las organizaciones formales como de los grupos primarios *cara a cara*.⁸

El miembro de un grupo mafioso, especulativo ilícito o terrorista puede confiar hoy en una trama de *puntos* de solidaridad y protección de extensión geográfica multinacional y multicultural, dotada de una cualidad de confiable permanencia y de estandarizaciones típicas de la burocracia, así como de la elasticidad y la fiabilidad características del grupo informal. En el interior de este retículo pueden circular bienes, servicios, prestaciones y contraprestaciones de naturaleza ilícita a costos y riesgos relativamente bajos; la misma participación en la *network* es garantía de la “seriedad” y “profesionalidad” de los participantes.

Los emprendimientos ilícitos referidos a tráfico de piedras preciosas, armas, drogas, seres humanos, e incluso las actividades del terrorismo, se encuentran funcional-operativamente vinculados por este particular sistema de *mecanismos de arbitraje ilícito*. Nada más eficiente y funcional que cambiar drogas por armas, personas secuestradas por permisos de tránsito en ciertas “zonas liberadas”. Estos acuerdos arbitrales se caracterizan por su extrema velocidad, ahorro de costos, minimización de riesgos, etc.

El uso de las *networks ilícitas* confiere a la actividad de los operadores ilegales una dosis suplementaria de mimetización, debido a la tendencia de los primeros a sumergirse, a su vez, dentro de sistemas mucho más amplios de relaciones de tipo reticular que pueden

di denaro e network illeciti. Approssimazione metodologica e sue conseguenze”, en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, nº 3, Ufficio, Milán, junio 2001, e “Illicit Networks. Unlawful professional practices in organized crimes”, en *Law Contents*, vol. 29, nº 6, Alba Sons, Nueva York, nov.-dic. 2001, págs. 45 y ss.

⁸ CERVINI, Raúl: “Lavado de dinero”, ponencia al 3^{er} Curso Internacional de Ciencias Criminales Integradas, Universidad del Estado de Florida, Miami, 1991.

corresponderse con variados factores, como las diásporas migratorias y los llamados *networks* de poder, estructuras que tanto el crimen organizado como el terrorismo fundamentalista aprovechan y canalizan hacia sus designios.

Las diásporas migratorias pueden ejemplificarse con los grupos mafiosos sicilianos empeñados a escala mundial en el comercio internacional de la heroína. El retículo de referencia está formado por las relaciones entre el vasto número de comunidades de emigrantes de Italia del sur establecidas en Europa, América y Australia entre principios del siglo XX y la década de los años setenta. El hecho de que las *networks* criminales no representen, en este caso, más que una parte numéricamente despreciable de individuos entre más de 10 millones de expatriados no hace más que contribuir a acrecentar el nivel del secreto, la diversificación y la escalada de intercambios ilícitos. En un esquema de actuación más reducido también puede mencionarse el caso de la mafia italiana de Nueva York, que controla en ese estado, desde hace varias décadas, los negocios de la construcción, la basura y el pescado, entre otros, y canaliza el producto de sus actividades a través de similares vías. Análoga situación se da con los millones de trabajadores islamitas que trabajan por todo el mundo sin integrarse plenamente. Sus referencias culturales, vínculos sociales y religiosos siguen siendo los originarios. Como veremos, el terrorismo islámico se aprovecha de esta característica en varios sentidos.⁹

Por su parte, las *networks de poder* se concretan en las relaciones entre los miembros asociados voluntarios con objetivos declarados de naturaleza muy diversa y aparentemente legal (asistencia profesional, intercambio de conocimientos y contactos, beneficencia, promoción de valores culturales y religiosos, etc.), pero que acentúan el carácter reservado y semiscreto de sus actividades y la propia identidad de los inscritos. Ambas variables son funcionales al terrorismo internacional.

2.2. ANÁLISIS TOMOGRÁFICO DE LOS MECANISMOS ECONÓMICOS

1. La otra metodología posible para el análisis de la extradelincuencia económica mafiosa o terrorista, a nuestro juicio complementaria, se proyecta desde la intimidad funcional de los mecanismos económicos hacia los niveles abusivos del poder. Agudamente se ha preguntado TIEDEMANN: ¿cuándo puede considerarse que el alza de los precios

⁹ RAMOS ALBORNOZ, Willy, "Anatomía del terrorismo internacional. El desafío a la racionalidad Occidental", en *Revista Antropológica Occidental*, vol. V, nº II, NHJ, México, 2003.

excede los límites de lo éticamente lícito?¹⁰ Nosotros agregaríamos: ¿cuándo puede decirse que excede los límites de lo éticamente lícito y se vuelve económicamente abusivo? La cuestión central es: ¿Cuándo se está ante una conducta objetivamente abusiva?, ¿cuándo ese abuso adquiere relevancia penal? Para responder a estas preguntas se requiere una postura metodológica diferente.

Este segundo método procura responder a esos cuestionamientos básicos desde las entrañas de los mecanismos involucrados. Presupone una penetración gradual en el fenómeno económico, desde sus instancias macro hasta sus manifestaciones micro, a través del análisis científico de sus mecanismos. El método concreto de análisis de los mecanismos puede variar sustancialmente según la particular dinámica y características del sector de actividad estudiado, pero no así el esquema básico de trabajo. Éste se basa, en todos los casos, en un análisis comparativo de la trama de relaciones de los mecanismos económicos involucrados. Funciona como un tomógrafo médico que por medio de sucesivas fotos va siguiendo el proceso hasta detectar la desviación por comparación. No estamos sosteniendo que todos los fenómenos de macodelincuencia económica sean aprehensibles por este procedimiento, pero sin duda lo son en su mayoría. Con esta salvedad podemos decir que, en términos generales y esquemáticos, el método de trabajo básico podría sintetizarse de la siguiente manera:

- El primer paso sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen los diferentes nichos o sectores de la actividad económica del país.
- Cumplida esa etapa, procede definir, en una segunda instancia, los diferentes nichos, canchas o *layers* a analizar (por ejemplo: industria de la vestimenta, mercado de cambios, etc.).
- Seguidamente (tercera etapa) se define cada *jugador* (empresa) que integra la rama o nicho de la economía.
- La cuarta y fundamental instancia consiste en analizar las relaciones de esos mismos jugadores entre sí, principalmente las relaciones entre insumos y productos, es decir, de dónde vienen los insumos y adónde van los productos.

2. Por ejemplo, si se constata que toda una industria —o la mayor parte— contrata los insumos a un solo proveedor, se puede científicamente asegurar que toda la

¹⁰ TIEDEMANN, Klaus: *Poder económico y delito (Introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985, pág. 58.

industria está controlada por un solo *jugador*. Este procedimiento de análisis permitirá definir el nivel de uso normal, atípico o abusivo del poder e implementar los correctivos técnicos y legales del caso.¹¹ Este esquema de trabajo puede incluir similares chequeos de otras terceras sociedades localizadas en otros tantos países. Todo muy complejo pero decididamente no imposible.¹²

En mayo de 1990 se publicó en Estados Unidos un informe sobre las conexiones entre los sindicatos criminales y la industria de la construcción en el estado de Nueva York.¹³ Las implicaciones de grandes sectores de esa industria con la criminalidad organizada surgieron, en lo medular, de testimonios ante la Comisión Investigadora y las Cortes. Se puede decir que a través de un análisis minucioso de los mecanismos económicos involucrados en la industria de la construcción (relaciones entre insumos y productos) se podría haber llegado, incluso con mayor certeza y rigor, a las mismas conclusiones. Este nicho de actividad se caracteriza por la necesaria confluencia de diversas actividades industriales colaterales (fabricantes de hormigón, acero, mampostería, etc.) y laborales (operarios de estructuras, albañiles, finalistas, sanitarios, etc.) que deben coordinarse en un rígido calendario de obras. Cada fase de la construcción depende del resultado de la anterior, y una alteración en el calendario de esas grandes obras puede anular la rentabilidad del proyecto. El delito organizado controla muchas industrias colaterales de la construcción (suministro de acero) y los propios sindicatos laborales. Esto hace que la indus-

¹¹ Si se analiza con el mismo procedimiento el manejo de los *commodities* de frutas y verduras, sector de actividad de impresionantes dimensiones, los resultados podrán resultar igualmente clarificadores. En este nicho del mercado la producción se encuentra normalmente atomizada y se suele abonar en efectivo. Si se constata que esa producción es comprada por un solo intermediario o acopiadador, habrá que analizar pormenorizadamente las causas y connotaciones de esta operación. Por ejemplo, ¿qué hace ese acopiadador con la producción? Si nos encontramos con que la exporta a una empresa controlada por el mismo grupo, este nuevo dato constituye otro llamador o indicio de la existencia de un abuso de los mecanismos económicos que debe reglarse. Pero también debe observarse que en el otro conjunto económico-país (importador), el mismo método desnuda que los insumos son de un mismo proveedor, por lo que esa situación será de por sí extraordinaria y digna de cuidado en esta otra economía y ello no sólo por sus connotaciones fiscales, sino incluso como indicativo de otras situaciones más graves (por ejemplo: lavado de dinero). Esto se complica mucho más cuando se opera a través de sociedades puente fincadas en terceros países. La utilización de las mencionadas sociedades dificulta el seguimiento de las relaciones entre insumos y productos, pero no la imposibilita totalmente. En este caso, deberemos pasar al estudio de dicho entramado societario a efectos de desterrar su posible uso desviado. El procedimiento incluirá sucesivos análisis, de tipo legal-estatutario, del paquete accionario, de las personas que la manejan, procedencia de los insumos y destinos del producto de las referidas sociedades puente, etc.

¹² En torno al publicitado *caso Collor*, hemos tenido oportunidad de aplicar una metodología similar en el estudio de la regularidad jurídica de la mal llamada *Operación Uruguay* en opinión legal realizada a pedido del ministro Evandro Lins e Silva. Dicha consulta apareció publicada bajo el nombre “Operación Uruguay. Análisis de la regularidad jurídica y eficacia de su soporte documental”, en *A OAB e o Impeachment*, Conselho Federal da OAB, Brasilia, DF, abril de 1993.

¹³ NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Nueva York y Londres, 1990.

tria de la construcción en el estado de Nueva York sea particularmente susceptible a la extorsión o, simplemente, se encuentre mayoritariamente controlada por el delito organizado, que con su *influencia* tiene la posibilidad de evitar atrasos en el calendario de obras.

Si conocemos adecuadamente las características y función de un contrato de comisiones bancarias podremos distinguir con certeza un contrato de comisiones real de un simple *fronting* bancario. Si el banco no exige intereses a la parte deudora y el pretendido acreedor tampoco lo hace, se pone en evidencia que estamos ante un *autopréstamo*, indicativo de una evasión tributaria o, aún más grave, de una operación de lavado.

Esta metodología puede ser empleada con muy buenos resultados —dentro de las limitaciones naturales que impone la particular estructura de cada mecanismo investigado— en otros múltiples casos. Así, a partir de la observación técnica de sus mecanismos superiores pueden delinearse con extremo rigor, fuera de toda duda, las hipótesis de blanqueo de dinero y la mayoría de los delitos contra el sistema financiero y cambiario, delitos fiscales, grandes estafas, delitos contra el trabajo y la seguridad social, delitos contra la libre competencia y contra el consumidor, e incluso los crímenes informáticos y manejos abusivos del mercado de valores.

3. Naturalmente, el mismo recurso metodológico puede resultar sumamente pertinente en el momento de analizar la *trazabilidad*, o sea, el seguimiento financiero de los fondos vinculados al terrorismo internacional. Al respecto corresponde precisar que se alude a *trazabilidad de fondos* en un doble sentido: tanto la posibilidad técnica de delinear el origen como el destino o la aplicación final de fondos considerados críticos.¹⁴ Precisamente, el procedimiento propuesto es totalmente aplicable en instancias de individualización técnica y aprehensión jurídica de estos activos.

En el caso del terrorismo, esa variable derivada del análisis clínico ya identificada como *networks* ilícitas necesita ser complementada por un análisis concluyente realizado desde los propios mecanismos financieros utilizados. Pensemos por ejemplo en América Latina y en el caso de la *triple frontera* (Argentina, Brasil, Paraguay), donde conviven y se mezclan activos originados en el contrabando, el narcotráfico, el tráfico de armas y el terrorismo internacional. Más claro aún resulta el ejemplo de la llamada *frontera del*

¹⁴ BLOVICH, Saul, y CERVINI, Raúl, “Trazabilidad financiera del terrorismo internacional”, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03, Nueva York, diciembre 2003, pág. 110.

narcoterrorismo, donde se confunden las ciudades de Tabatinga (Amazonia de Brasil) y Leticia (capital del departamento colombiano de Amazonas). Dentro de esa zona los activos y prestaciones (apoyos) de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se mezclan e intercambian recíprocamente con los activos e insumos del narcotráfico colombiano y brasileño. Los servicios de inteligencia del Sistema de Vigilancia de la Amazonía (SIVAN) han denunciado que sobre la avenida de la Amistad, que limita ambas ciudades gemelas, se encuentran instalados escritorios de servicios profesionales a los cuales concurren tanto representantes del traficante Fernandino Beira-Mar (preso por el ejército de Colombia en abril de 2001) como el mismo Jorge Briceño, jefe militar de las FARC conocido como *Mono Jojoy*.

En principio se tiene la sensación de que grupos traficantes y terroristas persiguen fines muy diferentes; no obstante —al menos a corto o mediano plazo y con independencia del uso de la violencia y la intimidación—, ambos grupos delictivos tienen muchas necesidades comunes, entre ellas: esconder y mezclar sus ingresos ilegítimos con activos de origen legítimo, disponer de cobertura profesional y operativa internacional, proveerse de insumos críticos (lícitos e ilícitos) en las mejores condiciones del mercado y también compartir —en diversos niveles— estructuras de connivencia y corrupción pública. Estos insumos y otros más son cubiertos por redes profesionales de intercambio y servicios. Esas mismas *networks* ilícitas trasladan y/o compensan armas y drogas en el ámbito nacional e internacional. En cuanto a cobertura financiera formal, esos cuerpos profesionales planifican estrategias comunes de lavado, cruzan sus ejércitos de testaferros confiables disponibles en determinados paraísos fiscales e incluso ofrecen a sus clientes opciones de coparticipación en inversiones de corto plazo (por ejemplo: financiar una operación de tráfico de diversos insumos, mano de obra esclava u órganos humanos) o inversiones llamadas *planas*, de bajo perfil y largo plazo (inyecciones de capital en industrias tradicionales alicaídas), con posibilidades de rescate diferencial según la naturaleza de sus fines específicos. Frente a la evidencia de estas complejas coberturas formales, se impone la necesidad de recurrir a un análisis de tipo tomográfico para desentrañar tal maraña financiera.

En términos generales, los mecanismos económico-financieros responden a expectativas y motivaciones estandarizadas de los actores del mercado. Las motivaciones de un inversor común pueden ser muy diversas; estarán en el lucro, el deseo de diversificar opciones, la idea de protegerse de la inestabilidad general de los mercados, etc. Las motivaciones prevalecientes de los grupos terroristas sin duda alguna son otras. Por ello, cuando estos grupos incursionan en el mundo financiero, sus acciones se muestran con aparta-

mientos significativos y singularidades técnicamente incompatibles con el uso normal de esos mismos mecanismos. La ingeniería financiera puede adoptar variadas formas, pero en todos los casos procurará combinar racionalmente instrumentos de inversión y financiación respetando ciertas reglas operativas básicas de los instrumentos involucrados. Pues bien, cuando se trata de inversiones ligadas al terrorismo, los nuevos instrumentos financieros, como los contratos a plazo (*forward contract*), los contratos financieros de futuros (*futures*), permutas financieras (*swaps*) y opciones (*options*) se resolverán soslayando o desvirtuando las expectativas de resultados que brindan operaciones corrientes realizadas a través de esos mismos instrumentos. En tales casos, los programas de retorno, la exposición económica y los niveles de tolerancia al riesgo, etc., que esos actores se muestren dispuestos a soportar se caracterizarán por una aparente irracionalidad e incoherencia de comportamiento, denotativas de que las operaciones analizadas involucran dineros de origen crítico.¹⁵

3.

CONDICIONAMIENTOS SOCIOESTRUCTURALES QUE DIFICULTAN ADICIONALMENTE EL PROBLEMA DE LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL RECICLAGGIO DEL TERRORISMO ISLÁMICO

1. Pese a la disposición política internacional que se constató a partir de los acontecimientos del 11 de setiembre del 2001, cuya primera expresión regulatoria fue la severa Acta Patriótica de los Estados Unidos de América del 2001, que traduce una tendencia a la lucha global contra el terrorismo, los resultados hasta la fecha han sido bastante pobres en el ámbito financiero. Datos proporcionados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos reconocen que hasta setiembre del 2003 sólo se habían podido inmovilizar 140

¹⁵ Ibídem, págs. 112 y ss.

millones de dólares vinculados Al Qaeda.¹⁶ Si pensamos en los impresionantes volúmenes financieros que esta organización y sus asociadas movilizan, estos resultados son verdaderamente frustrantes.

La pobreza de estos resultados se debe en gran parte a que la lucha financiera contra el terrorismo internacional se ha encarado bajo los parámetros de control financiero propios del Occidente (conocimiento adecuado del cliente, verificación eficaz y/o fehaciente de su información, monitoreo de sus cuentas, resguardo documental de todas las operaciones, etc.). Muchas de esas regulaciones y prácticas internacionales de *debida diligencia* que se imponen en el mundo capitalista occidental son difícilmente controlables y en ciertos casos impracticables en una banca basada en *principios islámicos*.¹⁷ Volvemos a lo del principio: hay que conocer adecuadamente los mecanismos e instrumentos financieros en su contexto socioestructural para aprehender el problema con la mayor eficacia. La pretendida globalización del control financiero del terrorismo internacional tiene, en el caso de fundamentalismo islámico, límites infranqueables basados en prácticas culturales ancestrales. No es lo mismo estudiar los mecanismos de financiamiento y cobertura del movimiento nacionalista Patria Vasca y Libertad (ETA) que los del Armenian Secret Army for Liberation of Armenia (ASALA), el Frente de Liberación Nacional Corso (FLNC), el IRA o las FARC de Colombia. Mayores ajustes culturales impone la metodología de abordaje del mismo fenómeno tratándose de Al Qaeda y sus grupos asociados, entre otros: Al Zarwaki, Al Asar, Al Islami, Al Asar Muyahidim, Yemmah Islamiyah, Salami Yehadiya, el Grupo Salafista para la Predicación y el Combate, Al Sayyaf, Takfir Wal Hiyra, etc.¹⁸

2. Veamos específicamente algunos datos sobre la organización de Al Qaeda que nos servirán de ayuda para entender este problema. Estrictamente bajo la jerarquía de Bin Laden, funcionan en esta organización los *shura majlis*, que son consejos consultivos en varias áreas: militar, religiosa, medios de comunicación y ámbito financiero. El *shura*

¹⁶ Conf. *Terrorist Financing: Report 2003*, citado por LEVITT, Matthew, “Steaming the flow of terrorist financing: practical and conceptual challenges”, en *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 27, nº 1 (2003), pág. 33. En el mismo sentido, informe de la Comisión de Análisis Financiero de ICEPS, doc. 4F de julio 2004.

¹⁷ ABUZA, Zachary: “Cómo se financia el terrorismo islámista. La experiencia del Sudeste Asiático”, en Fernando REINARES y Antonio ELORZA, *El nuevo terrorismo islámista del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, págs. 225 y s.

¹⁸ GUNARATNA, Rohan, “La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid”, en Fernando REINARES y Antonio ELORZA, *El nuevo terrorismo islámista del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, págs. 79 y ss.

majlis financiero tiene 20 miembros, absolutamente especializados, de nombre reservado, que manejan ocho fuentes de ingresos fundamentales que seguidamente analizaremos.¹⁹

2.1. *Entrega de dinero en metálico por parte de correos personales*, normalmente trabajadores nómades o expatriados, integrantes de las diásporas migratorias aludidas al principio de este trabajo. El dinero procede fundamentalmente de donaciones privadas y subsidiariamente es producto de ilícitos convencionales. Todo este enorme flujo de dinero nunca pasa por los bancos u otros entes financieros, salvo excepciones derivadas de necesidades operativas o comerciales del grupo, ya blanqueadas.²⁰

2.2. *Beneficencia islámica*. Al Qaeda tiene infiltradas estas organizaciones desde la década del noventa. Se estima que la beneficencia saudí aporta más de 10 mil millones de dólares en todo el mundo. Según organismos especializados, se presume que de esa enorme masa dineraria se desvía hacia actividades de Al Qaeda un mínimo de 15% del total. Sólo en Arabia Saudita hay 300 organizaciones de beneficencia, que son las usadas con mayor frecuencia. También se emplean organizaciones de beneficencia paquistaníes e indonesias. Ejemplos paradigmáticos de éstas son el KISDI (Comité Indonesio de Solidaridad con el Mundo Islámico) y el KAMMI (Grupo de Acción Unido de Estudiantes Musulmanes).²¹

2.3. *Empresas fantasma y empresas tapaderas*. Estas corporaciones son numerosísimas y están difundidas por todo el mundo. Su apariencia de legalidad y el giro convencional de sus operaciones dificulta extremadamente su detección.²² Entre las individualizadas podemos citar: Green Laboratory Medicine de Malasia, Infocus Technology de Canadá, Minza Management Services de Estados Unidos. También se corresponden con

¹⁹ GUNARATNA, Rohan, *Inside Al Qaeda: Global Network of Terror*, Hurst, Londres. 2002, págs. 61 y ss. Igualmente, en el mismo sentido, ELEGANT, Simon, y TEDJASKMANA, Jason, “The Jihad’s Tale”, en *Time Asia*, 27 de enero de 2002.

²⁰ RATNESAR, Abud, “Confessions of an Al Qaeda Terrorist”, BIN (Badan Intelijen Negara, servicios secretos indonesios), “Interrogation Report of Omar al-Faruq”, doc. 3, pág. 26.

²¹ PERTH, Jeff, y MILLER, Judith, “Treats and Responses: The Money Trial”, en *The New York Times*, 28 de noviembre de 2002; BENNETT, Brina, “Wahhabism: Money Trial”, en *Time Asia*, 10 de marzo de 2003. Durante la guerra contra la ocupación soviética de Afganistán, los saudíes crearon tres sociedades benéficas: la Islamic International Relief Organization (IIRO), la fundación Al Haramain y la Islamic Relief Agency. La misma Al Qaeda ha creado más sociedades benéficas desde entonces. HUBARD, Mark, “Bankrolling Bin Laden”, en *Financial Times*, 28 de noviembre de 2001.

²² FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING, “Report on Money Laundering Typologies, 2002-2003”, 14 de febrero de 2003, pág. 3.

negocios legales controlados por Al Qaeda: Al Risalah Trading Company de Malasia, Constructora Gulf Shores SDN Bhd, etc.²³

2.4. *El sistema Hawala.* Se trata de un sofisticado vehículo para transferencias internacionales de los dineros terroristas; es un sistema no reglado, un verdadero sistema bancario clandestino. Por medio de Hawala ninguna transferencia es cableografiada; los nombres y cuentas del emisor y receptor no figuran ni quedan documentadas en ningún sitio accesible. Las comisiones por transferencia son tan solo del 1 ó 2%. Según las Naciones Unidas, por Hawala se movilizan 200 mil millones de dólares anuales. El ámbito de mayor actividad de Hawala se encuentra en Malasia, Singapur, Indonesia, Filipinas, y existen indicios de algunas transferencias realizadas hacia la zona de la *triple frontera* (Paraguay, Argentina, Brasil). Los analistas han puesto de manifiesto que el sistema Hawala está en pleno desarrollo, fundamentalmente en los países que tienen controles de divisas y un sistema institucional de casas de cambio operativamente débil.²⁴ Desde la nueva perspectiva que genera la realidad de los flujos financieros del terrorismo internacional, surge hoy la tendencia a revalorizar la actuación de un sistema reglado de casas de cambio autorizadas. Un funcionamiento eficiente y controlado de tales entidades puede constituir un real obstáculo para el desarrollo de sistemas de transferencia de capitales ilícitos totalmente informales y difusos, prácticamente incontrolables por las autoridades.²⁵

2.5. *Tráfico de oro y piedras preciosas.* Este sistema de financiamiento del *shura* financiero tiene evidentes ventajas. Ambos elementos, tanto el oro como las piedras, tienen un alto valor intrínseco, gran convertibilidad internacional y potencial anonimato de las organizaciones.²⁶

2.6. *Donaciones zakat e infaq.* Todos los musulmanes de la organización Al Qaeda e incluso los simpatizantes externos efectivos tienen el deber de aportar el 5% de sus ingresos a la célula en carácter de *zakat* (aporte de miembro) o *infaq* (aporte de

²³ CANADIAN SECURITY AND INTELLIGENCE SERVICE, "Interrogation Report of Mohamed Mansur Jabarah", sumario de interrogatorio de Faiz bin Abu Bakar Bufana, 29-30 de octubre de 2002.

²⁴ GAO, "Terrorist Financing: U.S. Agencies Should Systematically Assess Terrorists' Use of Alternative Funding Mechanisms", Informe n° GAO-04-164, noviembre de 2003. En igual sentido, BENZON, Jeremías, Informe 223C/2004, presentada en la reunión ICEPS de julio 2004, mimeo, Nueva York, págs. 39-43.

²⁵ Conf: Doc FINCEN, "Inter Agency interpretative guidance on providing banking services to money services businesses operating in the United States", FINCEN, Nueva York, 26 de abril de 2005.

²⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE ON MONEY LAUNDERING, "Report on Money Laundering Typologies, 2002-2003", 14 de febrero de 2003, pág. 19.

simpatizante). Estas donaciones se movilizan internacionalmente a través de entregas en metálico sin pasar normalmente por el sistema financiero. Su tránsito se viabiliza por medio de las diásporas migratorias ya mencionadas.²⁷

2.7. *Grietas en los sectores de los sistemas bancarios islámicos formales.* No puede afirmarse responsablemente que los bancos de Malasia, isla de Labuán, Brunei, Tailandia, Indonesia, etc., estén involucrados en el financiamiento terrorista, pero ofrecen variadas lagunas de control y apartamientos de los principios de *debida diligencia* de Basilea, basados en los *principios islámicos* acordes con el respeto a la reserva y a la palabra dada dentro de la comunidad islámica, expresión de suma confianza en las familias y sus integrantes basada en el *sharia*.²⁸

2.8. *Pequeña delincuencia, estafas, extorsión y secuestro.* Debe tenerse presente una valoración cultural de amplia aceptación en el Sureste Asiático: hay una larga tradición en utilizar dinero del crimen para sostener causas religiosas; se trata de una suerte de expiación de los pecados. A esto debe sumarse la creciente vinculación de orden comercial entre los grupos terroristas nacionales e internacionales y el crimen organizado. Como hemos visto, estos grupos comparten medios, estructuras, apoyos y asesores, verdaderas *networks* ilícitas como las que en América Latina funcionan en las ciudades fronterizas de Leticia y Tabatinga, en la frontera amazónica colombiano-brasilera.²⁹

²⁷ ICG, "Jemaah Islamiyah in Southeast Asia: Damaged but Still Dangerous", pág. 16.

²⁸ LARSEN, Maxim, "The financial rules and the Islamic bank applications", mimeo, ICEPS: MYM-65-04, Nueva York, julio 2004, págs. 56 y ss.

²⁹ SAN JURJO Eduardo, "Análisis financiero del terrorismo internacional", documento C26/2004 presentado en el seminario OSE, Brasilia, marzo de 2004, págs. 35 y ss.

4.

SUGERENCIAS FINALES SOBRE LA FORMA DE ABORDAR LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL *RECICLAGGIO* DE FONDOS DEL TERRORISMO

Por todo lo expresado, y a modo de síntesis necesariamente provisoria, debemos subrayar lo siguiente:

1. Para abordar con ciertas posibilidades de éxito el tema del *reciclaggio* del terrorismo es necesario recurrir a una revisión metodológica y al referente cultural correspondiente a cada caso.

En la faz metodológica deben integrarse las metodologías clínica y tomográfica. El compenetrado análisis de los síntomas o notas generales del fenómeno terrorista en sus aspectos financieros debe conjuntarse con el conocimiento adecuado de las modalidades de actuación de los propios mecanismos económicos involucrados. Ello resulta imprescindible para alcanzar un razonable control de las actividades ilícitas que se procesan por su intermedio, en el contexto sistémico de determinado grupo de terrorismo internacional. Para ello se requiere una metodología especial apropiada al objeto específico de análisis, individualizado tanto por su faz operativa como por los particularismos de su contexto sociocultural.

2. La metodología idónea —principalmente en el caso del terrorismo islámico— siempre estará condicionada por factores culturales que inciden sobre la conducta de los operadores individuales y también sobre la estructura, los fines y la efectiva implementación de control del sistema financiero formal analizado.

3. Por todo ello puede afirmarse que el sistema financiero formal tiene un papel absolutamente subsidiario y menor en lo que refiere al *reciclaggio* de los dineros que moviliza el terrorismo internacional. Éste funciona básicamente como un proceso *cara a cara*, con la ayuda de las diferentes variables de las *networks* ilícitas.³⁰

³⁰ Conf. en MORTON BANKING CENTER, Informe 426 del 8 de setiembre de 2004, mimeo, Nueva York, 2004, págs. 54 y ss. En el mismo sentido, los trabajos del Melbure Superior Institute de Londres, en sus conclusiones de la mesa redonda realizada en Londres en marzo de 2004, págs. 260 y ss.

4. El principio de la globalización de la lucha financiera contra el terrorismo es una enunciación de difícil concreción práctica que justifica ajustes particularizados de las estrategias de enfrentamiento al problema. Cada tipo de terrorismo internacional justificará ajustes metodológicos en atención a la estructura sobre la cual se pretende actuar. Una vez desentrañada, caso a caso, la estructura funcional y operativa de los mecanismos económicos y financieros vulnerables en un contexto sociocultural dado, resultará viable intentar una estrategia razonable de control preventivo y punitivo del *reciclaggio* del terrorismo, proceso que en principio debe —y en la mayoría de los casos seguramente puede— realizarse, respetando los principios tradicionales de un dogma penal garantizador propio del Estado democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABUZA, Zachary: “Cómo se financia el terrorismo islamista. La experiencia del Sudeste Asiático”, en Fernando REINARES y Antonio ELORZA, *El Nuevo Terrorismo Islamista del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004.

BLOVICH, Saul, y CERVINI, Raúl, “Trazabilidad financiera del terrorismo internacional”, ponencia conjunta ante la XXXI Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Doc. ICEPS/ JICAB- C 76/03, Nueva York, diciembre 2003.

CERVINI, Raúl, “Los procesos de lavado de dinero y el funcionamiento de los *networks* ilícitos”, en *Revista de Ciencias Penales*, nº 5, 2000, Fundación Cuadernos de la Cátedra Mave, Corrientes, 2000; “I Processi di Riciclaggio di Denaro e Network Illeciti. Approssimazione Metodologica e sue Conseguenze”, en *Prospettive di Diritto Penale*, vol. II, nº 3, Ufficio, Milán, junio 2001, e “Illicit Networks. Unlawful Professional Practices in Organized Crimes”, en *Law Contents*, vol. 29, nº 6, Alba Sons, Nueva York, nov.-dic. 2001.

CERVINI, Raúl, “Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica”, en “Anales del Seminario Internacional de Derecho Penal Económico”, *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, año 3, nº 11, julio-setiembre de 1995, y “Nuevas formas de macrodelincuencia económica. Abordaje metodológico”, en obra colectiva *Ensayos Penais en Homenagem ao Profesor Alberto Rufino Rodríguez de Souza*, Ricardo Lenz, Porto Alegre, 2003.

- CERVINI, Raúl, y TAVARES, Juarez, *Principios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2000.
- GOMES, Luiz Flavio, y CERVINI, Raúl, *Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, 2^a edición, Editora Revista Dos Tribunais, San Pablo, 1997.
- GUNARATNA, Rohan, “La amenaza de Al Qaeda tras los atentados de Madrid”, en Fernando REINARES y Antonio ELORZA, *El Nuevo Terrorismo Islamista del 11-S al 11-M*, Temas de Hoy, Madrid, 2004.
- LARSEN, Maxim: *The financial rules and the Islamic bank applications*, mimeo, ICEPS: MYM-65-04, Nueva York, julio 2004.
- LEVITT, Matthew, “Steaming the flow of terrorist financing: practical and conceptual challenges”, *Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 27, nº 1 (2003).
- NEW YORK STATE ORGANIZED CRIME TASK FORCE, *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Nueva York y Londres, 1990.
- RAMOS ALBORNOZ, Willy, “Anatomía del terrorismo internacional. El desafío a la racionalidad occidental”, en *Revista Antropológica Occidental*, vol. V, nº II, NHJ, México, 2003.
- SAN JURJO Eduardo, “Análisis Financiero del Terrorismo Internacional”, documento C26/2004 presentado en el seminario OSE, Brasilia, marzo de 2004.

Juan José Amézaga y la Constitución de 1918

*Héctor Gros Espiell**

RESUMEN. Se rescata del olvido una página de un ex presidente de la República (1943-1947) y antiguo profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, escrita en 1925, en la que se realiza una aguda crítica de la Constitución de 1918, previendo la crisis y los análisis que a partir de 1931 llevarían al golpe de Estado de 1933 y a la nueva Constitución de 1934.

ABSTRACT. Rescued from oblivion, this page, written in 1925 by a former president of the Republic (1943-1947) and former professor of Civil Law at the School of Law of the University of the Republic, severely criticizes the Constitution of 1918, foreseeing the crisis and the analysis which as of 1931 led to the coup d'état in 1933 and to the new Constitution of 1934.

PALABRAS CLAVE. Constitución; Partido Colorado; Partido Nacional; Consejo Nacional de Administración; Presidencia de la Repùblica; Senado.

KEY WORDS. Constitution; Red Party (Partido Colorado); National Party (Partido Nacional); National Administration Council; Presidential office; Senate.

SUMARIO. El ambiente de esta carta de Amézaga. Antecedentes del tema. Amézaga y el Derecho. Esquema crítico de este trabajo escrito en 1925. Las críticas a la Constitución de 1918. Los partidos políticos.

* Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor *ad honorem* de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

1. Confieso que mi conocimiento de Juan José de Amézaga como jurista se limitaba a su aporte al Derecho civil, en especial a su clásico libro *La culpa aquiliana* y a la versión taquigrafiada de sus cursos de Derecho civil en la Facultad de Derecho, dictados cuando ocupaba dicha cátedra, así como a la extensa lista de estudios y monografías que escribió sobre temas de Derecho privado.¹

Conocía también un excelente trabajo histórico-jurídico sobre el tratado de rectificación de límites de 1909, titulado *Merín y Yaguarón*,² que constituye todavía hoy uno de los mejores análisis hechos en el Uruguay sobre el tratado de límites de 1851, de las gestiones para su rectificación y del proceso que condujo al tratado de 1909.³

Pero no sabía de ningún aporte suyo a nuestra historia constitucional ni al análisis de la Carta de 1918. Este desconocimiento no significaba ignorar los textos y opiniones políticas referentes a juicios de tipo constitucional hechos por él durante la campaña electoral que lo llevó a la Presidencia de la República luego de las elecciones de noviembre de 1942, cargo que ejerció entre el 1 de marzo de 1943 y el 1 de marzo de 1947.

Un hecho fortuito⁴ me permitió leer su trabajo “La actualidad política uruguaya”, publicado en el suplemento de *La Nación* de Buenos Aires editado el 23 de agosto de 1925, en ocasión de “El Centenario de la Florida, XXV de Agosto”. Este desconocimiento no era

¹ Una cuidada bibliografía de Juan José Amézaga se encuentra en la extensa nota de pie de página que acompaña su estudio sobre el tratado de rectificación de límites de 1909, en la publicación hecha en 1942 por la *Revista Nacional* (año V, nº 56, pág. 164).

² Artículos publicados en “El Día”, con motivo de la ratificación del tratado de 1909-1910, entre el Brasil y la República Oriental del Uruguay, Talleres Gráficos El Telégrafo Marítimo, Montevideo, 1910.

³ Publicado asimismo con el título de “Un capítulo de Historia internacional. El Uruguay y el Brasil”, en la *Revista Nacional*, año V, nº 56, Montevideo, 1942.

⁴ Debo el conocimiento del suplemento *La Nación* a mi amigo el Dr. Lauro Rodríguez, que lo tenía en su archivo y me lo facilitó en ocasión de una cena en su casa a comienzos del año 2004.

solamente mío. Ninguno de los estudios doctrinarios sobre la historia constitucional uruguaya y sobre la Constitución de 1918 recuerdan ni citan este trabajo de Juan José de Amézaga.

2. Se impone una primera reflexión.

El estudio de Amézaga se titula “La actualidad política uruguaya”; sin embargo, es un trabajo que no encara preferentemente la realidad de la vida política del Uruguay, ni en su evolución histórica ni en lo que era en 1925.⁵ Resulta claro, a través de su lectura, que se trata de un estudio escrito por un jurista que era, al mismo tiempo, un político colorado.

Es un análisis de la Carta de 1830, de los intentos de su reforma, de la Constitución de 1918, vigente en 1925, y de los defectos esenciales y peligros que Amézaga encontraba en este último texto.

No es, por tanto, un enfoque exclusivamente politológico de una realidad, sino un estudio jurídico hecho con una consideración basada en una observación reflexiva de esa realidad.

Es un ejemplo más de la necesaria relación del Derecho con la historia y la política, y del error tremendo de los estudios jurídicos divorciados de la realidad política, desconocedores de la historia, e inversamente, de las carencias inexcusables de los estudios politológicos ignorantes del Derecho —que es una realidad social ineludible— y de los aportes de la doctrina jurídica a la historia política y social del Uruguay.⁶

3. Juan José de Amézaga era en 1925 una personalidad ampliamente reconocida. Jurista de nota, profesor de Derecho civil de la Facultad de Derecho, había ocupado relevantes cargos en la administración pública y era uno de los abogados de más intensa actuación en la vida forense.

Era, desde siempre, un militante del Partido Colorado, en el que había llegado a actuar como diputado. Había estado próximo a José Batlle y Ordóñez, pero luego se había

⁵ Sólo el párrafo final del trabajo de Amézaga se refiere a la situación política en 1925 cuando dice: “La diferencia de sufragios entre las dos grandes agrupaciones en que se divide la opinión del país es actualmente poco apreciable. A 122.500 colorados divididos en tres fracciones, se han opuesto en las últimas elecciones 119.000 nacionalistas. En lo futuro el triunfo corresponderá al partido que tenga mayor poder de atracción para el pueblo, siempre que unifique y discipline sus fuerzas. La división de los capitales electorales no permite hacer otro pronóstico”.

⁶ Llama la atención, por ejemplo, que un libro reciente que estudia la historia uruguaya entre 1920 y 1930 (DEMASI, Carlos, *La lucha por el pasado. Historia y nación en Uruguay [1920-1930]*, Trilce, Montevideo, 2003), no incluya en su extensa bibliografía la referencia a los aportes a la política y al derecho de esa época de ilustres juristas como Pablo de María, Justino E. Jiménez de Aréchaga (con excepción de un solo trabajo no esencial), Martín C. Martínez, ni los estudios constitucionales de Pablo Blanco Acevedo, a José Pedro Massera, a Juan Andrés Ramírez, a Alberto Demichelli, a Juan Carlos Gómez Haedo, a José Espalter ni a Luis Arcos Ferrand.

ido alejando de los círculos batllistas, para sostener una posición independiente, que lo había acercado, sin integrarlo, a las corrientes no batllistas y conservadoras, especialmente riveristas, en el Partido Colorado.

Sin embargo, no apoyó el golpe de Estado de 1933 y se mantuvo alejado del gobierno posterior a 1934 de Gabriel Terra. En 1941 integró la Junta Consultiva designada por Baldomir, que ya tenía el pensamiento puesto en el futuro golpe de Estado. Producido éste el 21 de febrero de 1942, su posición fue, como miembro de Consejo de Estado —sustituto de facto del Poder Legislativo—, la de colaborar con el proceso de reforma constitucional. Fue, inmediatamente después, el candidato del Partido Colorado a la Presidencia de la República, como neutral entre las corrientes batllistas, baldomiristas y blancoacevedistas. En 1942, el batllismo salió de la abstención que había mantenido desde 1934. Amézaga triunfó en las elecciones de noviembre e inició su período de gobierno en marzo de 1943. Integró un gabinete formado por hombres del Partido Colorado, esencialmente batllista, con la colaboración del Partido Nacional Independiente. El Partido Nacional (Herrerismo) se mantuvo, durante su presidencia, en una cerrada oposición.⁷

4. Este estudio de Amézaga escrito en 1925, desconocido por mí y, repito, creo que por la unanimidad de la doctrina uruguaya, contiene a mi juicio uno de los más lúcidos análisis críticos de la Constitución de 1918.

Fue escrito en la euforia democrática de los años posteriores a la entrada en vigencia de la Carta de 1918, en un Uruguay optimista, feliz, confiado y orgulloso de sí mismo,⁸ antes de que sintiera los efectos de la crisis económica de 1929. Más de seis años lo separan de la generalización de las críticas al texto de 1918, que se expondrían doctrinaria y políticamente a partir de 1931⁹ y prologarían la ruptura del proceso constitucional democrático por el golpe de Estado del 31 de marzo de 1933.

⁷ NAHUM, Benjamín, *Manual de Historia del Uruguay 1903-1990*, tomo II, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1995; TRAVERSONI, Alfredo y PIOTTI, Diosma, *Historia del Uruguay siglo XX*, capítulos II y III, Ediciones de la Plaza, Montevideo, 1993; CAETANO, Gerardo y RILLA, José, *Historia contemporánea del Uruguay. De la colonia al Mercosur*, capítulo V, CLAEH y Fin de Siglo, Montevideo, 1994; CAETANO, Gerardo, *La República Conservadora. 1916-1929, Fin de Siglo*, Montevideo, 1992-1993; ARTEAGA, Juan José, *Uruguay, breve historia contemporánea*, FCE, México, 2000; PETRONIO, Tabaré, *Apuntes de Historia del Uruguay*, tomo 10: “Baldomir y el golpe bueno”, La República, Montevideo, 2000.

⁸ En el prólogo al libro *Los uruguayos del Centenario* (Taurus, Montevideo, 2000), CAETANO, Gerardo, destaca, con razón, el tono optimista “de la convivencia” en esos años (pág. 10).

⁹ ABADIE SANTOS, Horacio, *De la Jornada Anticolegialista, (1913-1933)*, Impresora Moderna, Montevideo, 1933; BADO, Augusto César, *Discursos (1932, 1933, 1933, 1933, 1934, 1935, 1936)*, Montevideo, 1936; *Los Mensajes de la Presidencia de la República a la Asamblea General, 1931-1936*, Ministerio del Interior, Montevideo, 1936; *La reforma constitucional. Los discursos del presidente Terra, 1931-1936*, Montevideo, 1936; *El 31 de marzo*.

5. El estudio comienza con un recuerdo de la Constitución argentina de 1826 como fuente de la nuestra de 1830, que no agrega nada de interés al estudio de las fuentes de nuestra primera Constitución. Omite además la referencia a todas las otras fuentes de nuestra primera Constitución¹⁰ y nada dice de las ideas y las acciones que llevaron a que la Banda Oriental aceptara esa Carta argentina, triste y única excepción en medio del rechazo general de las provincias, sólo explicable por las necesidades bélicas del gobierno oriental como consecuencia de la guerra con el Imperio del Brasil.¹¹

Nada de novedoso ofrece tampoco en los juicios sobre nuestro siglo XIX y los efectos negativos del presidencialismo dominante, del caudillismo y el militarismo, así como en lo referente al juicio sobre la Constitución de 1830 y sus efectos políticos.¹²

El análisis del proceso de reforma de nuestra primera Carta es correcto, pero no aporta nada nuevo a los conocidos estudios posteriores sobre este punto.¹³

En cambio, el interés es mayor en la descripción del último momento del proceso reformista que culminó con la Constitución de 1918, en especial en lo que se refiere al pacto de los partidos —al llamado Pacto de los Ocho—, del que, luego de su adopción por la Convención Nacional Constituyente y la aprobación plebiscitaria, nacería la segunda Constitución de la República.¹⁴

6. Comienza después lo que, a mi juicio, da mayor importancia a este artículo de Amézaga: el análisis de la Constitución de 1918, en lo que se refiere a la división del Poder

Mensaje explicativo de los acontecimientos revolucionarios. Discurso del presidente de la República, Gabriel Terra, en el acto inaugural de la III Asamblea Nacional Constituyente, Montevideo, 1933; HAEDO, Eduardo Víctor, *La caída de un régimen* (2 vol.), 2^a edición, Cámara de Representantes, Montevideo, 1990; GALLINAL, Gustavo, *El Uruguay hacia la dictadura. Preparación del golpe de Estado*, 2^a edición, Nueva América, Montevideo, 1938; FRUGONI, Emilio, *La Revolución del Machete*, Claridad, Buenos Aires, 1934; MASSERA, José Pedro, *Algunas consideraciones relativas a la Historia constitucional y política del Uruguay*.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, Medina, Montevideo, 1945, tomo I, págs. 16-17; PIVEL DEVOTO, Juan E., “Las ideas constitucionales de José Ellauri”, en *Revista Histórica*, tomo XXIII, Montevideo, 1955; GROS ESPIELL, Héctor, *La Constitución argentina de 1826*, *La Constitución española de 1812*, *La Constitución de Portugal de 1822* y *La Constitución brasiliense de 1823*, Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay, Montevideo, 2001.

¹¹ GROS ESPIELL, Héctor, *La Constitución argentina de 1826*, cit, pág. 21.

¹² GROS ESPIELL, Héctor, *Evolución constitucional del Uruguay*, 3^a edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003, págs. 42-45.

¹³ GÓMEZ HAEDO, Juan Carlos, “Constitución uruguaya anotada. Historia, concordancias”, en *Revista Nacional*, 1952, y “El proceso de la reforma constitucional”, en *Revista Nacional*, 1941 y 1942.

¹⁴ GROS ESPIELL, Héctor, *Evolución...*, op. cit., pág. 64; GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo, *Las disposiciones transitorias y especiales en las Constituciones del Uruguay*, Ediciones de la Plaza, Montevideo, 1999; BELTRÁN, Washington, *En la Constituyente. Discursos e informes*, Montevideo, 1918; RAMÍREZ, Juan Andrés, “Sinopsis de la evolución constitucional del Uruguay”, suplemento del diario *El Plata*, 1930, reeditado en forma de libro en 1949.

Ejecutivo entre la Presidencia de la República y el Consejo Nacional de Administración, la composición de éste, la organización del Poder Legislativo y en especial la integración del Senado y las relaciones de ambos poderes —ya que no se analizan otras reformas introducidas en 1918.

Ésta es la parte medular del artículo, lo que lo distingue de otros análisis y muestra una agudeza conceptual y un sentido histórico que no se encuentran en los comentaristas en los años veinte,¹⁵ que preanunció —cuando nadie pensaba en esto— la crisis política y constitucional posterior a los años treinta y la ruptura constitucional del año 1933.

7. La parte más interesante y valiosa de este trabajo de Amézaga —y sin duda la que hoy provoca en el lector actual una mayor atención— es el análisis político y la consiguiente crítica del funcionamiento institucional del sistema orgánico o, mejor dicho, de una parte del sistema orgánico, de la Carta de 1918.

Digo *análisis y crítica* política porque, si bien no se olvida la referencia a los textos constitucionales, el enfoque en esencia es político, por cuanto resulta del estudio de la base política —de la realidad política— a la cual se aplicaron en esos años las normas constitucionales, y a las consecuencias políticas de esa aplicación.

Análisis jurídico-político, en suma, tan necesario para salir de un negativo y estrecho juridicismo, exclusivamente normativo, como así también de un enfoque, a la inversa, sólo politicista, ignorante del sistema jurídico y de la significación fáctica de éste.

8. Comencemos por transcribir la parte medular del trabajo de Amézaga, para luego analizar cada una de sus afirmaciones esenciales.

Dice así:

De un pacto entre la mayoría colegialista de la asamblea y los miembros nacionalistas nació la Constitución que en estos momentos rige la organización política del Uruguay.

Para lograr el equilibrio entre los Poderes del Estado, se dividió el Poder Ejecutivo. En la creencia de respetar una antigua clasificación de los fines del Estado en primarios y secundarios, se ha convertido al presidente de la República en un jefe de gendarmes, y se ha entregado al Consejo Nacional de Administración la dirección económica y administrativa del país. Pero, en realidad, la división de las facultades ejecutivas, la representación acordada dentro del Consejo de Administración al partido de la minoría, y la forma de constitución

¹⁵ MARTÍNEZ, Martín C., *Ante la nueva Constitución*, Montevideo, 1920; DE VEDIA Y MITRE, Mariano, *El Gobierno del Uruguay. Estudio constitucional de la reforma de 1917*, Buenos Aires, 1919; GARCÍA KHOLY, M., *El problema constitucional de las democracias modernas*, Madrid, 1931, págs. 11 y ss.

y de elección del Senado y de la Cámara de Representantes, impiden toda especialización de funciones y exageran de tal manera los equilibrios de fuerza y las intervenciones de unos Poderes sobre otros, que se detiene el progreso económico y administrativo del país. Se paraliza la acción por exceso de contralor. Se abandona o se aplaza indefinidamente el estudio de los problemas políticos, financieros y sociales, y se destinan sesiones enteras para discutir asuntos cuya solución correspondería a funcionarios subalternos. Se convierte a menudo la minoría del Consejo, que debe tener una misión de contralor, en voluntad del cuerpo colegiado por divergencias surgidas en el seno de la mayoría. Se exceden las atribuciones legítimas del Consejo para desconocer las facultades constitucionales de los ministros que el propio Consejo designa y de los entes autónomos. Se exterioriza una ausencia de orientación política, y la gestión de las finanzas públicas, si bien nadie duda de que es llevada con la más escrupulosa honestidad, se resiente de falta de energía para imponer la sanción de un presupuesto que ajuste los gastos a la medida de los recursos disponibles.

Desgraciadamente, no puede esperarse que esta falta de coordinación en el Gobierno sea corregida por la acción de los partidos dentro del Parlamento. En la Cámara de Diputados la mayoría corresponde al Partido Colorado; pero, debido al sistema de la representación proporcional, esta mayoría se halla fraccionada en tres o cuatro agrupaciones. En el Senado, el Partido Nacionalista cuenta con una mayoría de once bancas sobre diez y nueve, a pesar de que este partido no representa la mayoría del electorado del país. Esta anomalía es imputable a la Constitución, que impone la elección por representación proporcional de la Cámara de Diputados, Colegios y Asambleas Municipales y Consejos Electorales, pero que limita el número de senadores a uno por cada departamento. En Flores bastan dos mil ciento ochenta y cinco votos nacionalistas para elegir al senador, que en Montevideo necesita el aporte de cuarenta y tres mil ciento treinta y nueve votos colorados. Y que ciento veinte y dos mil quinientos de éstos, constituyan una minoría de ocho senadores contra una mayoría de once nacionalistas, que sólo cuentan con ciento diez y ocho mil novecientos votos.

Dosificando y pesando las fuerzas en balanza de precisión, destilándolas y purificándolas mediante la representación proporcional, la nueva Constitución, si bien señala un progreso democrático indiscutible sobre la de 1830, ha convertido los órganos de Gobierno en academias de discusión erudita de las más diversas opiniones, maravillosamente apropiadas para funciones consultivas e incapaces en absoluto para ejecutar el programa doctrinario de un partido.

Fácil es presumir que las fuerzas de la opinión no tardarán en reclamar la reforma de los textos constitucionales que obstaculizan el derecho de decisión que corresponde a la mayoría del país. No será difícil que la unificación del Partido Colorado se llevará a efecto sobre la base de desarrollar un programa mínimo de principios. No podrá volverse al régimen presidencial, ni aun con las atenuaciones contenidas en el proyecto de la última Convención del partido riverista. No podrá tampoco mantenerse el sistema actual de organización del Poder Ejecutivo. Menos podrá perpetuarse la injusta distribución de las bancas del Senado, en razón inversa de los aportes electorales de los partidos.

9. En este interesantísimo texto se encuentran críticas a la Constitución de 1918, hechas en función de la realidad del país en 1925, al funcionamiento de uno de los dos órganos en que se dividía el Poder Ejecutivo y al papel a que quedó reducido el presidente de la República.

Como adelantamos, estas observaciones negativas constituyan el núcleo de las críticas de Amézaga a la Constitución de 1918, hasta entonces prácticamente inexistentes, y que se expondrán y desarrollarán luego de 1931.

Pero además, Amézaga preanunció la reforma de la Constitución y señaló cuáles podrían ser los puntos esenciales a reformar. En ese sentido, los cambios que él vislumbraba fueron, en parte, los recogidos en la Constitución de 1934.

10. Encaremos ahora por separado estas dos partes del artículo de Amézaga. Primero, las críticas a la Constitución de 1918.

La división del Poder Ejecutivo entre el Presidente de la República y el Consejo Nacional de Administración fue cuestionada por Amézaga, no tanto en cuanto a la división “de los fines del Estado”, con la asignación a distintos órganos de las competencias esencialmente administrativas y las de tipo básicamente gubernamental, sino en el hecho, ciertamente producido a partir de 1919, de que el Presidente era sólo “un jefe de gendarmes” y el Consejo de Administración el “director económico y administrativo del país”. Pero, si a esta circunstancia se agregaba la repartición acordada al partido de la minoría en el Consejo y la integración del Senado y de la Cámara de Representantes, se llegaba a detener el progreso económico y administrativo. “Se paraliza la acción por exceso de contralor”, decía Amézaga, y continuaba expresando:

La nueva Constitución, si bien señala un progreso democrático indiscutible sobre la de 1830, ha convertido los órganos de Gobierno en academias de discusión erudita de las más diversas opiniones, maravillosamente apropiadas para funciones consultivas e incapaces en absoluto para ejecutar el programa doctrinario de un partido.

Estas frases de Amézaga expresan con claridad una de las críticas esenciales, que se generalizaría a partir de 1931, al funcionamiento de la Constitución de 1918, sostenida y reiterada en el proceso inmediato anterior al golpe de Estado de 1933 por los que luego apoyarían el golpe,¹⁶ y negada con ardor en esos años por los defensores del sistema.¹⁷

¹⁶ En especial por Gabriel Terra, Pedro Manini Ríos y Luis Alberto de Herrera en el campo político. En cuanto a otros exponentes y a la doctrina, véase la nota 9.

¹⁷ ACEVEDO ÁLVAREZ, Eduardo, *La gran obra de los poderes constitucionales frente a la crisis*, Montevideo, 1934.

Esta crítica contenía algo de verdad, que obligaba a meditar sobre la cuestión, sin la pasión política pregolpista, a la que Amézaga era obviamente ajeno por completo en 1925. Su crítica a la Carta de 1918, en este aspecto, fue análoga a la que se haría al Consejo Nacional de Gobierno bajo la Carta de 1952.¹⁸

Para comprender la cuestión —resultado de la aplicación de la fórmula de un Poder Ejecutivo dual, caso único en Derecho comparado— es necesario recordar que en la Constitución de 1918 el Poder Ejecutivo era “delegado al Presidente de la República y al Consejo de Nacional de Administración” (artículo 78), que las competencias del Presidente estaban previstas y enumeradas en los veinticuatro numerales del artículo 79 y las del Consejo estaban constituidas por “todos los cometidos de administración que expresamente no se haya reservado para el Presidente de la República o para otro Poder [...]” (artículo 97).

Su integración, prevista por el artículo 82, era necesariamente bipartidista, ya que correspondían “las dos terceras partes de la representación a la lista más votada y la tercera restante a la del otro partido que le siga en número de sufragios obtenidos”. Los consejeros duraban seis años en sus funciones (artículo 85), mientras que el presidente permanecía cuatro (artículo 73), y el Consejo se renovaba por “terceras partes cada bienio” (artículo 85). Ejercía “la presidencia del Consejo el Consejero elegido en primer término en la lista de la mayoría en la última renovación bienal [...]” (artículo 84).

A la primera crítica hecha por Amézaga, precedentemente referida, ésta agrega otra de tipo político, cuando dice que “se convierte a menudo la minoría del Consejo, que debe tener una misión de contralor, en voluntad del Cuerpo Colegiado por divergencias surgidas en el seno de la mayoría”. La minoría era la nacionalista. La mayoría era la colorada, escindida en ocasiones, como consecuencia de la división colorada entre batllistas y antibatllistas —escisión, por lo demás, que también se daba en el Partido Nacional, con la consiguiente división entre los consejeros de la minoría.¹⁹

Las divisiones de la mayoría hicieron, en ocasiones, que la minoría, pese a sus divisiones, impusiera su criterio en el Consejo Nacional de Administración, y que se diera el caso de que, sin haber obtenido la mayoría de los miembros del Consejo, un nacionalista llegara a tener la presidencia de este cuerpo. Así, en 1925 presidía el Consejo un miembro de la minoría, Luis Alberto de Herrera, luego de las elecciones de consejeros

¹⁸ GROS ESPIELL, Héctor, *Periodismo y Derecho*, Montevideo, 1965, págs. 77, 163 y 250; GROS ESPIELL, Héctor, *Evolución...*, op. cit., § 109, págs. 113-120.

¹⁹ ZUBILLAGA, Carlos, *Las disidencias del tradicionalismo. El radicalismo blanco*, Arca y CLAEH, Montevideo, 1979.

nacionales del 8 de febrero de 1925, en las que el Partido Nacional obtuvo 119.255 votos y el Partido Colorado 115.518, con lo que los blancos obtuvieron dos consejeros (Luis A. de Herrera y Martín C. Martínez) y los colorados uno (Gabriel Terra), que lo integró como miembro recién electo de la mayoría.

Gabriel Terra era consejero nacional en 1925 y sería el presidente de la República electo en 1931, autor del golpe de Estado de 1933 y presidente, primero de facto y luego, bajo el régimen de la Constitución de 1934, designado por la Convención Nacional Constituyente (disposición transitoria letra C de la Constitución de 1934) por un período de gobierno que finalizaría en 1938.

11. Estos razonamientos de Amézaga y no sólo en lo que respecta a la forma de actuar del Consejo Nacional de Administración, sino a toda la problemática constitucional, son el resultado del análisis de la realidad de un país tradicionalmente bipartidista, pese a las hondas divisiones internas que se daban en los dos partidos tradicionales, que en varias ocasiones, en el siglo XX, habían producido escisiones y la siguiente aparición circunstancial de nuevos partidos, llamados a desaparecer luego de breves períodos de existencia.

Lógicamente Amézaga no se refiere a los partidos llamados *de ideas*, como el comunismo, el socialismo y la Unión Cívica, que ya actuaban en 1925, aunque en forma absolutamente minoritaria, sin incidencia en la integración del Consejo Nacional de Administración ni en el funcionamiento global del sistema orgánico constitucional.

12. Luego de otros desarrollos, Amézaga centra su atención en la composición del Senado.

Hay que recordar que en la Constitución de 1918 el Senado se integraba por diecinueve senadores elegidos indirectamente. Los artículos 26 y 27 decían:

26. La Cámara de Senadores se compondrá de tantos miembros cuantos sean los Departamentos del territorio de la república, a razón de uno por cada Departamento.
27. Su elección será indirecta, en la forma y tiempo que designará la ley.

En 1925, como consecuencia de este sistema, el Partido Nacional tenía en el Senado once bancas y el Partido Colorado sólo ocho. El Senado era presidido por una gran figura del Partido Nacional, el Dr. Duvimioso Terra.

Como ejemplo que quiere ser caricatura de las aberraciones del sistema, dice Amézaga:

En Flores bastan dos mil ciento ochenta y cinco votos nacionalistas para elegir al senador, que en Montevideo necesita el aporte de cuarenta y tres mil ciento treinta y nueve votos colorados. Y que ciento veinte y dos mil quinientos de éstos, constituyan una minoría de ocho senadores contra una mayoría de once nacionalistas, que sólo cuentan con ciento diez y ocho mil novecientos votos.

Yo mismo he dicho, muchos años después, con referencia a la forma de integración del Senado en las Constituciones de 1830 y 1918:

En un país de organización unitaria, este sistema adoptado en los regímenes federalistas no era el más conveniente, produciéndose, además, una circunstancia, hasta cierto punto anómala, la de que el Partido Nacional, minoría en el país, poseía mayoría en el Senado, por el hecho de tener la mayoría en la mayor parte de los departamentos.²⁰

La elección de los senadores —uno por cada departamento— provenía de la Constitución de 1830 (artículo 27). La Constitución de 1918 mantuvo el sistema, aunque, por las leyes de reforma constitucional de 22 de octubre de 1930 y 27 de octubre de 1932, la tradicional elección indirecta (Constitución de 1830, artículo 28) se cambió y se optó por la elección directa de los senadores por el Cuerpo Electoral, siempre uno por departamento.²¹

13. Como ya dijimos, Amézaga anunció en 1925, cuando nadie hablaba todavía de ello, la próxima, y para él necesaria, reforma de la Constitución.

Sin decirlo expresamente, puede estimarse que pensaba en la reforma como resultado de un proceso que debería hacerse respetando el sistema de reforma establecido por la Constitución de 1918, en sus artículos 177 y 178, que imponían su aprobación por dos legislatura sucesivas, en votación que exigía los dos tercios de votos del total de componentes de cada cámara.

Curiosamente, no se preveía un plebiscito de aprobación del Cuerpo Electoral, como el que se había aplicado para adoptar la Constitución de 1918, aprobado antes por la Convención Nacional Constituyente.

Lo que ocurrió fue que la reforma de 1934 resultó de un golpe de Estado, el del 31 de marzo de 1933, y por ende de una ruptura de la continuidad constitucional, seguida de

²⁰ GROS ESPIELL, Héctor, *Evolución...*, op. cit., pág. 84.

²¹ LERENA ACEVEDO, Arturo, “La elección directa del Senado”, en *Revista de la Asociación de Estudiantes de Abogacía*, año III, nº 5, marzo de 1934, Montevideo.

una Convención Nacional Constituyente y del plebiscito que aprobó el proyecto adoptado por la Convención.

Por lo demás, Amézaga pensaba en la reforma constitucional como un proceso resultado de la voluntad impulsora del Partido Colorado. Nada fue así.

No imaginaba que la reforma constitucional en 1933-1934 iba a ser la consecuencia de la acción de un grupo colorado —el que siguió a Gabriel Terra— y de un grupo nacionalista —el liderado por Luis Alberto de Herrera—, y que la oposición a la reforma constitucional y al golpe de Estado que la hizo posible reposó esencialmente en el sector batllista del Partido Colorado y en el sector nacionalista luego llamado Partido Nacional Independiente, opuesto a Herrera.

Pero entre 1925, cuando Amézaga escribió su artículo, y 1933, cuando se inició el proceso de la Reforma Constitucional, mucho había cambiado en el Uruguay.

En el Partido Colorado se había producido una nueva y honda división entre el Batllismo neto y los otros sectores colorados, formados por algunos batllistas que no seguían a *El Día*, por independientes, riveristas y otros.

Y en el Partido Nacional se había producido, asimismo, la división entre el Partido Nacional (herrerista) y los sectores no herreristas, que luego formarían el Partido Nacional Independiente, división que escindiría electoralmente a este partido hasta la década de los cincuenta, y que sería objeto de consideración constitucional en 1942 (disposiciones transitorias y especiales, I.1.D) y en 1952 (artículo 79 y disposiciones transitorias y especiales letra D).²²

14. El párrafo del trabajo de Amézaga relativo a la Reforma Constitucional que él veía en el horizonte decía así:

Fácil es presumir que las fuerzas de la opinión no tardarán en reclamar la reforma de los textos constitucionales que obstaculizan el derecho de decisión que corresponde a la mayoría del país. No será difícil que la unificación del Partido Colorado se llevará a efecto sobre la base de desarrollar un programa mínimo de principios. No podrá volverse al régimen presidencial, ni aun con las atenuaciones contenidas en el proyecto de la última convención del partido riverista. No podrá tampoco mantenerse el sistema actual de organización del Poder [...]

²² GROS ESPIELL, Héctor y MARTINS, Daniel Hugo, *Las disposiciones transitorias y especiales en las Constituciones del Uruguay*, Ediciones de la Plaza, Montevideo, 1999, págs. 41, 43, 101, 102.

Este párrafo tiene dos partes distintas.

La primera, escrita desde un punto de vista partidista colorado, hacía una predicción que jamás se cumplió. Por el contrario, la división del Partido Colorado se acentuó y se transformó en total antes del golpe de Estado y luego de éste, hasta 1942. El Partido Colorado no fue, ni podía ser, en 1934, por su división total, un factor orgánico y unitario para encarar la reforma constitucional.

La segunda, en cambio, fue certera. En 1934 no se volvió a un sistema presidencial típico como en 1830, sino a una fórmula *sui géneris* de semipresidencialismo parlamentarizado²³ de composición bipartidista, con competencias propias en cuanto órgano colegiado.²⁴ Acierta también Amézaga en cuanto al fin —definitivo, en la primera reforma constitucional que se hiciera— del régimen dual de organización del Ejecutivo (Presidencia de la República y Consejo Nacional de Administración).

15. Este trabajo de Amézaga no podrá quedar en el olvido. Todo estudio jurídico o político de la Constitución y de la realidad del país entre 1925 y 1933 deberá tener en cuenta sus análisis y sus predicciones. Por ello, junto con todos los autores que hemos citado al comienzo de este trabajo, deberá necesariamente incluirse el nombre de Juan José Amézaga.

²³ GROS ESPIELL, Héctor, *Evolución...*, op. cit.; ídem, “Antecedentes del neoparlamentarismo uruguayo”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIII, Montevideo, 1962; ídem, “Presidencialismo y parlamentarismo en la evolución constitucional del Uruguay. Reflexiones actuales”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, nº 43, Montevideo, 1992; ídem, “Uruguay: ¿presidencialismo o parlamentarismo? Cuestiones constitucionales”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 7, México, julio-diciembre 2002.

²⁴ BARBAGELATA, Aníbal Luis, *El Consejo de Ministros en la Constitución Nacional*, Montevideo, 1950.

Responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente^{**}

*Martín Riso Ferrand**

RESUMEN. Partiendo de la tradicional problemática de la reforma constitucional, se realiza un análisis contextual de la cultura jurídica contemporánea, replanteando la relación y el papel de los derechos humanos frente a la vieja noción de soberanía. Se postula la preeminencia de los derechos humanos, inherentes a la persona humana, por sobre el “bloque de los derechos humanos” que se integra con normas constitucionales, internacionales y valores implícitos. Asimismo se postula la responsabilidad del Estado por los daños derivados del ejercicio del poder constituyente, a cuyos efectos, y a falta de atribución expresa de competencia, se reconoce la competencia de principio del Poder Judicial.

ABSTRACT. The traditional problem of constitutional reform serves as a starting point for the contextual analysis of contemporary juridical culture, reintroducing the role of and the relation between human rights and the old notion of sovereignty. The pre-eminence of human rights, inherent in the human being, is claimed over the “human rights block” comprised of constitutional and international regulations as well as implicit values. Likewise, State liability is claimed on damages derived from the exercise of constituent power, for which, and due to the lack of express competence and following the general principle, the competence of the Judicial Power is acknowledged.

PALABRAS CLAVE. Constitución; reforma constitucional; derechos humanos; bloque de los derechos humanos; soberanía; responsabilidad del Estado.

KEY WORDS. Constitution; constitutional reform; human rights; human rights block; sovereignty; State liability.

^{**} Exposición realizada en el Seminario Internacional de Derecho Constitucional: Reforma Constitucional, organizado por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio de 2005.

* Decano y profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Límites al poder constituyente. 2.1. Procedimientos de reforma constitucional. 2.2. Normas intangibles. 2.3. Límites implícitos. 2.4. Síntesis. 3. Límites extraconstitucionales. 3.1. Primer elemento contextual: los derechos humanos son inherentes a la persona humana. 3.2. Segundo elemento contextual: aproximación del Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos. 3.3. Tercer elemento contextual: el bloque de los derechos humanos. 3.4. Cuarto elemento contextual: la directriz de preferencia de las normas. 3.5. Quinto elemento contextual: el centro del sistema jurídico. 3.6. Síntesis. 4. Responsabilidad por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente. 4.1. Introducción. 4.2. Puntos de partida para el análisis del tema. 4.3. Competencia para conocer en la eventual invalidez de una norma constitucional. 4.4. Hipótesis de responsabilidad por el ejercicio del poder constituyente. 4.4.1. Daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado con vicios de procedimiento o violación de disposiciones constitucionales expresas. 4.4.2. Daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado conforme a Derecho. 4.4.3. Daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado o por el poder constituyente originario en violación o desconocimiento de los derechos esenciales del hombre. 5. Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

Las características del tema asignado hacen necesario que desde el inicio se determine el objeto de esta intervención y se establezcan límites precisos.

En primer lugar, el análisis de la problemática de la responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder constituyente se limitará, en forma casi exclusiva, a la materia de los derechos humanos. Esto es, la eventual obligación del Estado de reparar los daños ocasionados por violación de los derechos humanos como consecuencia de una reforma constitucional.

A los efectos de procurar el análisis del tema enunciado en el título, será necesario realizar primero una mención, lo más sintética que sea posible, a aspectos medulares que constituyen la base de la responsabilidad del constituyente: el sentido de la reforma constitucional, límites procedimentales, cláusulas de intangibilidad (surjan éstas expresamente del texto constitucional o se encuentren implícitas en la Carta), contexto cultural (cultura jurídica) de la cuestión, el *bloque* de los derechos humanos, y cómo se resuelven los desajustes normativos dentro de él. Y luego sí se estará en condiciones de procurar delinear al menos algunas respuestas para el tema mencionado.

2.

LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE

No corresponde ingresar en el análisis del concepto de Constitución, aunque sí debe hacerse una rápida mención a algunos aspectos que refieren al tema en análisis. Y en este sentido es bueno recordar a PÉREZ SERRANO, que aproximaba la Constitución a la noción de proceso cuando señalaba que, si un país va elaborando día tras día su Constitución, en un proceso no interrumpido, en función histórica y con sentido tradicional (que no excluye el progreso), el poder que determine tales resultados será un auténtico poder constituyente. Por el contrario, si con un criterio racionalista, queriendo de un golpe subvertir la historia, romper con el pasado y aun alterar las leyes de la naturaleza, se da un país una Constitución escrita, como ha acontecido tantas veces, habrá sí un poder constituyente pero con una tonalidad distinta de la anterior.¹

Esta idea de proceso en la actuación del poder constituyente nos aproxima a la realidad de que ninguna Constitución puede tener una pretensión de permanencia absoluta,² sino que toda carta es perfectible y ajustable. La posibilidad de reforma resulta imprescindible, aunque teniendo presente que “toda Constitución es *Constitución en el tiempo*: la realidad social, a la que van referidas sus normas, está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso, deja incólume el contenido de la Constitución. Cuando se desatiende dicho cambio, el contenido constitucional queda *petrificado* y, a corto plazo, no podrá cumplir sus funciones. De la misma forma, la Constitución puede incumplir sus tareas cuando se adapta sin reservas a las circunstancias de cada momento; en tal caso sus normas ya no son pautas de las circunstancias sino que son éstas las que actúan como parámetros de sus normas”.³ En otras palabras, el problema de la reforma aparece como una cuestión de equilibrio, esto es, que no se impida el ajuste de la Constitución a las

¹ PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho político*, 2^a edición, reimpresión, Civitas, Madrid, 1997, p. 461.

² El propio PÉREZ SERRANO menciona un curioso caso histórico cuando, en agosto de 1795, Felipe DELLEVILLE propuso en Francia que se condenara a muerte a quien pretendiera introducir modificaciones en la Constitución. Ibídem, pág. 469.

³ HESSE, Conrado, “Constitución y Derecho constitucional”, en *Manual de Derecho constitucional*, 2^a edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pág. 9.

nuevas realidades, pero al mismo tiempo que sí se obstaculice la reforma circunstancial que desnaturaliza la Constitución.

La problemática de la reforma conduce, inmediatamente, a la forma en que la reforma se produce (lo que implica el análisis de dichas formas, procedimientos, pautas, etc.) y a los límites para el ejercicio del tradicionalmente llamado *poder constituyente originario* y del *poder constituyente derivado*.

En cuanto a si existen límites al poder constituyente originario o primario, las respuestas no han sido unánimes. HAURIQU consideraba que la labor del poder constituyente originario se desarrolla sin “condiciones”, que se despliega en un terreno totalmente virgen.⁴ Otros, como BIDART CAMPOS, señalan algunas limitaciones mínimas, tales como los límites suprapositivos del valor justicia, los pactos preexistentes y la propia realidad social.⁵

En lo que refiere al poder constituyente derivado, si bien la reforma debe ser posible, su trascendencia hace conveniente rodear el proceso de determinados requisitos que eviten el peligro de la reforma oportunista y aseguren la participación popular.

Prácticamente cada autor ensaya una clasificación propia de cuáles son los límites de la reforma. Algunos distinguen entre límites temporales y materiales.⁶ Otros hablan de topes fácticos, normativos y axiológicos (o de derecho natural).⁷ A veces se formulan clasificaciones sumamente completas y precisas, como la realizada por VANOSI.⁸

A los solos efectos del presente trabajo tomaré una criterio muy sencillo para procurar diferenciar: a) los límites normativos y los extranormativos o extraconstitucionales (para referir a los que surgen en forma explícita o implícita del propio orden constitucional que se pretende reformar y a los que no responden a esa fuente), y b) respecto a ambas categorías procurar distinguir cuáles son los absolutos y cuáles relativos o de procedimiento (los primeros impiden la reforma, mientras que los segundos sólo la rodean de determinadas formalidades). Y teniendo presente el doble objetivo mencionado se analizarán los límites procedimentales incluyendo los plazos de espera (entendidos como requisitos para

⁴ HAURIQU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1984, págs. 362-363. La nueva Constitución del pasado “hace tabla rasa”.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986, págs. 77 y ss.

⁶ Ibídem, págs. 78 y ss.

⁷ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2^a edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo I, págs. 98 y ss.

⁸ VANOSI, Jorge A., *Teoría de la Constitución*, II: “Supremacía y control de constitucionalidad”, Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 177 y ss.

la reforma y por ende no límites absolutos u obstáculos de la modificación constitucional); disposiciones inmodificables o intangibles (provenga esta condición de una disposición constitucional expresa o cuando se encuentre implícita en el orden constitucional), y otros límites al ejercicio del poder constituyente.

2.1. PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Dentro del elenco de constituciones rígidas que podríamos agrupar dentro de la categoría de democráticas, se aprecia la amplia variedad de procedimientos de reforma constitucional que nos brinda el Derecho comparado y pueden ensayarse distintas formas de clasificarlos.

Puede distinguirse en razón de la especialidad o no de los órganos actuantes: a) a veces el análisis y perfeccionamiento de la reforma está a cargo de órganos especiales, que tienen como único fin y exclusiva competencia la consideración de la reforma constitucional;⁹ b) en otros casos, los órganos competentes para la reforma son los propios órganos competentes en materia legislativa, pero en estas hipótesis la Constitución impone procedimientos agravados para la aprobación de reformas constitucionales.¹⁰

También se puede distinguir según cómo participe el cuerpo electoral, y así encontramos: casos en que la participación no es obligatoria sino facultativa;¹¹ casos de participación eventual; participación en la fase de iniciativa (es el caso de la Constitución uruguaya); participación final, como requisito para el perfeccionamiento de la reforma (es el caso de los cuatro procedimientos actualmente vigentes en el Uruguay); participación *a posteriori* de la reforma, en cuyo caso la enmienda entra en vigor pero queda sometida a

⁹ Estos órganos reciben frecuentemente el nombre de *asambleas constituyentes* o *convenciones constituyentes*, y pueden ser vistos en las constituciones de algunos estados miembros de los Estados Unidos de Norteamérica, o en la Constitución francesa de 1875. También la participación de este tipo de órganos aparece en la historia uruguaya, como en la Ley Constitucional de 28 de agosto de 1912 y en la Constitución de 1942, y se mantiene hasta nuestros días.

¹⁰ Dentro de este tipo de procedimientos, a su vez, puede distinguirse: la exigencia de mayorías calificadas (como en la Constitución de Weimar, entre otras); la doble aprobación distanciada temporalmente, como ocurre en el derecho italiano, en el que se exige que la reforma sea aprobada por cada una de las cámaras en dos deliberaciones sucesivas, con un intervalo no inferior a los tres meses; aprobación sucesiva de los órganos legislativos pero en legislaturas separadas (la segunda votación viene en cierta forma a suplir la consulta popular, ya que al elegir a los miembros de la segunda legislatura, los ciudadanos estarán pronunciándose, indirectamente, respecto a la propia iniciativa de reforma); una tercera variante está dada respecto a la participación del cuerpo electoral en el procedimiento de reforma. No se trata aquí del procedimiento de órganos especiales, ya que el cuerpo electoral no tiene como única competencia pronunciarse en los casos de reforma constitucional, sino que además le corresponde la propia función electoral y, según los ordenamientos jurídicos de que se trate, actúa también en los casos de los institutos de democracia directa.

¹¹ Artículo 167 de la Constitución italiana ya citado.

una condición resolutoria hasta el pronunciamiento del cuerpo electoral (podrá encontrarse un ejemplo en la Constitución uruguaya de 1934); etc.

También los procedimientos de reforma pueden ser clasificados según el número de procedimientos posibles (según se prevea uno único o varios), y en el caso de procedimientos múltiples según cualquiera sea idóneo para cualquier modificación o se efectúen distinciones según la materia a reformar estableciendo un procedimiento para cada caso.

Han existido diversos ejemplos de Constituciones que prohíben la posibilidad de reforma dentro de determinados plazos. Esto puede derivar del sincero convencimiento de que para analizar la conveniencia de una reforma primero hay que darle tiempo a la Carta para funcionar, a fin de que los actores políticos se adapten a la nueva Constitución, y recién luego podrá ser seriamente analizada la pertinencia de su reforma. También estas limitaciones temporales pueden responder a la idea de impedir las constantes modificaciones constitucionales, que sólo conducen a lograr un descrédito de la propia Constitución y a su des prestigio, ya que importantes sectores del cuerpo electoral comienzan a ver la Constitución como el campo de los acuerdos políticos que varían y se ajustan constantemente, y no como la norma fundamental, que sienta los valores supremos y constituye la máxima garantía de los individuos.

Pero también las exigencias temporales pueden responder simplemente al espurio objetivo de impedir la reforma por un lapso más o menos prolongado, perpetuando así, mientras tanto, una situación de privilegio acordada.

2.2. NORMAS INTANGIBLES

En el pasado, algunas Constituciones republicanas incluyeron a veces disposiciones inmodificables, normalmente dirigidas a evitar la revisión de la forma de gobierno frente a nuevas pretensiones monárquicas. También se aprecia, aunque con menor frecuencia, similar tendencia en el siglo XIX en las Constituciones de las nuevas repúblicas sudamericanas, pero buscando resaltar la irreversibilidad del proceso de independencia (es el caso de los artículos 2 y 3 de la Constitución uruguaya que provienen de la Constitución de 1830).

En nuestros días podría decirse que no es lo más común que se encuentren en las Constituciones cláusulas que prohíban su modificación,¹² lo que perpetuaría o pretende-

¹² Es por ejemplo el caso español. Al respecto: CONTRERAS, Manuel, “La reforma de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico-ciencia política/3, Zaragoza, 1979, págs. 414 y ss., que señala que el único límite explícito en España es el del artículo

ría perpetuar algunas disposiciones constitucionales. De todas formas, encontramos algunos ejemplos de Constituciones que establecen prohibiciones para la modificación de determinadas disposiciones, en un fenómeno en que suele denominarse a dichas normas como *pétreas*.

En el Derecho comparado encontramos el caso de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que en su artículo 79.3 establece que es inadmisible toda modificación de la Ley Fundamental que afecte a la división de la federación en estados, o al principio de la cooperación de los estados en la legislación, o a los principios consignados en los artículos 1 al 20. También el artículo 138 de la Constitución italiana de 1947 prevé: "La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional".¹³

Algunas corrientes doctrinales han admitido el valor absoluto de estos límites o, con otras palabras, reconocen la posibilidad de que una Constitución rígida contenga disposiciones intangibles o inmodificables.¹⁴

Sin embargo, como señala BISCARETTI,¹⁵ la posición anterior choca con tres grupos de argumentos: a) la lógica jurídica, que partiendo de la necesidad de certeza jurídica y del principio de no contradicción postula la regla de que la norma posterior deroga la anterior; b) las necesidades prácticas de los ordenamientos constitucionales modernos,

169 que prohíbe la reforma en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los institutos previstos en el artículo 116. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, págs. 87-88. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho constitucional*, 2^a edición, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 169-178. También SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, págs. 270 y ss.

¹³ En Uruguay se presentaron algunas dudas respecto a disposiciones contenidas en la Carta vigente. Así, el artículo 2º prevé: "Ella [se refiere a la República] es y será siempre libre e independiente de todo poder extranjero". También el artículo 3º establece: "Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna". Los dos artículos mencionados, que con ligeros retoques provienen de la Constitución 1830, han llevado a la doctrina a preguntarse si se trata o no de cláusulas pétreas o inmodificables. En el derecho uruguayo parece que, además, las dudas desaparecen cuando se repara en el artículo 331, que sin limitación alguna habla de la posibilidad de reformar total o parcialmente la Constitución, sin efectuar ningún tipo de excepción (al respecto: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pág. 171; KORZENIAK, José, *Primer Curso de Derecho público. Derecho constitucional*, FCU, Montevideo, 2001, págs. 96-97). Siendo la solución de principio la reforma total o parcial (artículo 331), las excepciones a dicha regla deberían aparecer en forma expresa y clara, lo que no ocurre con los artículos 2 y 3 de la Constitución. Los artículos 2º y 3º de la Constitución uruguaya mantienen todavía hoy una redacción justificable históricamente en 1830, previéndose y oponiéndose a eventuales reivindicaciones del reino de España, de Portugal, etc., respecto al Estado que creaba. Pero fuera de esta explicación no parece que tengan otra consecuencia jurídica, y por lo tanto será posible su revisión, si así se plantea, de acuerdo con alguno de los cuatro procedimientos previstos en el artículo 331 de la Constitución. También: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional*, tomo X, Montevideo, 1949, págs. 226 y 227, quien tampoco aceptaba estos límites.

¹⁴ Al respecto: LÉWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 189 y ss. GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Marfa Elizabeth, "O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 204-212. SILVESTRI, Gaetano, "Il potere costituenti come problema teorico giuridico", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 523 y ss.

¹⁵ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 282 y ss.

que prevén la forma de permitir las constantes evoluciones de las normas en relación con las continuas mutaciones de la realidad, y c) la práctica de los principales sistemas constitucionales, que admiten la igualdad de todas las normas constitucionales y la posibilidad de todas de enmendarse por los procedimientos previstos.

Además debe tenerse presente una distinción básica en la materia. Si la prohibición de reforma refiere a todo el texto constitucional, parece que no habría posibilidades dentro de dicho ordenamiento positivo de modificar la Constitución. Por ejemplo, la Carta que prevé que no puede ser modificada en determinado período parece que lograría, en términos jurídicos, su objetivo, y sería necesario aguardar el cumplimiento del requisito temporal para no violentar el ordenamiento.

Distinto es el caso en que una disposición concreta de la Constitución es la que no puede ser reformada. En esta hipótesis bastaría con la previa reforma de la disposición que prohíbe la modificación de otra para poder luego modificar la segunda, de forma que el fundamento de la intangibilidad de estas normas quedaría superado por el juego de las restantes disposiciones y principios constitucionales. De esta forma podría pensarse en la inutilidad de estas disposiciones no revisables, ya que, a lo sumo, exigirán mayores requisitos para poder ser modificadas, pero bajo ningún aspecto concretarán su vocación de permanencia indefinida.

En este sentido se debe recordar a VANOSSE, en cuanto a que las cláusulas pétreas expresas son inútiles, ya que, si bien responden a una intención política de conservación tendientes a disipar el rápido cuestionamiento de ciertos apoyos constitucionales, su virtualidad jurídica se reduce a cero frente a hipótesis de violación o quebrantamiento revolucionario, a la superación revolucionaria de toda la Constitución y la derogación de la propia norma constitucional que establece la prohibición.¹⁶

De todas formas no hay que subestimar la importancia de estas cláusulas pétreas establecidas a texto expreso, pues, como expresaba LOEWENSTEIN, “[...] las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una Constitución pueden suponer en tiempos normales una *luz roja* útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales [...]”, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión”.¹⁷ Este punto de vista es importante y puede compartirse que a) la

¹⁶ VANOSSE, Jorge R., op. cit., págs. 191 y ss.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., pág. 192.

existencia de las pretendidas disposiciones intangibles no es un freno plenamente eficaz para la reforma, pero b) estas disposiciones pueden de todas formas resultar útiles para evitar reformas apresuradas, bajo presión, oportunistas, producto de mayorías coyunturales, o no debidamente analizadas.

2.3. LÍMITES IMPLÍCITOS

Pero si lo anterior genera dificultades, más complejo resulta el análisis de la posibilidad de que existan límites implícitos, esto es, no articulados debidamente en el texto constitucional.

En Argentina, BIDART CAMPOS ha señalado que existen cuatro órdenes de contenidos en la Constitución argentina que resultan pétreos, y a continuación menciona: a) la democracia como forma del Estado; b) el federalismo; c) la forma republicana de gobierno, y d) la confesionalidad del Estado.¹⁸ En otro trabajo posterior agrega este autor que, como principio, todo derecho personal y toda situación subjetiva que se han adquirido y consolidado en aplicación de una norma de la Constitución deben respetarse en el futuro, definitivamente. Y menciona dos ejemplos: i) si una nueva norma de la Constitución que estableciera el dominio público de bienes incluidos hasta entonces en el dominio privado de los particulares no previera la indemnización a favor de estos últimos, habría de ser tenida por inconstitucional en razón de afectar derechos previamente adquiridos conforme al derecho preexistente. “De ser así, como estamos ciertos de que lo es, la Constitución en su texto anterior a la enmienda prolongaría su fuerza normativa impidiendo dañar retroactivamente los derechos adquiridos”. ii) Si una nueva norma de la Constitución amputara la inamovilidad de funcionarios vitalicios, o acortara el lapso de desempeño de quienes fueron designados por un lapso determinado de acuerdo con el texto constitucional vigente en el momento de sus nombramientos, la norma nueva que afectara el derecho ya adquirido no podría aplicarse a quienes se encontraran ocupando los cargos vitaliciamente o por tiempo todavía en curso. Aparecería otra vez la fuerza normativa de la Constitución preexistente frente a su ulterior reforma. Concluye este autor señalando que la Constitución anterior proyecta en prolongación ultraactiva su fuerza normativa para proteger derechos y situaciones subjetivos adquiridos durante su vigencia, poniendo límite a la aplicación retroactiva de una reforma.¹⁹

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., págs. 33 y ss. y 81 y ss.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 271-272.

En contra de lo anterior, VANOSSE ha señalado su “disidencia —en respetuosa y amistosa disidencia— con los autores que en nuestro país niegan la posibilidad de la reforma ‘total’ de la Constitución de 1853/1860, no obstante que el artículo 30 de esa norma suprema contempla la posibilidad totalizadora”. Señala este autor a) la inexistencia de las cláusulas pétreas implícitas, y b) la inutilidad y relatividad de estas cláusulas, cuya virtualidad se reduce a cero frente a casos de violación o quebrantamiento revolucionario y superación revolucionaria.²⁰

En Italia, además de los límites expresos (artículo 138 de la Carta respecto a la forma republicana), se ha planteado la cuestión y, por ejemplo, la Corte Constitucional ha aceptado la no revisibilidad de las disposiciones relativas a los derechos inalienables de la persona humana, entendiendo que ciertos principios en que se funda la Constitución no son modificables.²¹ Esto no es compartido por BISCARETTI DI RUFFIA, que señala que apenas se ingresa en el terreno de los límites implícitos absolutos la incertidumbre empieza a reinar, por lo que considera más exacto rechazar los argumentos favorables a este tipo de límites absolutos: a) tanto en cuanto se vinculan al origen histórico de las normas y de las instituciones fundamentales, b) como cuando se basan más bien en la efectiva naturaleza jurídica de éstas.²²

La rápida referencia a esta problemática no puede concluir sin recordar la opinión de LOEWENSTEIN,²³ que refiriendo a las llamadas disposiciones intangibles de una Constitución, que tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales, distinguía por un lado los casos de intangibilidad articulada (establecidos explícitamente en la Carta) y por otro lado los casos de intangibilidad no expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la Constitución. “En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o *telos* de la Constitución, sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional”.

²⁰ VANOSSE, Jorge R., op. cit., págs. 191-203. En el mismo sentido Adolfo Gabino ZIULU ha sostenido que los límites pétreos no pueden quedar a criterio del intérprete (*Derecho constitucional*, tomo I: “Principios y derechos constitucionales”, Depalma, Buenos Aires, 1997, tomo II, págs. 168-169). También puede verse la opinión de Miguel PADILLA en *Derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 35 y ss.

²¹ Citado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Dirito Costituzionale*, 2^a edición, CEDAM, Padua, 2000, págs. 195-202.

²² BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, op. cit., págs. 279 y ss.

²³ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., págs. 192-195.

Sobre los límites de la reforma que se producen por la inmunidad de que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución, señala este autor que “cabría aquí hablar de límites no articulados o tácitos. *De lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen [...]* ¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales, cuya anticonstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales inmanentes a una Constitución? El Tribunal Constitucional Federal [...] se ha unido a la teoría iusnaturalista al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales de la Ley Fundamental, y con ello unos límites inmanentes y no articulados impuestos a toda reforma constitucional. El ámbito en que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suelen ser, en la mayor parte de las veces, los posibles casos de aplicación de los derechos fundamentales [...]. *En el fondo, de lo que se trata es de si los derechos fundamentales —o, mejor, los derechos del hombre— son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación.* Aquí está, evidentemente, el problema cardinal de los derechos fundamentales y de su inmunidad contra intervenciones constitucionales que sobreasan la mera protección o garantía constitucional. *Pero más que de un problema jurídico se trata de una cuestión de creencias donde no se puede argumentar racionalmente, aun cuando por necesidades prácticas de la convivencia en la comunidad humana está revestida de formas jurídicas”.*

2.4. SÍNTESIS

Con lo anterior se ha procurado sintetizar los aspectos más importantes de los límites al poder constituyente que podríamos considerar de tipo normativo, en tanto surgen en forma expresa o implícita del propio orden jurídico.

Dentro de éstos aparecen límites incuestionablemente relativos, esto es, superables. Más que límites, se presentan como formalidades o garantías que requiere la reforma constitucional. Otros tienen pretensión de perpetuidad, lo que significa que pretenden impedir *sine die* la reforma, los que son cuestionados en cuanto a su admisibilidad y en cuanto a sus efectos.

También podrían agregarse límites normativos pero que no se encuentran comprendidos en el ordenamiento jurídico estatal sino en otro ordenamiento. En algunos casos podrá ser otro ordenamiento estatal, como ocurre con Canadá y las competencias residuales que dejó al Parlamento inglés; o del ordenamiento de un Estado federal; o de la relación de un Estado protector respecto al protegido; bien del compromiso recíproco que pueda haberse adoptado en el caso de una unión de Estados; e incluso por el ordenamiento jurídico internacional.²⁴

Pero es evidente que los límites normativos no excluyen la existencia de limitaciones no normativas, sean éstas ideológicas (creencias o valores), o estructurales (la propia estructura social),²⁵ o fácticas (condiciones de las fuerzas políticas que operan en un país, los *lobbies* y grupos de presión, factores de poder, posibilidades económicas, etc.);²⁶ quizás podríamos agregar el entorno internacional y el cultural, etc.

3.

LÍMITES EXTRACONSTITUCIONALES

Corresponde ahora preguntarse si existen otros límites normativos no contenidos en el ordenamiento jurídico estatal correspondiente. Esta interrogante, desde la óptica del Derecho constitucional, hasta hace no muchos años habría merecido como respuesta un *no* definitivo, salvo en los casos especiales que refería BISCARETTI.²⁷ Se hubiera invocado como base para tal contestación la noción tradicional de poder constituyente, y fundamentalmente la vieja noción de soberanía estatal (poder originario e independiente), que impediría, en principio, aceptar límites ajenos al ordenamiento jurídico.²⁸

²⁴ BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, op. cit., pág. 284.

²⁵ VANOSSI, Jorge R., op. cit., págs. 178 y ss.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor P., op. cit., págs. 99 y ss.

²⁷ Canadá y las competencias residuales que dejó al Parlamento inglés; un Estado federal; la relación de un Estado protector respecto al protegido; una Unión de Estados; y el ordenamiento jurídico internacional

²⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, FCU, Montevideo, 1983 (Dr. Miguel A. FERREIRO), págs. 109 y ss. NATALE, Alberto A., *Derecho político*, Depalma, Buenos Aires, 1988, págs. 384 y ss., señala que la independencia estatal se puede mantener pero sin excluir la subordinación a las normas de la moral y del derecho internacional. CHANTEBOUT, Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, 16^a edición, Armand Colin, París, 1999, págs. 615-616. En contra de estas posiciones que niegan la limitación, es conocida la posición de Hans KELSEN (*Teoría pura del Derecho*, México, 1949, pág. 207) en cuanto a que la concepción dualista del Derecho es la de los primitivos, incapaces de concebir un orden jurídico fuera del que rige su comunidad.

Pero parece conveniente revisar el *contexto* en que se mueven las Constituciones contemporáneas. Y en este sentido es bueno recordar a HÄBERLE cuando señalaba que el ideal del Estado constitucional, basado en principios como los de dignidad humana, democracia, división de poderes, sistema jurídico social y cultural, es una conquista cultural del mundo occidental como resultado de procesos culturales, evolutivos y manifestación de la “tradición cultural” comprendida en el conjunto de normas clásicas y otros textos normativos. Al mismo tiempo, ese ideal de Estado enfrenta el reclamo de no retroceder en el nivel cultural alcanzado que, por el contrario, debe preservar y acrecentar.²⁹

Y en este sentido, y sin perjuicio de reconocer que todos los tiempos son tiempos de cambios, no deben perderse de vista algunos de los vertiginosos cambios de los últimos años que han incidido, entre otros muchos aspectos, en la propia noción de Constitución y en el tema que nos ocupa.

En efecto, como expresa CEA EGAÑA, la misma idea de Constitución se ha transformado y ha dejado de ser sólo la manifestación de la potestad estatal suprema, para subordinarse al valor dignidad de la persona y de los derechos esenciales que fluyen de ella. La globalización, la universalización de ciertos principios y técnicas que infunden una fisonomía a la democracia y a los propios valores constitucionales, la constitucionalización del derecho internacional y la internacionalización del constitucional, la instauración de órganos supranacionales, entre otros aspectos, ha alterado definitivamente la hermosa arquitectura diseñada en el pasado para el ejercicio del poder constituyente.³⁰

En el mismo sentido ha señalado NOGUEIRA que no es ya posible seguir sosteniendo, en el siglo XXI, lo que señalaban los autores de la segunda mitad del siglo XIX, como

²⁹ HÄBERLE, Peter, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1999, Konrad Adenauer y CIEDLA, Buenos Aires, 1999, pág. 387. Y agrega luego que la constitución del Estado constitucional es el resultado evolutivo de un proceso enriquecido por Aristóteles, Montesquieu, entre otros que se basa en la dignidad humana. “Contexto” es el concepto-fuente central del pensamiento sobre la “Constitución” hacia otras creencias de la cultura, en especial la Filosofía y la Ética (religión, ideología, política, economía y ecología). Este mismo autor, en “La Constitución ‘en el contexto’” (en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 7, 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid) ha señalado que la Constitución no es sólo un orden jurídico para juristas y a interpretar por éstos según viejas y nuevas reglas artificiales; opera esencialmente también como guía para los profanos del Derecho: para todos los ciudadanos. La comprensión contextualista de la Constitución (como “cultura”) deja libre la mirada para todo lo que opera detrás, a través, delante y en los textos. “Todo texto constitucional está inserto en un contexto de cultura [...]: cultura elevada, cultura popular, cultura alternativa y subcultura [...]” (págs. 225-228).

³⁰ CEA EGAÑA, “Una visión de la teoría neo constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 45.

GERBER y JELLINEK, para los cuales los derechos subjetivos públicos no representan más que una autolimitación impuesta y siempre revocable por el propio Estado.³¹

La invocación de la noción tradicional de soberanía se torna especialmente compleja. Más cuando advertimos los avances de los procesos de integración de Estados en los que se trasladan atribuciones trascendentes del Estado tradicional a órganos supranacionales o comunitarios. Gaetano SILVESTRI³² se ha preguntado si ha llegado el momento de erradicar a la soberanía del arsenal de conceptos jurídicos del constitucionalismo, y, si bien parece razonable coincidir con este autor en que quizás no se puede efectuar dicha afirmación, de todas formas se debe aceptar un cambio claro en la noción tradicional de soberanía.

3.1. PRIMER ELEMENTO CONTEXTUAL: LOS DERECHOS HUMANOS SON INHERENTES A LA PERSONA HUMANA

Pero si situamos la cuestión en análisis en el contexto latinoamericano se deberá coincidir con NOGUEIRA en que: a) los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona humana, por el solo hecho de ser un ser humano, y no dependen de la nacionalidad ni del territorio, ni pueden ser limitados o desconocidos con invocaciones a la soberanía estatal o al poder estatal, y b) es aceptada sin dudas la vinculación clara entre el Derecho internacional de los derechos humanos con el Derecho constitucional.³³

En cuanto al origen y fundamento de los derechos humanos —en tanto atributo inherente al ser humano y no como creación del ordenamiento jurídico—, encontramos en el constitucionalismo americano antiguas disposiciones, tales como:

- a) La enmienda novena a la Constitución de los Estados Unidos América, en vigor desde 1791, expresa: “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.
- b) El artículo 33 de la Constitución argentina de 1860 prevé: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, nº 1, Chile, 2003, pág. 406.

³² SILVESTRI, Gaetano, op. cit., pág. 534.

³³ NOGUEIRA, Humberto, op. cit., pág. 426.

- c) El actual artículo 72 de la Constitución uruguaya, en vigor desde 1918, dispone: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno”.

Pero si nos acercamos a nuestros tiempos se aprecia que esta tendencia se ha incrementado y hoy puede encontrarse el caso de la Constitución chilena, que expresamente establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana” (artículo 5). Otras Constituciones hacen referencia a los derechos no enunciados expresamente pero que derivan de la naturaleza de la persona (artículo 19 de la Constitución de Ecuador de 1998), o que son inherentes a ella (artículo 22 de la Constitución de Venezuela de 1999, artículo 94 de la Carta colombiana, artículo 45 de la Constitución de Paraguay, etc.), o a la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4 de la Constitución de Brasil de 1988). El artículo 74 de la Constitución de Costa Rica hace referencia a los derechos no establecidos a texto expreso pero que surgen del principio cristiano de justicia social. Algunas dudas genera el artículo 35 de la Constitución boliviana, por cuanto refiere, al igual que la Constitución argentina, a los derechos no establecidos pero que son tales por derivar de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Este primer elemento contextual aparece claramente recogido en la Constitución uruguaya, que reconoce los derechos como inherentes a la persona humana y anteriores al ordenamiento.³⁴

3.2. SEGUNDO ELEMENTO CONTEXTUAL: APROXIMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Asimismo, el considerable desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, la aparición de las jurisdicciones supranacionales, y el recíproco proceso de constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos y la influencia de éste sobre el Derecho constitucional, no han pasado desapercibidos en las Constituciones latinoamericanas. En este sentido quizás el ejemplo más interesante sea el de la Cons-

³⁴ Me remito a lo dicho en *Derecho constitucional*, tomo I, FCU, Montevideo, 2005, págs. 436-439.

titución argentina vigente, que realiza en su artículo 75, en lo que refiere a derechos humanos, una triple distinción:

- a) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se enumeran en el párrafo 2º del numeral 22 del artículo mencionado tienen rango constitucional.
- b) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que, si son ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional.
- c) En tercer lugar encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que ratificados por el Congreso no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional. En ese caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional pero supralegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas.³⁵

Las soluciones modernas de este tipo resultan por demás interesantes a los efectos de suplir olvidos o completar la regulación constitucional de los derechos humanos; a su vez, debe tenerse presente que, por ejemplo en el caso argentino, coexiste con las soluciones tradicionales —o sea, el artículo 33, anteriormente citado.

Pero, además del caso argentino, encontramos soluciones similares en las Constituciones de Venezuela (artículo 19), Colombia (artículo 93), Ecuador (artículo 17), etc. Y dentro de este elenco de Constituciones debe destacarse la solución extrema de Guatemala, que en el artículo 46 de su Constitución dispone que “se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

En esta rápida referencia al contexto latinoamericano en la materia, es interesante ver que estas soluciones constitucionales, sumadas al avance del Derecho internacional de

³⁵ Al respecto véase SAGÜÉS, Néstor, “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, nº 63-66, Montevideo, 1996, págs. 228 y ss. ZIULU, Adolfo Gabino, “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 72, Montevideo, 1997, págs. 733 y ss. TRAVIESO, Juan Antonio, “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, en *La Ley*, 1994, págs 1318 y ss.

los derechos humanos, han permitido que en muchos países, sin necesidad de incorporar disposiciones constitucionales referidas a los tratados, pactos y declaraciones, se postule el rango constitucional de todos los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos internacionales, basándose, exclusivamente, en las soluciones tradicionales de que los derechos son inherentes a la personalidad humana.³⁶

Y por supuesto que esta tendencia clara de las Constituciones es confirmada por el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que dispone que “nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”. A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prevé, bajo el título de “normas de interpretación”, que:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

3.3. TERCER ELEMENTO CONTEXTUAL:

EL BLOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo anterior conduce a la necesidad de coincidir con NOGUEIRA en que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un *bloque* de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos

³⁶ Por ejemplo en Uruguay: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho constitucional*, tomo I, FCU, Montevideo, 2005, págs. 502 y ss.

implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana”.³⁷

En cuanto a esta incuestionable relación entre el Derecho constitucional y la regulación internacional de los derechos humanos, debe tenerse presente con BIDART CAMPOS que esto conduce a afirmar que “la internacionalización de numerosos contenidos del derecho constitucional es, simultáneamente, una constitucionalización del derecho internacional. Internacionalizar contenidos del derecho constitucional quizá signifique para algunos una transferencia sustractora de materias y cuestiones clásicamente pertenecientes a la jurisdicción interna (a lo mejor, hasta exclusivas en épocas no demasiado lejanas). Pero no es así; constitucionalizar contenidos del derecho internacional es hospedarlos en la jurisdicción interna para asignar concurrencia competencial entre ésta y la jurisdicción internacional. Y acá luce la convergencia aditiva y la intersección solidaria. [...] Con el derecho internacional, la semejanza de los planteos nos lleva, personalmente, a una cuestión mucho más clara: cuando el Estado incorpora tratados de derechos humanos a su ordenamiento interno, las normas internacionales conservan su fuente y su naturaleza, aun cuando haya normas en la Constitución que citen taxativamente a algunos tratados, o que aludan globalmente a todos, o que les confieran prelación sobre el derecho interno, o les asignen jerarquía constitucional o solamente supralegal, o acaso no definan explícitamente un orden prelatorio, y hasta cuando se declare que forman parte del texto de la Constitución”.³⁸

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.³⁹

³⁷ NOGUEIRA, Humberto, op. cit., pág. 422. En el mismo sentido CEA EGAÑA, José Luis, op. cit., pág. 57. CHANTEBOUT, Bernard, también habla del bloque de constitucionalidad pero lo integra por la Constitución, la declaración de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y las leyes orgánicas (op. cit., pág. 606).

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...,* op. cit., págs. 468-471.

³⁹ También en Europa se encuentran opiniones como la de FAVOREU en cuanto a que “para definir al derecho constitucional formal hay que hacerlo en forma jerárquica y no de otro modo. El concepto de ‘supraconstitucionalidad’ ha sido mencionado en reiteradas oportunidades en el debate francés contemporáneo. No obstante, surge una posible confusión, al menos a nivel interno, cuando se vincula dicho concepto al derecho natural o a normas extrajurídicas. Sin embargo, no hay nada que impida la existencia de normas ‘superiores’ a la Constitución y por tanto que no integren el sistema jurídico pertinente; en este caso, no se trata de normas de un sistema que prevalezca a la

Como señala NOGUEIRA, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal; no puede invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, ni es invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidos por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad.⁴⁰

A esta altura no se puede dejar de coincidir con GORDILLO en que “ninguna norma nacional o carencia de ella puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato, el genocidio, la persecución racial y así sucesivamente. Por ello tampoco puede ‘jurídicamente’ argüirse un ‘derecho’ interno, así sea constitucional, para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país. [...] El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano interno”.⁴¹

Constitución formal, sino más bien de normas dirigidas al sistema como tal. Sólo serán superiores en forma indirecta y no en el sentido técnico de una superioridad jerárquica. Lo que resulta conceptualmente imposible es que el *mismo* sistema cuente con una constitución formal y con otra estructura por encima de ésta. [...] Como veremos más adelante, puede perfectamente coexistir, en un determinado sistema, una pluralidad de niveles de derecho constitucional formal jerárquicamente ordenados, pero entonces aquí se trataría de varias formas de derecho constitucional formal. Para destacar claramente que no se trata de normas supra o sea extrajurídicas, a dicho fenómeno le llamaremos *constitucionalidad superior* [...] El derecho internacional, siendo un sistema específico de derecho supranacional, puede de este modo incidir en el derecho nacional y por tanto en la Constitución, pero no se trata de supraconstitucionalidad como lo entienden los promotores de la corriente que afirma la existencia de algo superior a la Constitución en el derecho interno mismo. En realidad, se trata sencillamente del viejo concepto del derecho natural que existiría sin mostrarlo como tal. Nos consta que resulta imposible ya que esto llevaría a deducir la normativa de lo específico. Por consiguiente, la única vía que permite sostener esta conclusión consiste en negar la especificidad semántica de la normativa. Pero entonces, tampoco podremos reclamar normatividad para las fundamentadas reglas del derecho natural. Asimismo, la teoría de la supraconstitucionalidad se enmarca dentro de un proceso de recuperación del jusnaturalismo evitando cuidadosamente valerse del mismo en forma explícita. Se solapa detrás de apariencias de terminología jurídica de las reivindicaciones políticas o morales”. FAVOREU, Louis, y otros, *Droit constitutionnel*, 2^a edición, Dalloz, París, 1999, pág. 120 y ss.

⁴⁰ NOGUEIRA, Humberto, op. cit., pág. 426.

⁴¹ GORDILLO, Agustín, y otros, *Derechos humanos*, 4^a edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, cap. III, pág. 11. Nos aproximamos así al Estado constitucional “cooperativo” del que habla HÄBERLE (*Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 258 y ss.) para señalar un modelo constitucional occidental que se manifiesta como un “ideal relativo” dentro de la comunidad de Derecho Internacional, de forma de responder a sus propias tareas de la forma más elástica posible tanto en el presente como en el futuro.

HÄBERLE ha destacado lo anterior señalando que “el Estado constitucional se transforma al igual que lo hace hoy comúnmente el Derecho internacional. El Derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que sólo pueden producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘Derecho común de cooperación’. El Estado ‘social cooperativo’ no conoce la alternativa del llamado ‘primado’ del Derecho internacional ni tampoco la del Derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del Derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del Derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible [...].”⁴²

3.4. CUARTO ELEMENTO CONTEXTUAL: LA DIRECTRIZ DE PREFERENCIA DE NORMAS

Lo expresado no sólo está afectando la tradicional noción de soberanía sino también, como señala SAGÜÉS,⁴³ es un duro golpe a la pirámide kelseniana. En efecto, imaginemos el caso frecuente de que un mismo derecho humano sea objeto de diversa regulación por la Constitución de un Estado y por uno o varios instrumentos internacionales referidos a derechos humanos. Esta diversidad normativa referida a los derechos humanos no se resolverá conforme al principio de jerarquía, sino que el juez o el intérprete en general deberá optar y recurrir a la norma que mejor proteja el derecho humano en juego, independientemente de cuál sea su fuente. Esto se fundamentará en el principio *pro hómine*, en la directriz de *preferencia de normas*, una reafirmación del principio *favor libertatis*, etc. Pero el resultado será el mencionado más allá de los fundamentos que se den a la problemática.

⁴² HÄBERLE, Peter, *Pluralismo...*, op. cit., págs. 263 y ss.

⁴³ SAGÜÉS. Néstor P., *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, antíptico de *Anales*, año XLII, 2^a época, nº 36, Buenos Aires, 1998, págs. 8 y ss.

3.5. QUINTO ELEMENTO CONTEXTUAL: EL CENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

Por último, debe mencionarse un cambio profundo, seguramente impensado hasta hace unos pocos años, en el que los derechos humanos se constituyen, dentro del ordenamiento jurídico, en la médula del sistema. Toda cuestión que se plantea debe, necesariamente, partir del análisis de los derechos humanos y, a su vez, los derechos humanos serán los compañeros de ruta del juez o del intérprete en general, y deberán ser el puerto de llegada para que el razonamiento sea válido.

3.6. SÍNTESIS

De lo expresado pueden extraerse algunas consecuencias lógicas. En primer término debe decirse que la realidad mundial, y especialmente regional, en lo que al reconocimiento y la protección de los derechos humanos refiere, conduce a que deba admitirse sin mayores dificultades que:

- a) Los derechos humanos, entre otras cosas inviolables, imprescriptibles, indivisibles,⁴⁴ irrenunciables e irreversibles, no dependen del ejercicio de ningún poder soberano a cargo del Estado, sino que su base se encuentra en su condición de ser inherentes a la dignidad de la persona humana.
- b) Lo anterior opera como límite al ejercicio del poder constituyente, afectando en forma clara la clásica concepción de la soberanía estatal.
- c) La relación de la regulación constitucional de los derechos humanos y la regulación internacional de esta materia, en el marco de un proceso de vinculación y enriquecimiento recíproco creciente, aparece como un auténtico “*bloque* de los derechos humanos”.
- d) Los eventuales desajustes normativos que se presenten entre estas regulaciones o dentro de ellas (dentro del *bloque*) se resolverán conforme a la directriz de preferencia de normas, y el intérprete deberá recurrir a la norma que mejor proteja el derecho en juego, con independencia de su nivel jerárquico.

⁴⁴ NOGUEIRA, Humberto, op. cit., pág. 431, señala que el principio de indivisibilidad de los derechos precisa que los derechos forman parte de un sistema en el que todos son interdependientes —los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los solidarios—, donde todos ellos deben ser preservados armónicamente, sin perjuicio de su debida ponderación en los casos específicos.

A esta altura debe formularse la pregunta de si existen otros límites normativos al ejercicio del poder constituyente que no deriven del propio ordenamiento jurídico constitucional. Y sin mayores dificultades debe descartarse la tradicional respuesta negativa basada en la concepción clásica de la soberanía. Los derechos humanos no son producto del ejercicio del poder soberano por parte del Estado sino que actúan como límite frente a éste.

Tampoco parece que a esta altura sea pertinente pretender fundar la respuesta a la interrogante en una supuesta supremacía o jerarquía del Derecho internacional (de los derechos humanos) sobre el Derecho constitucional. Por el contrario, se ha visto cómo la doble regulación, enriqueciéndose y alimentándose recíprocamente, opera conformando un *bloque* de protección de los derechos humanos, cuyas relaciones internas no se basan en el principio de jerarquía sino en la directriz de “preferencia de normas”.

De esta forma se aprecia cómo las dos regulaciones, que se complementan, encuentran ambas el mismo límite en la noción de derechos humanos. Por esto el desconocimiento de un derecho humano conforme una norma constitucional interna no tendrá mayores consecuencias prácticas, ya que, de acuerdo con la directriz de interpretación referida, el derecho se deberá seguir reconociendo y protegiendo conforme las otras normas que componen el *bloque* de los derechos humanos. Lo mismo ocurriría si el desconocimiento fuera dispuesto por una norma internacional.

Sin perjuicio de lo anterior —esto es, de la igual protección del derecho por el juego de las otras normas—, debe concluirse que en esos casos la modificación de la norma constitucional o internacional en el sentido de desconocer un derecho humano resultará contraria a Derecho, en la medida en que estarían haciendo algo para lo que, tanto una como la otra, carecen de competencia.

En definitiva, el ejercicio del poder constituyente encuentra un doble límite: a) en primer término, carece de aptitud para ir en contra de los derechos humanos esenciales de los cuales la persona es titular por su sola condición de tal, por lo que el producto de dicho ejercicio del poder constituyente contrario a dichos derechos esenciales será, además, contrario a Derecho, y b) no obstante lo anterior, la pretensión limitadora del derecho en principio no prosperará, pues se deberán aplicar las otras normas protectoras del *bloque*. Adviértase que aparece un límite básico en la materia. El constituyente no puede desconocer los derechos inherentes al hombre, y si lo hiciera, su obrar sería contrario a derecho; pero al mismo tiempo, y en la medida en que el constituyente no puede modificar las normas internacionales y más allá de la

ilegitimidad del ejercicio del poder constituyente, se aplicarían en la especie las previsiones internacionales, por lo que la reforma constitucional antijurídica no tendría mayores consecuencias perjudiciales para el derecho de las personas.

4

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE

4.1. INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de responsabilidad civil (o patrimonial), se está haciendo referencia al derecho de un individuo a que se lo indemnice por un daño sufrido y a la determinación de quién está obligado a dicha reparación.

Las viejas concepciones que postulaban la irresponsabilidad del Estado, o que limitaban la responsabilidad a casos excepcionales, han quedado atrás. Y hoy se acepta sin mayores dudas respecto al ejercicio de los poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y en general para otras entidades estatales, que, si la actividad estatal beneficia (o está establecida en beneficio) a toda la comunidad, no es justo que los daños que muchas veces esta actividad ocasiona a algunas personas sean soportados exclusivamente por éstas. Si dicha actuación a todos beneficia, todos serán quienes deben soportar, proporcionalmente, los costos que la reparación de los daños apareja.⁴⁵ De esta forma fácilmente se encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal, con carácter general, en el propio concepto de Estado de Derecho, y especialmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas.⁴⁶

⁴⁵ Al respecto: DUGUIT, León, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du Droit, París, 1999, págs. 223 y ss.

⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 2^a edición actualizada, tomo IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, págs. 697 y ss. RISSO FERRAND, Martín, "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", en *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, FCU, Montevideo, 1992, pág. 34.

En el análisis tradicional de la responsabilidad del Estado, sin considerar los casos en que los daños provengan del ejercicio del poder constituyente, aparece un punto que divide a la doctrina y la jurisprudencia, y que refiere a los criterios de imputación de la responsabilidad o, si se prefiere, a determinar cuándo responde el Estado. En este sentido, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia ha sostenido que para saber cuándo debe responder el Estado es necesario analizar la actuación de éste a fin de determinar si hay motivo para que indemnice el daño causado.⁴⁷ Así, para que corresponda responsabilizar a un sujeto de derecho público se exige que exista culpa o dolo en la actuación estatal, o se recurre al concepto francés de *falta de servicio* (hay responsabilidad estatal cuando el servicio no funcionó, funcionó tarde o funcionó defectuosamente).⁴⁸ Para esta posición, cuando el Estado ha funcionado razonablemente bien no hay responsabilidad estatal, salvo en casos especialísimos y excepcionales en que corresponde la indemnización de los daños derivados de la actividad lícita del Estado.⁴⁹

En contra del criterio anterior (denominado genéricamente como *subjetivo* por cuanto hace responsable o no al Estado luego de analizar su actuación), varios autores han sostenido una concepción *objetiva* de la responsabilidad del Estado.⁵⁰ Para esta concepción, basada principalmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas, no es necesario el análisis de cómo fue la actividad estatal que causó el daño, sino que, por el contrario, basta analizar la posición jurídica de la víctima de dichos daños. En otras palabras, comprobado que un particular ha sufrido daños derivados de la acción u omisión estatal, sea ésta ajustada o contraria a Derecho, corresponde la indemnización, salvo cuando la víctima tenga el deber de soportar el daño padecido.

Si bien la responsabilidad del Estado hace mucho que es incuestionable y se postula como de principio, en la literatura jurídica contemporánea no es fácil encontrar desarrollos referidos a la responsabilidad estatal por el ejercicio del poder cons-

⁴⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Responsabilidad por acto o hecho administrativo", en *RDJA*, tomo 48, Montevideo, págs. 29 y ss. HOYOS DEL DUQUE, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Temis, Bogotá, 1984, págs. 15 y ss., etc.

⁴⁸ DE LAUBADÈRE, André, *Manual de Derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 1984.

⁴⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, 5^a edición (puesta al día por el Dr. Daniel H. Martins), FCU, Montevideo, 1987, tomo I.

⁵⁰ ENTRENA CUESTAS, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 5^a edición, Tecnos, Madrid, 1976, págs. 655 y ss. RISSO FERRAND, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2^a edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 1998. BERRO, Graciela, "Responsabilidad objetiva del Estado", en *Revista de Derecho Público*, año 1992, n° 2, Montevideo, 1992. VÁZQUEZ, Cristina, "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista", en *Revista de Derecho Público*, año 1995, n° 7, FCU, Montevideo, 1995. DEUS, Sergio, "Responsabilidad civil del Estado (artículo 24 de la Constitución)", en *LJU*, tomo XCIV, págs. 31 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución de 1952*, Cámara de Senadores, Montevideo, 1999, pág. 314; etc.

tituyente, ni son frecuentes los pronunciamientos jurisprudenciales. La explicación de esto debe encontrarse, seguramente, en tres órdenes de circunstancias: a) el ejercicio del poder constituyente es mucho menos frecuente que la actividad de los poderes constituidos, por lo que es lógico que los casos de responsabilidad sean poco frecuentes; b) las propias características del producto del poder constituyente hacen poco probable que se presenten dichos casos de responsabilidad, y c) en tercer lugar, la aparición de casos de responsabilidad chocaba inmediatamente con la concepción clásica de soberanía y con una serie de prejuicios derivados de ésta que no admitían que se cuestionara ni se limitara la acción del constituyente. No deja de ser curioso, y merece que desde ya sea destacado, que este último orden de argumentos y circunstancias coincide, en cierta forma, con los que se postularon históricamente para no reconocer la responsabilidad del Estado en general, o en particular en algunas de sus manifestaciones, especialmente la legislativa y la jurisdiccional. Esta sola constatación de la similitud de los argumentos ya constituye una luz de alerta ante lo que parece ser la repetición de un error histórico, hoy superado en otras áreas.

Dentro de los pocos casos que se pueden ubicar, particularmente interesante resulta el planteado respecto a la Constitución de Argentina de 1994, conocido habitualmente como *el caso Fayt*, en razón del nombre del miembro de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Carlos Santiago FAYT, que se sintió agraviado por la reforma constitucional.

La situación era la siguiente: la designación de los miembros de la Corte Suprema era de carácter vitalicio, pero en la reforma de 1994 se estableció entre las competencias del presidente de la Nación la de nombrar a los magistrados de la Corte con acuerdo del Senado (dos tercios de los miembros presentes). Y se agregó que a) un nuevo nombramiento será necesario para mantener en el cargo a los magistrados designados una vez que éstos cumplan setenta y cinco años de edad, y b) que las designaciones de estas personas (mayores de setenta y cinco años) serán por el término de cinco años. A su vez, la disposición transitoria undécima de la reforma de 1994 estableció la caducidad de los nombramientos y que la duración limitada prevista en el artículo 99 inciso 4 entraría en vigencia cinco años después de la sanción de la reforma constitucional, o sea que entró en vigencia en 1999.

El magistrado FAYT, afectado por la reforma en tanto debía obtener una nueva designación, accionó ante la Corte Suprema y ésta, por sentencia de fecha 19 de agosto de 1999, declaró la nulidad de la reforma introducida a la Constitución argentina en su artículo 99 inciso 4 párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima.

Este pronunciamiento, que fue severamente criticado por varios autores,⁵¹ plantea diversas cuestiones que refieren a la temática en análisis tales como: a) si la Corte es competente para anular una disposición constitucional producto del poder constituyente originario o derivado o si se trata de actos no judiciables, y b) eventuales excesos de la Corte en la apreciación de los requisitos y habilitaciones constitucionales para la reforma.

Otros autores argentinos, como es el caso de SAGÜÉS, distinguen entre las hipótesis de ejercicio del poder constituyente originario, en el que considera que los damnificados difícilmente podrían formular reclamos frente a ese poder constituyente (y cita los casos históricos de la confiscación de los bienes de la casa real de Saboya dispuesta por la Constitución italiana de 1948, los decretos de abolición de la propiedad privada y nacionalización de la banca soviéticos luego incorporados en la Constitución de 1918). Pero en estos casos, este autor considera que hay un límite para el ejercicio del poder constituyente originario, y éste es que no se podrían válidamente extinguir derechos básicos del hombre y de la sociedad, ya que de hacerlo se superarían los límites axiológicos y de derecho natural, por lo que los derechos deberían restituirse y en su caso el Estado debería abonar las indemnizaciones que correspondieran.

En el caso del poder constituyente derivado, SAGÜÉS distingue: a) los casos de reforma constitucional válida, en los que hay que preguntarse qué ocurre con los derechos constitucionales preexistentes; para algunos autores el Estado deberá indemnizar a los administrados por los daños que sufren (MARIENHOFF⁵²), mientras que para otros, como REIRIZ, no habría responsabilidad por los daños causados, y b) la hipótesis de la reforma constitucional contraria a derecho, o inconstitucional, en cuyo caso los daños causados deberán ser indemnizados.⁵³

⁵¹ Como es el caso de Antonio María HERNÁNDEZ, en *El caso "Fayt" y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2001, pág. 26 y ss.

⁵² MARIENHOFF, Miguel, op. cit., tomo IV, pág. 740, expresa: “en un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar —es decir, privar sin indemnización— a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó. La comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda ‘reforma’ constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética jurídica, valor, éste, inapreciable en la estructura de un Estado [...] Resolver o pretender lo contrario implica un agravio a la *civilización* cuyos adelantos requieren el respeto a principios inmanentes de cultura que tanto han contribuido al bienestar de la humanidad [...]”.

⁵³ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, op. cit., págs. 102-110. VANOSSI, Jorge R., op. cit., págs. 246-253, concluye en que “[...] la situación del problema de la responsabilidad en el plano de las reformas constitucionales es la siguiente: (a) si se trata de un poder constituyente ‘derivado’ o reformador, que ha llevado a cabo una reforma de la constitución conforme a las normas de revisión previstas en aquella, o sea, que la reforma de la constitución es constitucional pues se han respetado todos los límites pre establecidos: no puede nacer responsabilidad del Estado ni habría norma superior en que fundarla, salvo que en la propia reforma así se la estableciera para sus consecuencias; y (b) si se trata de una reforma constitucional violatoria de la constitución vigente, por haberse apartado de los ‘límites’ (procesales o sustanciales) que la

En Uruguay, en la reforma constitucional perfeccionada en el año 2004 se dispuso que las actividades de prestación de servicios de agua potable y obras de saneamiento sólo pueden ser desarrolladas por entidades estatales, por lo que las empresas privadas que venían desarrollando dichas actividades quedan imposibilitadas de continuar haciéndolo.⁵⁴ Aquí el problema no es la “inconstitucionalidad” de la reforma, ya que es obvio que, si una ley puede establecer una solución como la mencionada, sin duda también podrá hacerlo el constituyente. En la especie el problema está dado por la indemnización que correspondería a quienes deben cesar en la realización de legítimas actividades que venían desarrollando conforme a Derecho, y esto pues la disposición especial y transitoria “Zii” dispuso que: “*La reparación que correspondiere, por la entrada en vigencia de esta reforma, no generará indemnización por lucro cesante, reembolsándose únicamente las inversiones no amortizadas*”. El problema no es la limitación del derecho sino la limitación de la indemnización.⁵⁵

4.2. PUNTOS DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS DEL TEMA

A esta altura parece claro que el fundamento de la responsabilidad del Estado, más allá de los argumentos coadyuvantes que pueden formularse, encuentra dos fuentes básicas: a) el propio concepto de Estado de Derecho, ya que es imposible admitir su existencia si no se admite la consecuencia última, que no es otra que la responsabilidad,⁵⁶ y b) en el principio de igualdad ante las cargas públicas conforme al cual: i) si la actividad del Estado necesariamente es en beneficio de toda la colectividad y respetuosa de los derechos humanos, ii) si es sabido —y debe asumirse— que la actividad del Estado ocasiona daños a algunos, producto de su actividad lícita o ilícita, iii) los daños ocasionados deberán ser

misma constitución establece, podría ocurrir que aun en carencia de cláusula de previsión constitucional expresa, la jurisprudencia fundara el reconocimiento de la responsabilidad en la falta o ‘culpa’ que implica la comisión de un acto de inconstitucionalidad: sería una creación pretoriana de los jueces, que no tiene precedentes entre nosotros, y que resultaría al margen del punto 7) de las formulaciones que hemos expuesto *supra*. Una construcción sobre la responsabilidad, como la que hemos adoptado, reposa necesariamente en fundamentos de derecho positivo y vigente. Podrá ser buena o mala, justa o injusta, adecuada o inadecuada, pero tiene como punto de referencia el ordenamiento constitucional del Estado”.

⁵⁴ Esta reforma implicó además una serie de problemas interpretativos, como por ejemplo qué ocurre con las empresas privadas que estaban desarrollando dichas actividades mediante la modalidad de concesión de obra pública y tenían plazo vigente a la fecha de entrada en vigor de la nueva norma constitucional, pero esta cuestión excede el objeto del trabajo (sobre la reforma en general y el caso de las concesiones con plazo vigente me remito a lo dicho en www.ucu.edu.uy, publicaciones de la Facultad de Derecho, Área Académica de Derecho Constitucional y Derechos Humanos).

⁵⁵ Me remito a *Derecho constitucional...*, op. cit., edición 2005, págs. 730-735.

⁵⁶ Ibídem, capítulo XVII.

reparados a los efectos de restablecer la igualdad lesionada y distribuir los costos entre toda la colectividad. La responsabilidad es de principio.

Lo anterior, incuestionablemente aplicable a los poderes constituidos y en general a todas las entidades estatales, es enteramente trasladable a los casos de ejercicio del poder constituyente. Ningún elemento permite diferenciar este caso del anterior.⁵⁷

Argumentos basados en la concepción clásica de la soberanía estatal deberán ser absolutamente rechazados, de la misma forma que lo son como pretendido fundamento de una suerte de irresponsabilidad de los poderes constituidos.

De la misma forma que ocurre en materia de responsabilidad por acto legislativo, no corresponderá diferenciar según el ejercicio del poder constituyente sea lícito o ilícito a los efectos de la responsabilidad estatal.

4.3. COMPETENCIA PARA CONOCER EN LA EVENTUAL INVALIDEZ DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL

La procesabilidad o judicabilidad de las reformas constitucionales ha sido severamente cuestionada por doctrina y jurisprudencia.⁵⁸ BIDART CAMPOS señaló con su precisión habitual que “la tesis de las cuestiones políticas no justiciables desaloja de la judicabilidad a la reforma de la Constitución con argumentos que no es del caso indagar aquí. Si en todo el campo de las cuestiones que se retraen al control judicial de constitucionalidad se está cercando un área impenetrable que implica desdoblar al orden constitucional (uno con control, y otro exento de él), la cuestión se agrava cuando se trata de la reforma, porque reformar la Constitución es poner la mano en la instancia primaria y en la fuente suprema de todo el ordenamiento jurídico”.⁵⁹

No deja de llamar la atención que la invocación de estas noción, como límites al contralor de la regularidad jurídica de las reformas constitucionales, guarda un claro paralelismo con los desarrollos realizados respecto a las competencias de contralor de

⁵⁷ En Uruguay podrían intentarse algunas argumentaciones formales, pretendiendo que, en definitiva, el titular del poder constituyente no es el Estado sino la Nación, y ésta sería una persona jurídica distinta de aquél. De todas formas no compartiría estas argumentaciones si se realizaran para evitar la responsabilidad del Estado, pues siendo las normas constitucionales (artículos 4, 35 y 82) susceptibles de ser interpretados de otra forma, el intérprete debe preferir la opción que mejor tutela los derechos humanos, que en este caso es la que responsabiliza al Estado rechazando la argumentación formal. Al respecto *Derecho constitucional...*, op. cit., capítulo XIV.

⁵⁸ Al respecto puede verse lo dicho por: VANOSSE, Jorge R., op. cit., págs. 281 y ss. HERNÁNDEZ, Antonio María, op. cit., págs. 41 y ss. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, op. cit., págs. 105 y ss.

⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho...*, op. cit., pág. 273. También en *Manual...*, op. cit., pág. 81. FAVOREU recuerda que el control fue rechazado al principio pero luego se comenzó a aceptar con una cierta facilidad (op. cit., pág. 136).

constitucionalidad de los actos legislativos. En efecto,⁶⁰ el contralor de la regularidad jurisdiccional de las leyes siempre ha presentado como problema, o como duda, la determinación de hasta dónde puede llegar el órgano jurisdiccional cuando controla la constitucionalidad de una ley. O, en otras palabras, cuándo termina el control jurisdiccional propiamente dicho y se ingresa en la arena política, o en las consideraciones de tipo político. En este sentido aparecen diversas nociones o expresiones que intentan precisar cuál es el límite entre lo jurisdiccional y lo político. Se habla así de “cuestiones no justiciables”,⁶¹ de “cuestiones políticas”, la no intervención de los jueces frente a las “facultades privativas de otros poderes”,⁶² la noción de la autorrestricción (o *self restraint*), entre otras muchas. Y por supuesto que siempre está presente en la cuestión el temor al exceso judicial (o gobierno de los jueces⁶³), la problemática de quién es el guardián de la Constitución y cuál es el rol de la Justicia en esta materia.⁶⁴ Sencillo es advertir que estas reticencias para aceptar el contralor jurisdiccional⁶⁵ encierran siempre el peligro contrario, o sea, que determinados actos de gobierno queden sin contralor jurisdiccional, lo que

⁶⁰ RISSO FERRAND, Martín, *Derecho constitucional...*, op. cit., págs. 149 y ss.

⁶¹ Al respecto: SULLIVAN, Kathleen M., y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, 15^a edición, Foundation Press, Nueva York, Thomson West, 2004, págs. 32 y ss.

⁶² Por ejemplo la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Nixon vs. United States*, reconoció que no podía intervenir en el procedimiento del juicio político por ser éste competencia del Senado (se trataba de un juez convicto de dos delitos que deseaba ser oído por la Comisión del Senado que analizaba su caso). Véase ibídem, págs. 41 y ss.

⁶³ Al respecto: BURDEAU, Georges, y otros, *Droit constitutionnel*, 26^a edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, París, setiembre de 1999, págs. 721 y ss., quienes recuerdan que en 1993 se llegó a proponer en Francia la revisión de la Constitución a raíz de una sentencia referida al derecho de asilo.

⁶⁴ Basta recordar la vieja polémica entre Hans KELSEN y Carl SMICHTT. KELSEN (*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1999) decía en la pág. 1: “‘Defensor de la Constitución’ significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una ‘garantía’ de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas [...] Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla”. Y Carl SMICHTT (*La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983) decía: “Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los órganos legislativos son por naturaleza, una apelación al pueblo”. HAAS, Evelyn, en “El campo de las tensiones formado por la corte constitucional y la política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2000, FKA, Buenos Aires 2000, menciona que la creación de la Corte Constitucional Federal en 1951 puso fin en Alemania a la disputa entre KELSEN y TRIEBEL (Heinrich), SCHMITT (Carl) y SMEND (Rudolf).

⁶⁵ SAGÜÉS, Néstor P., “Del juez legal al juez constitucional”, separata del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 4, Madrid, 2000, págs. 344 y ss., luego de recordar que nada es gratuito en el mundo jurídico, reconoce que la figura del juez constitucional puede tener sus bemoles. Recuerda el peligro harto frecuente del “facilismo” que se presenta cuando se resuelven los litigios frívolamente, con citas elementales de normas o principios constitucionales, muchas veces mencionados a granel y sin mayor pulcritud jurídica, interpretados con ligereza, desconociendo los antecedentes y fundamentos de las normas. Otra amenaza es la “manipulación” de la Constitución que puede hacer el juez haciéndole decir lo que no dice. Un tercer riesgo es el del “hiperactivismo” judicial, en el cual, so pretexto de ejercer el control judicial de constitucionalidad, el juez constitucional se desborda, por ejemplo, ingresando en cuestiones reservadas a la discrecionalidad de otros poderes del Estado. El dogmatismo judicial es un cuarto vicio, que se presenta cuando el juez reputa inconstitucional simplemente aquello que no le agrada, por más que la norma objetada haya quedado constitucionalmente como una opción válida para el legislador.

redundará en una suerte de “beneficio” para dichos órganos, que actuarán sin contralor adecuado que los limite.⁶⁶

En medio de esta polémica es oportuno recordar al Juez MARSHALL, que en el año 1821 (*Cohens vs. Virginia*) señaló con su habitual precisión: “Es muy cierto que este tribunal no asumirá jurisdicción si no debe; pero es igualmente cierto que debe ejercer jurisdicción cuando le corresponda hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del Legislativo, evitar una medida porque ella se acerca a los límites de la Constitución. Nosotros no podemos pasarla por alto porque es dudosa. Cualesquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo, si es traído a nosotros. No tenemos más derecho a declinar el ejercicio de la jurisdicción que nos es conferida, que el de usurpar la que no nos es dada. Una u otra cosa constituiría traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos; pero no podemos evitarlas. Todo lo que podemos hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar, y conscientemente cumplir con nuestro deber”.

VANOSSI⁶⁷ ha efectuado un paralelismo entre esta noción de *cuestiones políticas* y la noción del Derecho administrativo de *acto de gobierno*, que se entiende como no procesable ante los órganos jurisdiccionales. Así como la teoría de los *actos de gobierno* parece estar hoy en retroceso (no puede confundirse la clasificación jurídica —acto legislativo, administrativo y jurisdiccional— con la política —acto de gobierno y de administración—) y en general gana terreno la posición que rechaza la improcesabilidad de los actos de gobierno, sustituyendo el límite por la noción de discrecionalidad, lo mismo estaría ocurriendo con la noción de *cuestiones políticas*.⁶⁸

⁶⁶ VANOSSI, Jorge R., op. cit., tomo II, pág. 177 y ss. Este autor ha sintetizado la problemática de las “cuestiones políticas” diciendo que: a) Las *cuestiones políticas* aparecen como un *status* de injusticiabilidad, destinado a amparar la no revisión de ciertas determinaciones originadas en los poderes políticos, así como a dar un *bill* de indemnidad a las consecuencias que resulten de esas mismas determinaciones. b) Las *cuestiones políticas* constituyen en su conjunto una categoría creada por los propios jueces, quienes fijan sus alcances con un sentido empírico y de pura oportunidad. c) Así como el estado de sitio concentra los poderes en el Ejecutivo, las *cuestiones políticas* operan una concentración en los poderes políticos. d) Las *cuestiones políticas* tienen otra consecuencia, que es privar de carácter operativo a ciertas normas constitucionales, cuya eficacia con relación a los derechos individuales se transforma en la misma que tienen las normas directivas o programáticas. O, en otras palabras, se convierte a las normas preceptivas en programáticas. e) La tesis exhibe una supuesta virtud de prudencia política, pero también sustrae temas de la órbita judicial acrecentando el ámbito del poder discrecional. Las *cuestiones políticas* han ocasionado grandes confusiones, ya que lo que escapa a la competencia de los jueces es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero de manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia (op. cit., págs. 192 y ss. También SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos...*, o. cit., tomo II, págs. 703 y ss.

⁶⁷ Ibídem, págs. 154 y ss.

⁶⁸ En Argentina, y como señala ZIULU (*Derecho...* op. cit., pág. 113 y ss.), se aprecian tres tendencias doctrinales: a) quienes se afilan a la concepción amplia de la Corte Suprema (BIDEGAIN, BIANCHI, etc.); b) quienes la aceptan pero postulan su limitación (VANOSSI, MARIENHOFF, etc.); y c) quienes se oponen a ella (BIDART CAMPOS, SAGÜÉS, el propio ZIULU, etc.).

No es que exista un tipo de acto jurídico exento del control jurisdiccional, sino que en todo acto jurídico podremos encontrar aspectos de la máxima discrecionalidad en cuya consideración la Justicia no podrá ingresar con el pretexto de su control, pues dicha discrecionalidad excede la posibilidad de infracción de tipo jurídico. Supongamos una ley que establece como pena máxima de privación de libertad para determinado delito de homicidio los veinte años de reclusión; en este caso la Corte no podrá revisar la decisión del legislador, pero no por cuestión política, sino porque entra en la discrecionalidad política de dicho poder de gobierno. Distinto sería si en un país cuya Constitución prohíbe la privación de libertad perpetua como pena, el legislador estableciera la prisión perpetua o una pena que en términos reales diera el mismo resultado (por ejemplo, ciento cincuenta años de privación de libertad), ya que en este caso el legislador se habrá excedido en el ejercicio de su discrecionalidad política.

Trasladar lo anterior a las hipótesis de reforma constitucional es una consecuencia lógica e inevitable de lo expresado. ¿Qué argumento puede existir para no aplicar al producto del poder constituyente los mismos razonamientos que se aplican a los actos legislativos? Creo que ninguno, salvo que se recurra a conceptos vinculados con la vieja noción de soberanía. La defensa jurídica de la Constitución significa que la Carta se aplica pese a los actos inferiores inconstitucionales y pese a las omisiones del ordenamiento inferior que dificulten la aplicación efectiva de la norma superior. Y es absolutamente lógico que similares consideraciones se extiendan a los efectos de defender la Constitución de ilegítimas reformas constitucionales. Negar esto último implica dejar a la Constitución sin protección en dicha área.

Así se debería concluir que, si se reforma la Constitución y se establece el período de gobierno en cuatro o cinco años, la reforma ingresará dentro de la discrecionalidad política del titular del poder constituyente y no habrá control jurisdiccional posible. Si en cambio la reforma implica, por ejemplo, discriminar a las personas según sus creencias religiosas o políticas, se excede el ámbito de discrecionalidad y se ingresará en la invalidez de la reforma, la que podrá ser declarada por el juez competente.

Es más, los mismos argumentos empleados como fundamento del *judicial review* son trasladables al poder constituyente. En los comentarios sobre la Constitución de HAMILTON, MADISON y JAY se señala con precisión que la interpretación de las leyes es propia incumbencia de los tribunales, y que la Constitución es la ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. En los casos de contradicción entre la Constitución y

una ley, lo lógico es preferir aquella que posee fuerza y validez superiores.⁶⁹ Lo mismo podría decirse si se confrontan dos normas de rango constitucional: el intérprete deberá preferir la norma válida.

En 1803, el juez John MARSHALL, partiendo de la norma de supremacía constitucional (artículo 6º de la Carta), señaló que “[...] es competencia del Poder Judicial el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente deben establecer e interpretar esa regla. [...] Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable”. En los casos en que resulta aplicable en un caso concreto la Constitución y una ley, y éstas resultan incompatibles, el tribunal debe decidir cuál de las dos rige en el caso, y en estos casos debe optar por la norma de mayor jerarquía que es sin duda la Constitución.⁷⁰ De la misma forma: si resultan aplicables dos normas constitucionales el juez deberá preferir la válida y no la inválida. Sostener lo contrario significaría un menoscabo para la Constitución, que cedería frente a normas inválidas pretendidamente del mismo rango.

En cuanto a la competencia en la materia, no parece necesario que se encuentre una norma que expresamente la atribuya,⁷¹ y parece razonable reconocer la competencia de principio de los órganos jurisdiccionales (integrantes del Poder Judicial) para resolver estos casos. Por supuesto que podemos encontrar normas expresas que atribuyan competencia a cierto órgano y en ese caso deberá estarse a ellas, considerándolas como de excepción. Por ejemplo, en el Uruguay, donde todo procedimiento de reforma constitucional (total o parcial) finaliza con un pronunciamiento del cuerpo electoral (*plebiscito* en la terminología constitucional uruguaya), que aparece como condición de perfeccionamiento de la reforma, el artículo 322 de la Carta atribuye a la Corte Electoral la competencia de decidir en última instancia sobre todas las apelaciones y reclamos que se produzcan, entre otros, de los actos de plebiscitos (la doctrina en general ha compartido que la decisión de la Corte es un acto jurisdiccional susceptible de adquirir la inmutabilidad de la cosa juzgada). Esto significa que, en lo que refiere a la regularidad de los plebiscitos la competencia será de la Corte Electoral, y en toda otra cuestión vinculada a la regularidad de una reforma la competencia recaerá sobre el Poder Judicial, conforme la mencionada atribución de competencia de principio.

⁶⁹ *El Federalista*, capítulo LXXVIII. SULLIVAN, Kathleen y otro, op. cit., pág. 17 y ss., analiza la opinión de HAMILTON en *El Federalista* nº 78, y señala la opinión del luego miembro de la Corte James IREDELL, que en 1780 desarrolló argumentos en similar línea (pág. 15). También FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 52 y ss.

⁷⁰ Sobre los argumentos y desarrollos de MARSHALL: SULLIVAN, Kathleen y Otro, op. cit., págs. 4 y ss.

⁷¹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 172 y ss.

4.4. HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE

Finalmente, y para procurar responder a la cuestión planteada en el título de la presente intervención o, mejor, para aproximarnos a ella, ya que no es posible ni sensato pretender con estas reflexiones definir tan compleja temática, parece útil (aunque no sea imprescindible desde el punto de vista teórico) separar las siguientes hipótesis: a) daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado con vicios de procedimiento o violación de disposiciones constitucionales; b) daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado conforme a Derecho; c) daño causado por el poder constituyente derivado o por el poder constituyente originario en violación o desconocimiento de los derechos esenciales del hombre.

4.4.1. Daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado con vicios de procedimiento o violación de disposiciones constitucionales

En este caso, y según lo ya analizado, los vicios podrían ser incuestionablemente de procedimiento o de oportunidad (incluyendo en este punto a los denominados *plazos de espera*), en cuyo caso no debería haber duda alguna en cuanto a la invalidez de la reforma. Pero también debe incluirse aquí, para quienes admitan su viabilidad, la problemática de las disposiciones intangibles, expresas o implícitas en la Constitución, ya que de aceptarse éstas su desconocimiento aparecerá como violación a requisitos constitucionales y recibirá la misma solución de invalidez.

Conforme lo ya señalado, éste es el caso más sencillo, ya que parece que: a) la reforma será inválida; b) la invalidez podrá ser declarada por el órgano con competencia a dichos efectos y de lo contrario por el Poder Judicial como atribución de competencia de principio, y c) los daños causados por la norma inválida deberán ser reparados por el Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe repararse en que cabe la posibilidad de que la reforma inválida torne inviable un derecho humano regulado por otra norma del *bloque* de los derechos humanos; por ejemplo, una norma internacional. En este caso el poder constituyente no tendrá aptitud para modificar la norma internacional, por lo que ésta continuará vigente y será aplicable en la especie, pese a la reforma constitucional inválida, conforme la mencionada directriz de preferencia de normas. En otras palabras, en esta hipótesis, la reforma inválida no debería lograr su propósito de desconocer un derecho esencial, ya que esto sería impedido por la aplicación de otras normas del *bloque*. Ello no

quita que, si igualmente se producen daños a un sujeto en aplicación de la norma inválida, éstos deberán ser reparados por el Estado.

4.4.2. Daño causado por el ejercicio del poder constituyente derivado conforme a Derecho

En este caso creo que la solución depende prácticamente de los mismos desarrollos y fundamentos utilizados para la justificación de la responsabilidad por acto legislativo. Resulta necesario entonces distinguir: a) la invalidez de una norma pretendidamente constitucional, y b) la responsabilidad por los daños causados por el dictado o la aplicación de una norma constitucional, la que, pese a ser ajustada a Derecho, puede comprometer la responsabilidad del Estado.

En efecto, en el terreno legislativo se admite sin problemas la responsabilidad del Estado y se realiza la siguiente distinción: a) una ley que lesione un derecho subjetivo del tercero frente al Estado legislador será siempre inconstitucional y aparejará siempre la responsabilidad estatal; b) una ley (o bien un acto regla con carácter general) que lesione ilegítimamente un interés legítimo frente al Estado legislador será inconstitucional y aparejará la responsabilidad del Estado, y c) un acto regla que en forma ajustada a Derecho limite un derecho humano (interés legítimo frente al Estado legislador) de un sujeto no podrá inaplicarse por inconstitucionalidad, pero podrá aparejar la responsabilidad del Estado por la inexistencia en la especie de obligación de soportar el daño causado por la actividad estatal.

Esto es, una norma legal totalmente ajustada a derecho, que viole o restrinja el principio de igualdad ante las cargas públicas, hará responsable al Estado. El ejemplo tradicional en la materia (*La Société La Fleurette* en Francia o el caso *ANCAP* en Uruguay), de supresión o prohibición de una actividad lícita hasta entonces, demuestra la hipótesis de una norma legal totalmente ajustada a Derecho (en el Derecho constitucional uruguayo los artículos 36 y 85 numeral 17), que apareja la responsabilidad del Estado.⁷²

Volviendo al ejercicio del poder constituyente derivado, y reconociendo que el principio de igualdad ante las cargas públicas aparece dentro de los límites al ejercicio del poder constituyente o es reconocido por otras normas del *bloque*, parece que no habría

⁷² También puede recordarse el asunto *Cadeteux et Demour*, y más cerca en el tiempo puede citarse el caso uruguayo de responsabilidad del Estado en los casos de inscripciones en el RAVE, la que a esta altura resulta unánime en jurisprudencia y doctrina.

obstáculos para aceptar la responsabilidad del Estado en estos casos, en términos similares a la responsabilidad por la actividad legislativa, en función de: a) un principio de igualdad ante las cargas públicas superior al poder constituyente y que, en tanto principio, no requiere de previsión expresa ni puede ser impedido por el constituyente; o b) de otras normas del *bloque* que hagan responsable al Estado por la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

4.4.3. Daño causado por el poder constituyente derivado

- o por el poder constituyente originario en violación**
- o desconocimiento de los derechos esenciales del hombre**

Esta hipótesis, en realidad, no presenta a mi juicio diferencias con la señalada como 4.4.1. En efecto, tanto en un caso como en otro la reforma constitucional o el ejercicio del poder constituyente originario es inválido por desconocer derechos esenciales del hombre. Por lo tanto, en ambos casos la consecuencia es la invalidez de la pretendida norma constitucional y la responsabilidad del Estado por los daños que se occasionen, sin perjuicio de la incidencia que pueden tener otras normas del *bloque* que eviten aplicar la norma constitucional inválida, o eviten o atemperen los daños que ésta ocasiona.

5.

CONCLUSIONES

Luego de esta extensa presentación del tema podría procurar sintetizar lo expresado diciendo:

1. En el contexto cultural occidental y regional no puede negarse que los derechos humanos encuentran su base en la dignidad de la persona humana, inherente a la condición de persona.
2. En este esquema es menester revisar y ajustar la vieja noción de soberanía, ya que los derechos no aparecen como creación soberana de un Estado sino que, por el contrario, son anteriores a él e inherentes al ser humano. De esta forma los derechos humanos aparecen como claro límite al derecho interno (sea éste

constitucional o de rango inferior) y también frente al derecho internacional de los derechos humanos.

3. En materia de derechos humanos se ha producido un proceso de vinculación, colaboración y enriquecimiento recíproco entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional de los derechos humanos, que ha llevado a la conformación de un *bloque de los derechos humanos* comprendidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos y en los valores implícitos.
4. Dentro de este *bloque*, la vieja cuestión de la jerarquía de las fuentes de producción jurídica se ha visto sustituida por la directriz de preferencia de normas que postula que, ante diversas regulaciones de un derecho humano, debe aplicarse aquella norma que mejor protege, o reconoce con mayor amplitud, el derecho en juego, independientemente de cuál sea su fuente o rango normativo.
5. Dentro de la noción de *defensa jurídica de la Constitución* debe admitirse la solución de principio de que el órgano jurisdiccional competente —y, a falta de atribución expresa de competencia, cualquier juez— puede, y debe, defender la Carta frente a disposiciones pretendidamente constitucionales pero que presenten vicios de invalidez.
6. En cuanto a la responsabilidad del Estado por los daños causados en el ejercicio del poder constituyente, que se entiende como de principio y que no requiere de texto expreso, no cabe duda de que se deberán indemnizar los daños ocasionados por el poder constituyente derivado o bien por el poder constituyente original o primario, cuando la norma constitucional sea inválida. En cuanto a los daños ocasionados por el ejercicio del poder constituyente (tanto originario como derivado) conforme a Derecho, la eventual responsabilidad, con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas principalmente y sin perjuicio de otros fundamentos, deberá admitirse en términos similares a lo que se hace con la responsabilidad del Estado por los daños causados por una ley ajustada a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho constitucional*, 2^a edición, Tecnos, Madrid, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La fuerza normativa de la Constitución”, en *El amparo Constitucional. Perspectivas y modalidades* (artículo 43 de la Constitución Nacional), Depalma, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1986.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel, *Droit constitutionnel*, 26^a edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, París, 1999.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo, 1996.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Una visión de la teoría neo constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- CONTIADES, Xenophon, “Methodological principles of constitutional revision based on overlapping consensus”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- CONTRERAS, Manuel, “La reforma de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico-ciencia política/3, Zaragoza, 1979.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma Constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, nº 1, Santiago de Chile, 2003.
- CHANTEBOUT, Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, 16^a edición, Armand Colin, París, 1999.

- DE COLMENARES, Carmen María, “Aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del Derecho interno”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Dirito Costituzionale*, 2ª edición, CEDAM, Padua, 2000.
- DUGUIT, León, *Les transformations du droit public*, La Mémoire du Droit, París, 1999.
- FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy, *Droit constitutionnel*, 2ª edición, Dalloz, París, 1999.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- GORDILLO, Agustín (Guillermo GORDO, Adelina LOIANNO, Guillermo FLAX, Marcelo LÓPEZ ALFONSÍN, Carlos E. TAMBUSSI, Marcelo FERREIRA y María Fernanda PÉREZ SOLLA), *Derechos humanos*, 4ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, María Elizabeth, “O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- HÄBERLE, Peter, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 1999, Konrad Adenauer y CIEDLA, Buenos Aires, 1999.
- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.
- HARO, Ricardo, “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, nº 1, Santiago de Chile, 2003.
- HAURIOU, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1984.
- HERNÁNDEZ (h.), Antonio María, *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Córdoba, 2001.
- HESSE, Conrado, “Constitución y Derecho constitucional”, en *Manual de Derecho constitucional*, 2ª edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *Teoría de Gobierno*, FCU, Montevideo, 1983.

- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2^a edición, Tecnos, Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universitaria, México, 1949.
- KORZENIAK, José, *Primer Curso de Derecho público. Derecho constitucional*, FCU, Montevideo, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, tomo IV, 2^a edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- NATALE, Alberto A., *Derecho político*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, nº 1, Chile, 2003.
- PADILLA, Miguel A., *Derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho político*, 2^a edición, reimpresión, Civitas, Madrid, 1997.
- RISSE FERRAND, Martín, *Derecho constitucional*, tomo I, FCU, Montevideo, 2005.
- RISSE FERRAND, Martín, *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional*, 2^a edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 1998.
- RISSE FERRAND, Martín, “Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa”, en *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, FCU, Montevideo, 1992.
- SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, antípico de *Anales*, año XLII, 2^a época, nº 36, Buenos Aires, 1998.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Del juez legal al juez constitucional”, separata del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 4, Madrid, 2000.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 2^a edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- SAGÜÉS, Néstor, “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, nº 63-66, Montevideo, 1996.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, 5^a edición (puesta al día por el Dr. Daniel H. Martins), FCU, Montevideo, 1987.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.

SILVESTRI, Gaetano, “Il potere costituente come problema teorico giuridico”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

SULLIVAN, Kathleen M., y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, 15^a edición, Foundation Press, Thomson West, Nueva York, 2004.

TAPIA VALDÉS, Jorge, “Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 9, nº 1, Chile, 2003.

TRAVIESO, Juan Antonio, “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, en *La Ley*, 1994, pp. 1318 y ss., Buenos Aires.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Teoría de la Constitución*, II: “Supremacía y control de constitucionalidad”, Depalma, Buenos Aires, 2000.

ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho constitucional*, tomo I: “Principios y derechos constitucionales”, Depalma, Buenos Aires, 1997.

ZIULU, Adolfo Gabino, “El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, nº 72, Montevideo, 1997.

Situación de los acreedores hipotecarios ante un eventual saldo de carácter quirografario en caso de concordato preventivo del deudor

*Adriana Bacchi Argibay**

RESUMEN. Considerando la situación del acreedor hipotecario, cuando su deudor promueve concordato preventivo y el precio a obtener en la ejecución hipotecaria puede ser insuficiente para satisfacer la totalidad del crédito, se analiza el tratamiento a dar al saldo. Se examinan las normas concursales vigentes y las particularidades de este saldo eventual, y se plantea si es posible armonizar los mecanismos consagrados por las normas vigentes con la especialidad del caso. Se postula el amparo de este acreedor que confió en una garantía hipotecaria y que enfrenta la insuficiencia de los bienes y el concordato preventivo del deudor.

ABSTRACT. This paper analyzes the treatment given to the balance when the mortgagor files for bankruptcy proceedings under Chapter 11 and the price reached at foreclosure is not sufficient to settle the total amount of the debt with the mortgagee. Likewise, it also focuses on bankruptcy regulations in force as well as the characteristics of this possible balance, questioning the feasibility of the reconciliation between the mechanisms achieved by the regulations in force and the particularity of each case. This paper demands protection for the mortgagee who trusted on mortgage security and who faces the mortgagor's insufficiency of the collateral and filing for Chapter 11.

* Profesora agregada de Derecho Comercial y Bancario en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

PALABRAS CLAVE. Mecanismos previstos en las normas vigentes; ausencia de normas específicas; acreedor preferente; saldo quirografario insoluto a favor de éste; alcance de la renuncia a la preferencia; derechos del acreedor por el saldo en el proceso concordatario; protección al titular del saldo eventual.

KEY WORDS. Mechanisms provided by the regulations in force; lack of specific regulations; preferential creditor; outstanding unsecured balance in favor of the creditor; the scope of the waiver of preferential rights; creditor's rights on the balance during bankruptcy proceedings; creditor's protection in the event of possible balance.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las normas legales aplicables. 3. El dilema al que se enfrentan los acreedores preferentes conforme las normas de los artículos 1556 del Código de Comercio y 41 de la ley n° 2230. 4. Las principales cuestiones previas a resolver. 5. La inclusión del crédito por el eventual saldo quirografario en el pasivo a declarar por el deudor. 5.1. Las previsiones para el "concordato común" en sus dos modalidades. 5.2. Las disposiciones en materia de concordato preventivo de sociedades anónimas. 5.3. La actitud a asumir por los acreedores informantes interventores y por el contador interventor. 6. El derecho a participar y a votar. 6.1. Las disposiciones del Código de Comercio. 6.2. Las disposiciones de la ley 2230. 7. La calidad de acreedor respecto al saldo quirografario eventual. 8. La incidencia del crédito por el saldo quirografario en el pasivo concordatario y en el cómputo de las mayorías. 9. ¿Son los mecanismos previstos en el régimen vigente oportunos y aptos para contemplar la situación de estos acreedores en forma efectiva y equilibrada? 9.1. Concordato preventivo judicial común. 9.2. El concordato preventivo extrajudicial común. 9.3. Concordato preventivo judicial de las sociedades anónimas. 9.4. Concordato preventivo extrajudicial de las S. A. 10. Situación jurídica del acreedor que no participa en el proceso en que se gestiona el concordato preventivo. 11. ¿Puede el acreedor por el saldo quirografario eventual cobrar aun antes de que esté determinado su saldo? 12. Breve comentario de algunas previsiones sobre el tema en las legislaciones extranjeras que sancionaron una reforma integral del sistema concursal. 12.1. La novísima Ley española de Concursos de julio de 2003 (n° 22). 12.2. La Ley de Concursos Mercantiles de México de abril de 2000. 12.3. La Ley de Concursos y Quiebras argentina, n° 24.522.

1.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos un tema que se plantea frecuentemente en el marco de los procesos concursales preventivos: la situación del acreedor cuyo crédito está garantizado por un derecho real de hipoteca, cuando el respectivo deudor promueve una gestión de concordato preventivo y existe la posibilidad de que, por resultar insuficiente el precio líquido que se obtendrá en la subasta del bien o los bienes hipotecados para satisfacer la totalidad del crédito, dicha ejecución arroje un saldo insoluto (de naturaleza quirografaria) a favor del acreedor. La asiduidad con que este tema se presenta responde a diversos factores: prolongada morosidad del deudor, desvalorización o deterioro significativo de los bienes, repercusiones de cambios en la política cambiaria y monetaria del país, crédito garantizado con segunda o ulterior hipoteca sobre un mismo bien, entre otros.

Quedan excluidos del problema que analizaremos los siguientes casos:

1. Cuando al promoverse la gestión concordataria ya terminó la ejecución del bien hipotecado y el precio líquido obtenido fue insuficiente para cancelar el crédito garantizado, siendo cierta la existencia y cuantía del saldo quirografario.¹

¹ Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Concordatos y moratorias. Versión del curso 1980*, FCU, Montevideo, 1980, pág. 67; MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo, y FERRO ASTRAY, José A., *Curso de Derecho comercial*, t. VI: "Concordatos", 4^a ed., FCU, Montevideo, 1997, actualizado y ampliado por RIPPE, Siegbert, pág. 63.

2. Entendemos que la misma solución debe aplicarse cuando el proceso de ejecución hipotecaria no finalizó, pero ya han sido definitivamente aprobadas tanto la subasta como la liquidación del crédito, estando determinadas la existencia y la cuantía del saldo insatisfecho.
3. Asimismo, queda excluido el caso de la hipoteca que garantiza sólo una parte del importe total del crédito, pues el crédito que excede el tope fijado a la garantía forma parte —sin dudas— del pasivo quirografario.²

La situación se torna polémica en los casos en que la gestión concordataria preventiva se promueve por el deudor cuando aún no se ha realizado el bien hipotecado y, por ende, no se tiene certeza de si habrá de existir un saldo insatisfecho ni se conoce su importe.

2.

LAS NORMAS LEGALES APLICABLES

Este supuesto no está contemplado por las normas concursales vigentes, seguramente porque en la época en que ellas se sancionaron (caracterizadas por una gran estabilidad económica) el legislador partió de la base de que las garantías reales que se constituyan eran —por regla— suficientes para satisfacer íntegramente el crédito del acreedor preferente. Por su parte, el Código Civil previó únicamente el caso de que “la finca se pierda o deteriore en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda” y estableció que, ante esa hipótesis, el acreedor tendrá derecho a una mejora de la hipoteca, a no ser que consienta que se le dé otra seguridad equivalente, y en defecto de ambas cosas podrá demandar el pago inmediato de la deuda aunque no esté cumplido el plazo (artículo 2339 del Código Civil). Pero esta previsión solucionará la situación del acreedor que nos ocupa sólo cuando el deudor se encuentre en condiciones de acceder a adoptar algunas de las medidas referidas, lo que, en la práctica, no siempre será factible.

² Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, op. cit., pág. 67. MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 63.

Los acreedores preferentes fueron contemplados en nuestras normas sobre concordatos preventivos únicamente a través de la concesión expresa de los derechos a: a) embaragar el o los bienes dados en garantía y continuar con el proceso de ejecución respectivo incluyendo el cumplimiento de la sentencia, pese a la moratoria provisional que se concede al deudor al admitir la gestión concordataria (artículos 1547 inciso 2 del Código de Comercio y 69.2 de la ley nº 2230); y b) renunciar a la preferencia de la que gozan, quedando equiparados a un acreedor quirografario. Esta renuncia, en el concordato preventivo (judicial o extrajudicial) regulado por el Código de Comercio (“concordato preventivo común”) puede ser parcial, pero nunca inferior a la mitad del crédito, conforme al artículo 1556 de ese Código. En cambio, en el caso de concordatos preventivos de S. A., la renuncia a la preferencia sólo se admite por el total del crédito (artículo 41 de la ley 2230).³

La renuncia (que puede ser expresa o tácita⁴) a la preferencia sólo será útil y aconsejable para el acreedor cuando la insuficiencia del bien asiento de la garantía sea tan notoria que, al promoverse el concordato, ya se pueda predecir razonablemente que la ejecución de aquél permitiría satisfacer una parte despreciable del crédito, extremo que, por distintos motivos (situación coyuntural del mercado, estado y destino del bien, difícil liquidación del crédito, etc.), no será tan claro y manifiesto en muchos casos.

³ La norma establece que “Los acreedores prendarios, hipotecarios y privilegiados sólo podrán votar en la reunión general de que habla el artículo 26, o intervenir en los procedimientos de que habla el artículo 27, perdiendo *ipso facto* e irrevocablemente el carácter prendario, hipotecario, o privilegiado de sus créditos”. Como dice PÉREZ FONTANA, la solución es más severa, pues no se contempla la renuncia a determinado porcentaje del crédito (PÉREZ FONTANA, Sagunto, *Concordato preventivo de las sociedades anónimas*, FCU, Montevideo, 1982, pág. 44). El fundamento de la fijación de un porcentaje mínimo sería, como dice SCARANO, evitar que los acreedores hipotecarios influyan con sus votos sobre el resultado del concordato, limitándose a perder sus privilegios sólo sobre una parte, aunque ínfima, de sus créditos, lo que aportaba beneficio o perjuicio al deudor o a los demás acreedores (SCARANO, Emilio, *El concordato preventivo extrajudicial*, Claudio García, Montevideo, 1937, pág. 130).

⁴ Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Concordato preventivo judicial y extrajudicial*, FCU, Montevideo, 2002, pág. 88.

3.

EL DILEMA AL QUE SE ENFRENTAN LOS ACREDITORES PREFERENTES CONFORME LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 1556 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y 41 DE LA LEY N° 2230

Con base en las disposiciones citadas, puede sostenerse que los acreedores preferentes están enfrentados a un dilema de hierro, constituido por esa única alternativa que las normas concursales consagran. Esta posición, llevada al extremo, conduce a afirmar que, si el acreedor por el saldo participa en el proceso concordatario, la fatal consecuencia de la pérdida de la preferencia comprende aun la parte del crédito que sería satisfecha mediante la realización del bien hipotecado. Por tanto, salvo que el acreedor esté dispuesto a arriesgar su preferencia, no podría intervenir en el proceso concordatario en defensa del crédito por el saldo eventual a su favor. A esa conclusión nos conduce la interpretación estricta y aislada del artículo 41 de la ley 2230. A nuestro criterio, el artículo 1556 del Código de Comercio no es tan contundente, pues refiere sólo al “voto sobre el concordato”, sin aludir a la “intervención” del acreedor; expresión más amplia, que comprende otros actos además del voto, lo que permite sostener que no existe un argumento de texto que impida al acreedor en cuestión *intervenir* en el proceso, siempre que se abstenga de votar (interpretación ésta que, igualmente, limita las posibilidades de actuación).

Nuestra doctrina ha interpretado estrictamente las referidas normas. Así, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ sostienen que esos acreedores no pueden deducir oposición “porque *son extraños a los procedimientos de concordato*. Sólo pueden oponerse si renuncian”.⁵ También PÉREZ FONTANA afirma que, si los acreedores preferentes *intervienen, pierden la preferencia* y quedan sometidos a la *par conditio creditorum*.⁶ En igual sentido, MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY sostienen que estos acreedores “en principio no intervienen en la discusión, ni en la votación del concordato preventivo”, y sólo pueden hacerlo si renuncian a su

⁵ Cf. ibidem, pág. 145.

⁶ Cf. PÉREZ FONTANA, op. cit., pág. 24. Este autor deja a salvo la posibilidad de estos acreedores de concurrir a la Junta y verificar su crédito. En contra, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Regímenes concursales aplicables a sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos*, FCU, Montevideo, 2003, pág. 177, para quienes el artículo 30 sólo se aplica a la liquidación judicial de las S. A. pero no al concordato preventivo de éstas, en el que únicamente cabe formular un informe sobre créditos.

preferencia.⁷ En forma similar se pronuncia SCARANO, quien sustenta que, para los acreedores preferentes que no han firmado el concordato, éste “*es res inter alios y ajeno por completo a sus derechos*”.⁸ También MARTÍNEZ BLANCO destaca que estos acreedores “*son excluidos de las deliberaciones*”⁹ (todos los destacados nos pertenecen).

La doctrina argentina se ha planteado en especial la situación de los acreedores preferentes con saldo insoluto, y polemiza arduamente en torno a la participación de éstos en los procesos concursales, sobre todo antes de la reforma introducida a la ley 11.719 (artículo 123) por la ley 19.551.¹⁰ Pese a las diferencias existentes entre las legislaciones concursales de ambos países, algunas reflexiones de los autores argentinos acerca de si procede verificar el crédito preferente son útiles para enfocar nuestro tema desde la óptica de los demás acreedores y del proceso en su conjunto.

FERRER,¹¹ sintetizando la opinión de los defensores de la verificación de este crédito preferente, expone varios argumentos esgrimidos por autores como GARCÍA MARTÍNEZ, ROUILLO, BONELLI, RAMÍREZ, entre otros. Los principales son los siguientes:

1) El proceso concursal afecta a la universalidad de la masa activa, incluyendo los bienes hipotecados. Si bien en el proceso preventivo no se conforma una “masa activa”, el acuerdo concordatario alcanza a todos los créditos anteriores a la solicitud de admisión del concordato y los bienes todos del deudor siguen siendo la garantía de los respectivos acreedores, hasta el punto de que durante la tramitación del proceso se imponen al deudor severas restricciones a la disposición de sus bienes¹² y además se impide a los acreedores personales proseguir (o promover) ejecuciones contra el deudor para evitar, como dice PÉREZ FONTANA, la “desintegración” de su patrimonio.¹³ A su vez, si el concordato es homologado, esos bienes estarán respaldando el cumplimiento del acuerdo. Si no llegara a homologarse o, tras su homologación, se rescindiera por incumplimiento del deudor, éste será declarado en estado de quiebra o de liquidación judicial, procesos en los que se

⁷ MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 61.

⁸ SCARANO, op. cit., pág. 181.

⁹ MARTÍNEZ BLANCO, Camilo. *Manual teórico-práctico de Derecho concursal*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2003, pág. 213.

¹⁰ La segunda norma consagró con claridad, en el artículo 130, que todos los acreedores, incluso los hipotecarios y prendarios, deben verificar sus créditos en la quiebra, solución ésta que fue reiterada por la ley vigente, nº 24.522, en su artículo 126. La norma es clara: “*Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias, en la forma dispuesta por el artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley...*”. Cf. FAVIER-DUBOIS, Eduardo, *Concursos y quiebras. Ley 24.522 actualizada y comentada*, Errepar, Buenos Aires, 2003, págs. 253-254.

¹¹ FERRER, Patricia, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, 2^a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000, págs. 43-44.

¹² Artículo 1555 del Código de Comercio y artículo 74 de la ley 2230.

¹³ PÉREZ FONTANA, op. cit., pág. 39.

formará una masa activa y todos los créditos habrán de concurrir sobre ella. Aunque el acreedor preferente de igual modo podrá ejecutar el bien hipotecado independientemente del “concurso general” (artículos 2381 del Código Civil y 1737 del Código de Comercio), la existencia, legitimidad y cuantía de su crédito, así como el resultado de la ejecución de la garantía, no será indiferente para los demás acreedores, quienes tendrán la legítima expectativa de que de la mencionada ejecución resulte un remanente a su favor. Por ende, este argumento merece ser tenido en cuenta.

2) “El proceso de verificación es necesario para determinar la cuantía del pasivo en su totalidad y garantizar la *par conditio creditorum*”. Esta consideración es de recibo, pues la verificación dotará de certeza al crédito en cuestión y brindará a los demás acreedores —que serán los seguros perjudicados por las quitas y esperas— la seguridad de la existencia y monto de aquél, así como una estimación de si existirá un saldo (a favor o en contra), extremo por demás relevante.^{14, 15}

3) La garantía que tienen los acreedores prendarios e hipotecarios no es más que un accesorio del crédito, “que no justifica un tratamiento distinto del crédito del que reciben los demás acreedores”. Es absolutamente correcto sostener que, en definitiva, el derecho real de hipoteca, como dice GAMARRA, “simplemente asegura o torna más factible la satisfacción de ese crédito”.¹⁶ Pero lo más destacable es que, ante la insuficiencia del bien hipotecado, el saldo a favor del acreedor será quirografario; es efectivamente inadmisible que reciba un tratamiento distinto del de los demás créditos simples.

4) “El Juez, el síndico y también la masa tienen derecho a controlar la legitimidad del crédito invocado por el acreedor provisto de una garantía real.” En el proceso preventivo dicho control corresponderá, según el tipo de concordato, a los acreedores informantes-interventores o al contador interventor, y es compatible la preocupación de que éstos, el juez y los demás acreedores efectúen tal control.

¹⁴ Cabe recordar que nuestra legislación sobre quiebra excluye a los acreedores preferentes de la verificación de créditos (artículos 1670 y 1583 del Código de Comercio). La ley argentina de concursos y quiebras (LCQ) vigente adoptó la solución contraria (artículos 126 y 209, que es el que regula el concurso especial). Cf. FAVIER-DUBOIS, op. cit., págs. 346 y 386. En materia de concordatos preventivos, el tema de si procede la verificación de créditos es controvertido, como expusimos en un anota anterior.

¹⁵ En sede de quiebra, el acreedor preferente integra una de las categorías de acreedores cuya graduación es necesaria, y se caracteriza, como señala RODRÍGUEZ OLIVERA, por tener “una posición especial que refuerza la posibilidad de recuperar su crédito”. Obviamente, el sobrante de la ejecución del bien dado en hipoteca, de existir, quedará disponible para los demás acreedores. Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Quiebra*, FCU, Montevideo, 2000, pág. 188. Asimismo, el artículo 1742 del Código de Comercio permite al síndico, con autorización del juez, levantar la hipoteca, pagando el importe de la deuda, volviendo el bien que estaba hipotecado a la masa concursada, para lo que es preciso que haya recursos líquidos suficientes para ese pago.

¹⁶ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. II, vol. 2, 4^a ed. actualizada, FCU, Montevideo, 2000, pág. 169.

5) “La ejecución de los bienes gravados a veces llega a absorber la totalidad del activo o parte importante de él”, realidad que torna imprescindible el mencionado control. En muchas ocasiones la ejecución del bien hipotecado tiene fundamental incidencia sobre la viabilidad del concordato, como cuando se trata del bien en que tiene su asiento el establecimiento del deudor, caso en el que su subasta puede obstar a la continuidad de la actividad comercial o industrial de aquél y determinar que no pueda cumplir la propuesta, lo que modificará sustancialmente su posición y la de todos los acreedores.

FERRER señala también que aun los defensores de la tesis que no exige la verificación del crédito hipotecario sostienen que ésta se requerirá en la medida en que el producido del bien no alcance para satisfacer la totalidad de sus créditos y por el saldo impago deban concurrir con los demás acreedores quirografarios.¹⁷ En igual sentido se pronunciaba la jurisprudencia que no consideraba necesaria la verificación previa al concurso especial.¹⁸ La propia FERRER admite que, dada esa situación, el acreedor hipotecario participará en el concurso.^{19, 20}

En este trabajo, sin desconocer los fundamentos que pueden esgrimirse a favor de la posición según la cual el acreedor preferente —salvo que renuncie— no puede participar en caso alguno en el proceso concordatario, partiremos de que es sustentable la opinión opuesta, pues entendemos que, *en la medida en que exista un saldo quirografario, la preferencia ya no opera con relación a éste y, por ende, el acreedor no tiene respecto a ese saldo preferencia a la que renunciar*. Enseña GAMARRA, al considerar el caso en que el monto del crédito excede el doble de la obligación garantizada, que “en lo que exceda al duplo de la obligación no hay gravamen, no hay acción real, sólo hay acción personal”.²¹ Por las mismas razones, entendemos que, *en lo que exceda el valor del bien asiento de la garantía, no hay gravamen*.²²

¹⁷ Agregan que deberán también someterse al proceso de verificación si pretenden cobrar en el concurso general, sin promover un concurso especial. FERRER, op. cit., pág. 45.

¹⁸ Ibídem, pág. 46.

¹⁹ Ibídem, pág. 53.

²⁰ También ADROGUE defiende la participación de los acreedores preferentes en el concurso por el interés de éstos en caso de que el asiento de sus preferencias no alcance a satisfacer sus créditos, pues el saldo impago no podría ser considerado quirografario si se omite su verificación, coexistiendo el interés de los restantes acreedores en conocer la incidencia de tales créditos que, en definitiva, los afectan. Cf. ADROGUE, Manuel I., *La prelación de créditos en materia concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 136.

²¹ GAMARRA, op. cit., pág. 170.

²² El caso presenta cierta similitud con aquel en que la cosa perezca, pues en ese caso la hipoteca se extingue (al igual que si la cosa es puesta fuera del comercio de los hombres o se modifica su naturaleza de tal forma que se vuelve objeto no idóneo de hipoteca). Para el caso de que la cosa perezca por un siniestro y exista un seguro vigente, véase el artículo 2335 del Código Civil. Cf. GAMARRA, op. cit., pág. 144.

Reconocemos, no obstante, que en el marco normativo vigente existen muchas zonas grises, y es cuestionable si el acreedor que participó en el concordato preventivo *invocando su saldo quirografario y salvaguardando la parte del crédito cubierta por la garantía* no comprometió igualmente la preferencia que lo amparaba, pues la ley no distingue. Estamos ante una situación que implica asumir ciertos riesgos, como sucede ante todo vacío legal.

Planteado el panorama normativo, corresponde mencionar lo que acontece en la práctica concursal, a cuyo respecto CREIMER observa con acierto, comentando la facultad concedida a esa clase de acreedores de integrar la “Comisión de Acreedores” (ley 17.292, artículo 16), que “hasta ahora estos acreedores temían inmiscuirse en estos procesos por miedo a perder sus ventajas. La ley establece que si votan en el concordato las pierden, pero, por cautela, se abstienen de intervenir en el concordato de cualquier manera”,²³ observación ésta que recoge lo que acontece a diario en los procesos concursales.

El mero planteo de la cuestión abordada requiere un esfuerzo interpretativo para encontrar la forma más idónea de canalizar el problema de este acreedor, el que además se inserta en un proceso concursal caracterizado por la concurrencia de muy diversos intereses a contemplar. Por ello, lograr, con las herramientas jurídicas disponibles, el equilibrio entre los derechos del acreedor preferente, los del deudor y los de los acreedores quirografarios es todo un desafío, que implica suministrar respuestas a varias interrogantes sobre ciertas cuestiones previas que analizaremos a continuación.²⁴

²³ CREIMER, Israel, *Derecho concursal. Análisis de la ley nº 17.292 en lo referente a procesos concursales*, FCU, Montevideo, 2001, pág. 44. Con la incorporación de esta disposición nuestra ley ha esbozado tímidamente la necesidad de que estos acreedores participen en los procesos concursales preventivos (los que, a veces, son a la vez titulares de créditos simples, y es frecuente, por otra parte, que en el contexto fáctico en el que transcurre el proceso tengan una posición de “poder” que incide mucho en la viabilidad y ejecución del acuerdo). Su participación se justifica también porque el resultado de la ejecución del bien, como ya dijimos, puede ser determinante.

²⁴ En este trabajo aludiremos siempre a las normas sobre concordato preventivo común y a las aplicables a las S. A., dejando de lado el concordato privado y el de liquidación regidos por la ley nº 8.045, pues el primero se rige por los mismos principios generales que el concordato común, salvo las modificaciones relacionadas con su carácter de privado, sin presentar diferencias en el punto que nos convoca. Respecto al concordato de liquidación, éste puede adoptar la forma de los concordatos preventivos extrajudicial o privado, y su particularidad fundamental es que el contenido del acuerdo es “sobre la base de la liquidación de su activo por cuenta de sus acreedores”, sin que exista tratamiento especial para los acreedores que nos ocupan. Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Concordato preventivo..., op. cit.*, pág. 199.

4**LAS PRINCIPALES CUESTIONES PREVIAS A RESOLVER**

Primera: ¿Debe el deudor declarar el crédito por el eventual saldo quirografario en los documentos que acompañará a la solicitud de admisión de la gestión concordataria y, en caso afirmativo, cómo y por qué importe lo incluye?

Segunda: ¿Puede el acreedor por el eventual saldo quirografario insoluto participar en el concordato y, además, votar la propuesta concordataria en tanto titular de ese crédito?

Tercera: ¿Cómo incide la probabilidad de la existencia del saldo quirografario referido en la determinación del pasivo concordatario total, y en el cálculo de las mayorías requeridas para la homologación del concordato?

Cuarta: ¿Son los mecanismos previstos en nuestro régimen oportunos y aptos para contemplar la situación de estos acreedores en forma efectiva y equilibrada?

Quinta: ¿Cuál es la situación jurídica del acreedor por el saldo que no participa del proceso en el que se gestiona el concordato preventivo?

Sexta: ¿Puede el acreedor por el saldo —si se homologa el concordato— cobrar conforme a la fórmula concordataria homologada, aun antes de que esté determinado el monto exacto de su saldo? Si no ha percibido suma alguna, ¿cuándo, cómo y contra quién puede dirigirse para cobrar el importe que le corresponde?

Nos consta que cualquier respuesta a las cuestiones planteadas puede ser objetada, sobre todo por las repercusiones que ellas tienen en el pasivo quirografario total, el cómputo de las mayorías y las sumas a percibir por los otros acreedores. Seguidamente las abordamos.

5.

LA INCLUSIÓN DEL CRÉDITO POR EL EVENTUAL SALDO QUIROGRAFARIO EN EL PASIVO A DECLARAR POR EL DEUDOR

5.1. LAS PREVISIONES PARA EL “CONCORDATO COMÚN” EN SUS DOS MODALIDADES

Según los artículos 1524 inciso 3 y 1531 del Código de Comercio, el deudor debe acompañar su solicitud de admisión de la gestión concordataria de un estado estimativo y detallado del activo y del pasivo expresando el importe, la causa y el plazo de los créditos, así como de su naturaleza, “a fin de establecer si son hipotecarios, prendarios, privilegiados o quirografarios, civiles o comerciales...”. Esta norma implica que el deudor debe denunciar todo su pasivo indicando, además, la naturaleza de cada crédito, por lo que, en el caso a estudio, para que no se cuestione su buena fe ni la transparencia de la información presentada a la Sede, lo aconsejable es que denuncie el crédito preferente y, para el caso de que sea probable un saldo quirografario insoluto, también lo incluya, en los términos más objetivos posibles. Si el deudor se enfrenta a una incertidumbre tal que torne muy riesgoso asumir una posición respecto al tema, lo recomendable será que efectúe una referencia a la relación entre el crédito y el valor del bien gravado. De lo contrario, el deudor quedará expuesto a “reclamos”, “observaciones” u “oposiciones”, y aun a que se le aplique la presunción de fraude prevista en el artículo 1536 del Código de Comercio.²⁵

5.2. LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE CONCORDATO PREVENTIVO DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Para este otro concordato caben las mismas consideraciones, pues el artículo 16 de la ley nº 2230 prescribe que el deudor debe acompañar su petición de “una lista de los acreedores en los que se exprese el *importe, plazo, y naturaleza de los créditos* que cada una represente”, por lo que dicha lista debe comprender todos los créditos, sin excepciones.

²⁵ La doctrina nacional es unánime en que el deudor debe denunciar todo su pasivo para evitar oposiciones. Cf. PÉREZ FONTANA, op. cit., pág. 24, y RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Concordato preventivo...*, op. cit., pág. 91. Como dice SCARANO (op. cit., pág. 136): “el estado del activo y pasivo constituye el reflejo fiel de la verdadera situación del deudor” y “sirve, pues, para despejar la incógnita de la verdadera situación del concordatario”.

5.3. LA ACTITUD A ASUMIR POR LOS ACREDITORES INFORMANTES INTERVENTORES Y POR EL CONTADOR INTERVENTOR

Según el artículo 70 de la ley nº 2230, en la redacción dada por la ley 17.292, los acreedores informantes deberán informar sobre *la exactitud de los documentos anexos a la gestión*, por lo que nuestro tema está comprendido entre los que son objeto de pronunciamiento por aquéllos.²⁶ En el caso del concordato común, al contador interventor designado le compete informar sobre la contabilidad del deudor (artículo 1532.2), por lo que también éste debe pronunciarse sobre los eventuales saldos, con las salvedades del caso.

Primera conclusión

No es suficiente que al declarar el pasivo el deudor indique que determinado crédito es preferente. En realidad, si el deudor incluye una liquidación actualizada del crédito, como, además, conforme a los artículos 1424 numeral 3 del Código de Comercio y artículos 16 y 69 de la ley 2230, debe estimar el valor de los bienes que componen su activo; estos datos ya serán suficientes para ilustrar al juez y demás interesados acerca de si existirá el mencionado saldo quirografario, así como sobre su cuantía. Estas reflexiones son aplicables sólo al caso de que el bien hipotecado sea de propiedad del deudor, pues si pertenece a un tercero se plantean otros temas²⁷ que exceden el propósito de este trabajo.

6.

EL DERECHO A PARTICIPAR Y A VOTAR

A primera vista, la solución de los artículos 1556 del Código de Comercio y 41 de la ley nº 2230 es clara: si los acreedores preferentes no renuncian, no pueden votar la propuesta, y si la votan pese a no haber renunciado, igualmente pierden la preferencia. Pero, para completar el panorama que enfrentará el acreedor por el saldo, hay que considerar otras disposiciones del Código de Comercio y de la ley nº 2230.

²⁶ Tal como enseña PÉREZ FONTANA, los acreedores informantes deberán también examinar la lista de acreedores presentada por la sociedad, comprobándola con lo que resulta de los libros para constatar su verdad, existencia, cantidad y su naturaleza (op. cit., pág. 41); agrega que el asesoramiento que los acreedores informantes prestan al juez debe ser amplio (*ibidem*, pág. 62).

²⁷ Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Concordato preventivo...*, op. cit., pág. 89, y PÉREZ FONTANA, op. cit., pág. 45. En la doctrina extranjera cabe mencionar el análisis que efectúa CARPI MARTÍN, Rebeca, en *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 57-103.

6.1. LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 1559 de ese cuerpo normativo prevé que el concordato aprobado “se hace obligatorio para todos los acreedores, *ya figuren o no en el balance, sean conocidos o desconocidos y fuese cual fuese la suma que ulteriormente se les atribuya por sentencia definitiva*, salvo el derecho de los hipotecarios, prendarios y privilegiados” (esta salvedad se aplica, obviamente, sólo a la parte del crédito cubierta por el importe del bien hipotecado). El artículo 1702 (al que remite el artículo 1559) establece que “se considerarán acreedores anteriores al concordato *los que lo fueran antes de la fecha de la presentación de la respectiva solicitud (artículos 1524 y 1531)*”. Por su parte, el artículo 1547 del mismo código, al establecer que en las ejecuciones contra los bienes dados en hipoteca no se negará la traba de embargo ni se suspenderá el cumplimiento de la sentencia, hace la siguiente salvedad: “*en los límites dentro de los cuales la ley les concede preferencia*”.

Aplicando estas normas al caso en análisis, detectamos una primera incongruencia: el acreedor por el eventual saldo quirografario estará, en cuanto a éste, alcanzado por la moratoria provisional, pero, pese a ello, no está consagrado su derecho a participar en el proceso concordatario por dicho saldo, lo que no constituye una solución armónica ni adecuada para amparar al acreedor que nos ocupa. Esto nos lleva a otra interrogante que consideramos fundamental: al promoverse la gestión concordataria, el acreedor en cuestión, cuando se configuran las situaciones que hemos referido, ¿es también acreedor del saldo quirografario aunque éste sea eventual, y pese a que se desconozca precisamente su monto y cuándo quedará determinado?

MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY distinguen la situación del acreedor preferente según ya haya ejecutado el bien dado en garantía al promoverse la gestión concordataria o se encuentre aún tramitando la ejecución, y sostienen: “No sucederá lo mismo, si el acreedor hipotecario previendo que la garantía es insuficiente pretendiera votar, para así salvaguardar sus derechos en razón de esa pretendida insuficiencia. El acreedor *debe ser quirografario en el momento de la solicitud del concordato, de otra manera no puede intervenir en la votación*”.²⁸

Esta línea divisoria temporal entre quienes son acreedores quirografarios alcanzados por el concordato (y pueden intervenir en él) y quienes no lo son tiene claro fundamento normativo en el artículo 1559 del Código de Comercio (que remite al artículo 1702), conforme al cual serán alcanzados por los efectos del concordato los acreedores que “lo

²⁸ MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 63 (destacado nuestro).

fueran antes de la fecha de la presentación de la respectiva solicitud". No obstante, cabe tener presente que la situación que analizamos no es idéntica a la regulada por la citada norma. En efecto, aquí no se trata solamente de establecer, *en función de la fecha en que los créditos hayan tenido su origen*, a qué acreedores alcanzarán los efectos del concordato. Para definir la situación de este acreedor preferente lo que se debe analizar antes de sostener que no puede participar, pues se "convierte" en quirografario después de la ejecución del bien hipotecado, y recién luego tomar posición sobre si puede o no participar en el proceso concordatario por el eventual saldo, *es si, efectivamente, nuestro acreedor alcanza la calificación de quirografario al finalizar el proceso de ejecución hipotecaria*. Y si esa fuera la conclusión a la que se arribara, quedaría pendiente resolver sobre el tratamiento a conferir a ese saldo para que no quede desprotegido. La opinión de los prestigiosos autores citados es, para nosotros, pasible de otra objeción al introducir una distinción entre los acreedores preferentes basada en una circunstancia que generalmente será por completo ajena a la voluntad de aquéllos: el momento en que terminará el proceso de ejecución hipotecaria. Puede suceder que un acreedor preferente que promovió el proceso de ejecución antes que otro de igual calidad reciba un tratamiento diverso en el concordato únicamente porque el procedimiento en que se tramita su ejecución hipotecaria ha sufrido dilaciones que no le son imputables, y que hasta podrían haber sido provocadas por el propio deudor y aun por otros acreedores, obrando de mala fe. Esto nos demuestra que la opinión que comentamos no brinda una solución igualitaria ni que aporte seguridad jurídica a los partícipes del proceso; la posición de nuestro acreedor depende de su suerte, en una especie de "carrera" entre los ejecutantes preferentes.

Para acercarnos a una solución que ampare al acreedor que nos ocupa, debemos analizar otra situación. El acreedor hipotecario, al promover la ejecución del bien hipotecado, generalmente, además, traba embargo sobre otros bienes del deudor o, desconociendo bienes concretos, un embargo genérico. Ahora bien, al promoverse por el deudor la gestión concordataria preventiva nos enfrentamos a un aspecto crucial: ese acreedor preferente que embargó otros bienes del deudor padecerá, en virtud de la moratoria provisional, la suspensión de ese proceso, pues el mismo afecta otros bienes que no son los hipotecados²⁹ (artículo 1546 del Código de Comercio, y el citado artículo 1547, que

²⁹ Podría pensarse que la posición de MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO resuelve esta cuestión, pues, como el acreedor por el saldo deviene tal en forma posterior a la terminación del proceso de ejecución hipotecaria, es un acreedor posterior a la solicitud y, en esa calidad, no es alcanzado por los efectos de la moratoria, pudiendo, embargar, sin restricciones, otros bienes que no sean los hipotecados. Pero dicha posición no lleva a esta conclusión pues, según

precisa que el acreedor preferente puede embargar y pedir el cumplimiento de la sentencia *dentro de los límites de la preferencia*). En otras palabras: la parte del crédito que excede a esa preferencia quedará alcanzada por los efectos de la moratoria provisional y el acreedor que nos ocupa no podrá ejecutar otros bienes que los hipotecados mientras esté vigente la hipoteca. Además, tras la homologación del concordato tampoco lo podrá hacer, porque estará comprendido en el acuerdo concordatario,³⁰ y si el concordato es rechazado se declarará la quiebra o la liquidación judicial del deudor y nuestro acreedor sólo cobrará “en moneda de quiebra”.

Otra limitación deriva del artículo 1547 del Código de Comercio, según el cual “[...] en las ejecuciones que se inicien por créditos puramente personales *no se trabará embargo en las mercaderías, muebles y útiles del establecimiento comercial del deudor, o que pertenezcan al giro de los negocios comerciales*”.

6.2. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 2230

Según su artículo 69 numeral 2, la situación del acreedor por el saldo es aun peor: ni siquiera “podrá promover ejecución contra la sociedad, y si alguna hubiese pendiente, quedará en suspenso”, norma que precisamente es aplicable a la ejecución quirografaria —coetánea o no con la hipotecaria— que es la *que tiene por objeto otros bienes que no son los hipotecados*.

Lo expuesto implica que “se desarma” al acreedor por el saldo quirografario, pero sin asegurarle su participación en el proceso concordatario para resguardar ese crédito, con lo cual el apego a aquel dilema de hierro al que referíamos comienza a resquebrajarse si queremos proteger al acreedor por el saldo, aspecto cuya justicia y conveniencia, a nuestro criterio, no puede abrigar dudas. En efecto, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, como advierte GORFINKIEL al examinar la “regla del duplo”, se impone “analizar los intereses en juego o que se contraponen en el conflicto interpretativo, lo que, como se verá, tampoco resulta fácil: la protección del acreedor hipotecario supone defender la seguridad del crédito en general y la seguridad del instituto hipotecario en particular, con

ella, antes de que la ejecución hipotecaria finalice el acreedor que nos ocupa *es solamente acreedor de carácter preferente y no tiene aún la calidad de quirografario*.

³⁰ Salvo, reiteramos, que se adopte la posición de MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO en cuanto a que el acreedor por el saldo no es tal antes de terminar la ejecución hipotecaria, posición ésta que, como dijimos en la nota precedente, tampoco resuelve adecuadamente la situación de ese acreedor, además de que exige al acreedor en cuestión —para poder ejercer su derecho— haber finalizado el proceso de ejecución hipotecaria.

las ventajas sociales que ello implica; no se debe perder de vista que la protección y afianzamiento del instituto hipotecario es, en sí mismo, un valor que no se debe perjudicar o debilitar [...].³¹ Compartimos el enfoque del ilustrado autor, pues entendemos que dejar sin protección alguna a quien confió en una garantía hipotecaria y a la hora del incumplimiento del deudor se encuentra con la insuficiencia del bien y la promoción de un concordato preventivo en el que no puede participar, es un camino casi infalible para desalentar la concesión del crédito, que torna más difícil y oneroso el acceso a éste.

A esta altura de nuestras reflexiones, corresponde volver sobre la pregunta de cuándo deviene acreedor del deudor concordatario el acreedor por el saldo eventual, y cómo debemos calificarlo, aspecto sustancial sobre el que existen diversos enfoques, según la rama del derecho que haya analizado el tema, como reseñaremos a continuación.

7.

LA CALIDAD DE ACREDOR RESPECTO AL SALDO QUIROGRAFARIO EVENTUAL

El enfoque de la doctrina comercialista. Si bien ésta no ha abordado el tema en forma exhaustiva, ha analizado la situación de otros créditos cuyas particularidades pueden resultar —al menos parcialmente— conexas con la del crédito a examen.

A. *El crédito litigioso y el “crédito no liquidado”.* Nuestro crédito será litigioso cuando exista demanda y contestación sobre el fondo del derecho (artículo 1764 inciso 2 del Código Civil), situación ésta que puede presentarse con cierta facilidad en el caso (vgr. créditos de difícil liquidación, o que hayan sido controvertidos por causas vinculadas al derecho de crédito en sí mismo, al derecho real de hipoteca, etc.). Los créditos litigiosos tampoco han sido contemplados por las normas concursales y la doctrina ha defendido las siguientes principales posiciones:

³¹ Cf. GORFINKIEL, Isaac, “Hipoteca, intereses y reajuste”, en *La Justicia Uruguaya*, t. XCV, Montevideo, pág. 26.

A.1. *La posición de RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ.* Para estos autores el crédito litigioso puede ser objeto de verificación en el concordato preventivo común en el incidente de verificación que tiene lugar entre la presentación del deudor y la realización de la junta de acreedores; el propio acreedor puede también, al amparo de los artículos 1533 y 1539, presentarse y solicitar la inclusión de aquél (si no ha sido denunciado por el deudor).³² Si nos afiliamos a esta posición, para que el acreedor preferente pudiera participar en el concordato bastaría que existiera litigio en torno al saldo. No dejamos de advertir que podría objetarse que, por convergir en un mismo acreedor la calidad de preferente con eventual saldo insoluto y la de litigioso, ese acreedor no puede intervenir en el concordato, pues priman las normas de los artículos 1556 del Código de Comercio y 41 de la ley 2230, las que no distinguen. Entendemos que esta objeción no sería defendible, ya que el mencionado litigio tendría por objeto, por hipótesis, el saldo de carácter quirografario (su existencia o no, cuantía, etc.). En cuanto al concordato extrajudicial común, los mencionados autores sostienen que el crédito litigioso debe ser declarado por el deudor en su pasivo, y si lo ha omitido, el propio acreedor puede formular oposición (artículo 1527 del Código de Comercio).

A.2. *La posición defendida por DAYVIERE.* Este autor defiende la procedencia de la “admisión provisional” (en ambas modalidades del concordato común) de los créditos que denomina “no liquidados” y de los “desconocidos” por el deudor, fundándose en los artículos 1527, 1528 y 1530 del Código de Comercio (para el extrajudicial) y en los artículos 1538 y 1540 del mismo código (para el tipo judicial).³³

A.3. *La posición sustentada por SAYAGUÉS, MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY.* Para estos otros autores el crédito litigioso no está justificado y, por tanto, su acreedor titular no puede votar. Se fundan en que el legislador ha sido claro en que la oposición prevista en el artículo 1528 del Código de Comercio abarca sólo el caso en que se pusiera en duda si determinados acreedores pertenecen o no a la segunda categoría del inciso 1º del artículo 1524, interpretación que es, sin duda, defendible. Pero no debemos olvidar la norma del artículo 1527, que, al regular las “reclamaciones” que pueden deducir los acreedores disidentes, aun cuando hayan firma-

³² RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, op. cit., pág. 91.

³³ Cit. por MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 66.

do el concordato, admite causas de reclamación que comprenden otros supuestos diversos de los contemplados por el artículo 1528. Estos mismos autores van más allá al afirmar que “el artículo no se refiere para nada a aquellos créditos *sobre cuya existencia puedan cabrer dudas*, o que el deudor haya desconocido, los que *no pueden ser incluidos dentro de estas mayorías*”.³⁴ Esta opinión excluye a nuestro acreedor, pues respecto a la existencia y el importe de su crédito por el saldo, por hipótesis, habrán de existir dudas.

B. El crédito bajo condición suspensiva. Según la opinión mayoritaria, el titular de este crédito no puede votar, pues conforme al artículo 242 del Código de Comercio *la obligación no existe hasta que el suceso se realice*.³⁵ En este sentido se pronuncian RODRÍGUEZ OLIVERA³⁶ y MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO.³⁷ La posición minoritaria está representada por DAYVIERE,³⁸ para quien el acreedor titular de un crédito sujeto a condición suspensiva (que, en el caso, consistiría en que el precio líquido de la subasta del bien hipotecado resulte insuficiente para la cancelación total del crédito garantizado) puede ejercer aquellos “actos conservatorios” de su derecho (artículo 241 del Código de Comercio) y, por ende, está facultado a intervenir en el concordato, pudiendo votar pero no percibir suma alguna mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición. En la doctrina extranjera REZZONICO entiende que uno de los actos conservatorios necesarios para la garantía de los intereses y derechos del acreedor sujeto a condición suspensiva, pendiente ésta, es el de “pedir verificación del crédito condicional en el concurso del deudor”.³⁹

Si entendemos que el crédito en cuestión lo es bajo condición suspensiva, en nuestra opinión, debemos preguntarnos si el voto es efectiva y solamente un acto conservatorio del derecho del acreedor por el saldo, extremo sobre el que nos pronunciaremos más adelante.

El enfoque de la doctrina civilista. Está encabezada actualmente por GAMARRA, quien, cuando se cuestiona qué es lo que se ejecuta forzadamente en la “ejecución hipotecaria”,⁴⁰

³⁴ Ibídem (destacado nuestro).

³⁵ Lo mismo establece el artículo 1424 del Código Civil.

³⁶ Cf. RODRÍGUEZ OLIVERA, *Concordato preventivo...*, op. cit., pág. 90.

³⁷ MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 67.

³⁸ Cit. ibídem.

³⁹ REZZONICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho civil*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 546.

⁴⁰ El autor aclara que utiliza esta expresión por ser la de uso más frecuente, pese a que ella no es técnicamente correcta.

precisa que “en realidad, lo que se viola o desconoce es el derecho de crédito, a consecuencia del incumplimiento del deudor (de la obligación principal). De donde, si la acción ejecutiva se mueve para tutela del derecho de crédito violado, *es claro que ese derecho de crédito no puede surgir recién posteriormente, como consecuencia (saldo) de la (llamada) ejecución real*, o no surgir nunca, si esa ejecución es suficiente para pagar al acreedor, en cuyo caso se daría el absurdo de que la ejecución satisfaría el derecho real ¡pero no el de crédito!”.⁴¹

Destaca asimismo GAMARRA que “el acreedor hipotecario que inicia la ejecución, en realidad, lo que pretende es el cumplimiento (ejecución) forzado de su derecho de crédito, pero no de la hipoteca (del derecho real de hipoteca), que simplemente asegura o vuelve más factible la satisfacción de ese crédito. Y ello mediante la inherencia del derecho real que le permitirá alcanzar al tercero adquirente, y la preferencia, frente a los demás acreedores de su deudor”.⁴² El tratadista uruguayo entiende que es por tanto inexacto aludir a “una acción personal por el saldo” que, “*como acción derivada*”, sólo puede ejercitarse “cuando se haya agotado la vía ejecutiva hipotecaria”.⁴³ Adoptando esta posición, el derecho de crédito, por la fracción quirografaria, existe desde que nace la obligación principal a la que accede el derecho real de garantía.

El enfoque de la llamada doctrina procesalista. Según éste, defendido por MORETTI, el acreedor hipotecario aceptó contractualmente como suficiente seguridad de su crédito cierto bien inmueble que “queda afectado exclusivamente al pago de su crédito hipotecario”, lo que impide a los terceros tener en cuenta ese bien del deudor para el pago de sus créditos, ya que éste no forma parte de la garantía común de todos los acreedores.⁴⁴ “[...] al excluir de esa garantía común el bien hipotecado [...], excluye también al propio acreedor hipotecario como posible acreedor concurrente mientras éste no demuestre la existencia de un saldo a su favor, *después de la ejecución de su hipoteca*”. Consiguientemente, ese acreedor “no puede ejercitar su acción personal mientras el saldo no resulte cierto y líqui-

⁴¹ GAMARRA, op. cit., pág. 169 (el destacado nos pertenece). GAMARRA señala la impropiedad de algunas expresiones tales como “el acreedor hipotecario tiene una acción real sobre el bien hipotecado y tiene una acción personal por el saldo”, ya que “el derecho real de hipoteca no se ejecuta sino que se opone a terceros”.

⁴² Ibídem, pág. 168.

⁴³ Ibídem (destacado nuestro). Veremos seguidamente que ésta es la posición defendida por la denominada doctrina procesalista.

⁴⁴ MORETTI, Raúl, *Apuntes de Derecho procesal (2º curso)*, t. I, 2^a ed., Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1946, pág. 369.

do, y el saldo no resulta cierto ni líquido hasta el momento en que termina la ejecución de la hipoteca". Por tanto, la acción personal es "subsidiaria", "secundaria" y "derivada", y no puede ejercerse *mientras no haya agotado la acción real y principal* (destacados nuestros).

Por ende, el acreedor preferente no puede participar en el proceso concordatario hasta que no pueda demostrar la existencia de un saldo a su favor, lo que sólo sucederá "después de la ejecución de su hipoteca". MORETTI justifica esta desprotección del crédito por el saldo afirmando que "la disminución del valor del bien hipotecado es una circunstancia previsible que debe ser de cuenta y riesgo del acreedor hipotecario" y refiriendo a las previsiones del ya comentado artículo 2339 del Código Civil.⁴⁵,⁴⁶

PIATNIZA ALTMAN se ha detenido en el análisis de un extremo esencial para dilucidar la polémica, al señalar como un aspecto crucial la falta de certeza y liquidez del acreedor hipotecario cuando promueve la acción ejecutiva quirografaria coetáneamente con la ejecución hipotecaria. No obstante, admite la viabilidad de la promoción de ambas acciones en forma conjunta, fundándose en los artículos 2333 y 2334 numeral 4 del Código Civil relativas a la "regla del duplo", la que permitiría conocer anticipadamente hasta qué monto el gravamen hipotecario asegura la satisfacción del crédito, sin que se advierta entonces el obstáculo a la viabilidad procesal coetánea de las dos ejecuciones. En efecto, sabido que la acción hipotecaria no podrá superar determinado monto, "la certeza y liquidez del posible saldo que hubiera necesidad de contemplar no resulta seriamente dificultoso precisar y ello, al tiempo de la promoción coetánea de las dos acciones [...]."⁴⁷

Según esta opinión, de los artículos 2333 y 2334 numeral 4 del Código Civil deriva que el gravamen hipotecario asegura el crédito principal (capital e intereses, artículo 2336), siempre que la suma de ambos no exceda el duplo de la obligación garantida, sin perjuicio de lo que en torno a las costas y costos del juicio resulte (artículo 2381 del Código Civil).⁴⁸

GAMARRA sintetiza la relevancia jurídica de este enfoque: "En lo que excede al duplo de la obligación no hay gravamen, no hay acción real, sólo hay acción personal".⁴⁹ Adhiriendo a esta posición, la objeción de que el saldo quirografario eventual es indeterminado e ilíquido se supera, pero el camino que ella abre también presenta serios obstácu-

⁴⁵ Ibídem, pág. 370.

⁴⁶ En la doctrina extranjera el más destacado expositor de esta doctrina denominada *procesalista* ha sido el maestro CARNELUTTI, para quien la hipoteca no confiere a quién la tiene y a quién está gravado por ella "sino una posición procesal". Cit. por GAMARRA, op. cit., pág. 43.

⁴⁷ PIATNIZA ALTMAN, Elías, "La regla del duplo y la coetaneidad del ejercicio de la vía ejecutiva simple e hipotecaria", en ADCU, t. XIX, FCU, Montevideo, págs. 123-126.

⁴⁸ Cf. GAMARRA, op. cit., pág. 170.

⁴⁹ Ibídem.

los interpretativos, pues las opiniones sobre el alcance de la “regla del duplo” nunca fueron coincidentes en nuestra doctrina civilista.⁵⁰

Mientras que para una interpretación del artículo 2333 el límite es el capital, pues por “obligación” debe entenderse únicamente el capital, sin los intereses,⁵¹ DE MARÍA y GAMARRA sostienen que el tope está constituido por el duplo del capital más los intereses que se encuentren determinados. Por su parte, GORFINKIEL afirma que existen otras normas del Código Civil, y al menos una del Código de Comercio, que permiten arribar a una solución diversa, y con base en ellas se pronuncia a favor de la extensión de la preferencia del acreedor hipotecario “a todos los intereses, sin otro límite que el de las normas sobre prescripción (artículo 1222 numeral 3 del Código Civil; artículo 1019 numeral 4 del Código de Comercio)”.^{52, 53}

GORFINKIEL hace expresa mención a las dos normas que, en sede de quiebra y concurso, podrían contribuir a aclarar la cuestión: el artículo 1608 del Código de Comercio y el artículo 2389 del Código Civil. La primera norma prevé que “seguirán hasta la extinción de la deuda los intereses pactados, o los legales, desde el día de la demanda, *en los créditos prendarios e hipotecarios* y se pagarán con la preferencia que corresponda a los capitales, *hasta donde alcance la respectiva garantía*”, y el artículo 2389 del Código Civil dispone que “Los intereses seguirán hasta la extinción de la deuda, *se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales*”.

Como explica GORFINKIEL, cuando no existe concurso civil ni quiebra, y por ende el activo del deudor es suficiente para satisfacer todos los créditos, no debería siquiera plantearse la duda; bastaría con aplicar la máxima *accesorium sequitur principalem*. Pero, indica el autor, esta demostración no es suficiente para que el problema quede resuelto, ya que “la tesis o interpretación tradicional del artículo 2333 del Código Civil se ha encargado de señalar que aquellas disposiciones deben ser entendidas o aplicadas hasta donde alcanza el valor de la cosa hipotecada, que —por aplicación del artículo 2333— no puede exceder del doble del crédito u obligación garantizada (para algunos: el crédito por el

⁵⁰ En el plano jurisprudencial véase, entre otros, a favor de la doctrina de MORETTI, *ADCU*, t. XVI, c. 319, y acogiendo la opinión de GAMARRA, el c. 320, en el mismo tomo de ese anuario.

⁵¹ Posición expuesta por GAMARRA en op. cit., pág. 85, aunque no es a la que el civilista adhiere.

⁵² Ibídem, pág. 22. El autor alude a normas ubicadas en el título de prenda (artículos 2314, 2312, 2305), las que podrían extenderse a la hipoteca si se acepta como un principio del derecho contractual la unidad sustancial de las garantías reales. Agrega que el tema está planteado fundamentalmente en los artículos 2381, 2382 y 2389 del Código Civil y artículos 1608 y 1739 del Código de Comercio, como veremos en el cuerpo de este trabajo.

⁵³ Para este autor, la doctrina tradicional (es decir, la defendida por DE MARÍA y GAMARRA) no ha podido superar las “demoledoras críticas que se le han hecho”. GAMARRA, op. cit., pág. 24.

capital únicamente; para otros: el crédito por capital más los intereses cuyo importe —tasa y plazo— estén determinados inequívocamente”.⁵⁴

Siendo tan controvertido el alcance de la regla del duplo, hasta el punto de que se ha dicho que el artículo 2333 “no se interpreta sino que se descifra”,⁵⁵ dicha regla no podrá ser aplicada en todos los casos como un límite seguro al crédito garantizado, con lo que se pierde el grado de certeza que el crédito en cuestión adquiría en la posición de GAMARRA y PIATNIZA.

Segunda conclusión

Ante los diversos enfoques expuestos, podemos concluir lo siguiente:

1. En nuestra legislación concursal, ni los acreedores bajo condición suspensiva ni los titulares de créditos litigiosos han recibido un tratamiento especial.
2. Tampoco existen normas especiales para los créditos cuyo monto es incierto (“no liquidados”), salvo en lo referente a los distintos mecanismos previstos para impugnar u observar el “monto” o “cuantía” del crédito, los que no fueron ideados para el supuesto concreto en análisis.⁵⁶
3. Entendemos que no se puede excluir al acreedor por el saldo quirografario eventual sosteniendo que éste “se convierte” en quirografario una vez terminada la ejecución del bien hipotecado. Como advierte ROCA SASTRE, el crédito hipotecario es una entidad compuesta de dos elementos: el derecho personal o crédito y el derecho real o hipoteca, siendo el crédito el elemento principal y la hipoteca el accesorio.⁵⁷ También GAMARRA ha destacado que la existencia de un crédito cuya satisfacción la hipoteca tiende a asegurar es “un elemento constitutivo de la hipoteca (requisito de validez)” que “debe colocarse en el mismo plano” que el título, el objeto idóneo y la publicidad.⁵⁸ Además, las propias normas concursales (cuya interpretación contextual se impone) se encargan de establecer que las ejecuciones contra bienes dados en hipoteca pueden proseguir “en los límites dentro de los cuales la ley les concede preferencia” (artículo 1547 Código de Comercio) y que los intereses de los créditos

⁵⁴ Ibídem, pág. 23.

⁵⁵ La expresión pertenece a CIBILS HAMILTON, cit. por GORFINKIEL, op. cit., pág. 15.

⁵⁶ Estos créditos indeterminados en su monto —por diversas causas— han sido calificados por la moderna legislación (vgr. nueva ley española de concursos) como *créditos contingentes sin cuantía propia*.

⁵⁷ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV-2, Barcelona, 1968, pág. 785.

⁵⁸ GAMARRA, op. cit., pág. 17.

hipotecarios se pagará con la preferencia correspondiente a los capitales *hasta donde alcance la respectiva garantía* (artículo 1608 del Código de Comercio). En nuestra opinión no existe un límite más claro a la preferencia del acreedor que el valor del bien hipotecado. Ya CIBILS HAMILTON sostenía que “lo fundamental es, pues, la obligación contraída, que no pierde ninguna de sus características ni en nada se modifica, agregándosele sólo una garantía real, sin la cual igualmente gozaría de todos sus atributos, salvo que se haya estipulado expresamente lo contrario. No insisto mayormente en este supuesto, *aunque encierra la clave de la cuestión*, pues creo que es indiscutible. Partiendo de él se deduce que el acreedor hipotecario *tiene todos los derechos de un acreedor quirografario y además los emanados de su derecho real de garantía*, salvo que una disposición expresa de la ley o del contrato se los limite”.⁵⁹ Cabe precisar que la “limitación” que, podría sustentarse, contienen los artículos 1556 del Código de Comercio y 41 de la ley 2230 sólo refiere al acreedor preferente, en tanto el crédito de éste efectivamente goza de la preferencia (esto es, “hasta donde alcance la garantía”). En cuanto a la opinión de MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO respecto a la situación del acreedor que no finalizó la ejecución hipotecaria, no la encontramos lo suficientemente convincente: no aporta seguridad jurídica a la resolución del problema ni muestra un camino para proteger al acreedor por el saldo.

4. Tampoco consideramos al crédito por el saldo como un crédito bajo condición suspensiva, y adherimos a la posición de GAMARRA en cuanto a que la acción personal por el saldo no es una “acción derivada” que sólo puede ejercitarse cuando se haya agotado la vía ejecutiva hipotecaria, en virtud de fundamentos expuestos por el tratadista.
5. La certeza que la regla del duplo podía conferir a la cuantía del saldo quirografario involucra un tema que siempre fue polémico y sobre el que se han planteado tres posiciones, todas las que han tenido acogida en la jurisprudencia, lo que no significa que dicha cuantía sea imposible de establecer, sino que habrá que recurrir para ello a otros mecanismos.

⁵⁹ CIBILS HAMILTON, Federico, “Hipoteca y embargo. ¿Puede el acreedor hipotecario pedir traba de embargo sobre otros bienes además de los hipotecados?”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. XL, Montevideo, 1942, pág. 352 (destacados nuestros).

6. Ante la oscuridad de las normas, la única alternativa es intentar compatibilizar las disposiciones generales con las particularidades de los procesos concursales.

Volviendo sobre el derecho al voto del acreedor por el saldo, corresponde preguntarse si éste, para conservar su derecho en el proceso concursal preventivo, sólo tiene la opción de votar la propuesta de concordato, así como si en caso de no votar pierde irremediablemente el derecho a exigir el pago de ese saldo, y si para el supuesto de que optara por votar la única consecuencia es la conservación de sus derechos o si, inevitablemente, se producirán otras consecuencias jurídicas.

Estas inquietudes atañen a la relación entre el medio propuesto al acreedor (su participación y voto en el concordato) y el fin perseguido por éste (amparar su derecho por el saldo), y son las que corresponde examinar para compatibilizar los principios generales con las particularidades del proceso concursal, para lo que procede abordar la tercera cuestión que nos planteamos.

8.

LA INCIDENCIA DEL CRÉDITO POR EL SALDO QUIROGRAFARIO EN EL PASIVO CONCORDATARIO Y EN EL CÓMPUTO DE LAS MAYORÍAS

Para dirimir este otro aspecto, debemos partir de las siguientes constataciones:

1^{a)} La inclusión del crédito por el saldo en el pasivo concordatario *aumenta el importe total de éste*. Si el crédito no es incluido, el acreedor no podrá participar en el proceso ni votar, salvo que se acepte que él mismo denuncie su crédito y, además, éste sea admitido.

2^{a)} Si la inclusión del acreedor en cuestión es objetada por los demás acreedores mediante una “observación” sobre la cantidad o calidad del crédito (artículos 1533, 1537 y 1539 del Código de Comercio y 39 y 30 de la ley 2230, la que será de difícil dilucidación en algunas situaciones), o si tras la homologación del acuerdo se deduce la acción de

nulidad de los artículos 1558 del Código de Comercio y 43, 45 y 48 de la ley 2230, invocando la exageración del pasivo o el haber ocultado un acreedor, según quién sea el accionante, la situación de nuestro acreedor será aún más compleja.⁶⁰

3^{a)}) La inclusión del crédito inevitablemente *incide en el cálculo de la mayoría requerida por la ley para que la propuesta pueda ser homologada.*

4^{a)}) Según cuál sea la fórmula propuesta para el pago del pasivo, la participación del acreedor que nos ocupa puede *alterar el dividendo que habrían de percibir los otros acreedores quirografarios*. Así sucederá cuando la fórmula consista en el pago periódico de una suma de dinero (fijada generalmente en un porcentaje de los ingresos por ventas del deudor) que habrá de prorratizarse entre todos los acreedores conforme la participación de cada uno de ellos en el pasivo (fórmula muy común en los concordatos de sociedades anónimas).

El siguiente escenario a analizar es el que se presentará una vez subastado el bien hipotecado, según cuál sea, en definitiva, el resultado de la ejecución.

Las posibilidades son: a) que, finalizada la ejecución, el crédito por el saldo resulte inexistente porque, a la postre, el precio obtenido fue suficiente para extinguir el crédito; b) que la ejecución hipotecaria arroje a favor del acreedor un saldo inferior al estimado al declarar el crédito, porque el precio obtenido fue superior al previsto; en ambos casos el importe total del pasivo se reducirá; y c) que el saldo quirografario resulte superior al estimado, con lo que el pasivo aumentará y, por tanto, *estrictamente*,⁶¹ la mayoría que resultó ser suficiente para la homologación de la propuesta podría dejar de serlo.

La eventualidad de estos variados escenarios nos conduce a preguntarnos cómo inciden y se canalizan en el marco de las soluciones legales vigentes, cuál de los instrumentos existentes es apto para que nuestro acreedor haga valer su derecho por el saldo quirografario, y cómo se opone o defiende el otro acreedor del deudor concordatario y aun éste, si no comparten la participación de aquél. Estas interrogantes nos introducen en la cuarta cuestión planteada en la sección II, que seguidamente examinamos.

⁶⁰ Véase la sección XI.

⁶¹ Decimos *estrictamente* porque deben considerarse *los efectos limitados de la sentencia* en tanto ésta resuelve sobre la admisión o el rechazo del crédito y el voto del acreedor (véase la sección IX).

9.

¿SON LOS MECANISMOS PREVISTOS EN EL RÉGIMEN VIGENTE OPORTUNOS Y APTOS PARA CONTEMPLAR LA SITUACIÓN DE ESTOS ACREEDORES EN FORMA EFECTIVA Y EQUILIBRADA?

Los mecanismos de que disponemos son —sintéticamente— los siguientes:

- a. la observación respecto de la verdad, *cantidad y calidad* de los “créditos pasivos” declarados por el deudor (artículo 1533 del Código de Comercio) en el concordato preventivo judicial común;
- b. la “reclamación” deducida por los acreedores disidentes, aun en el caso de que hayan firmado el concordato, *por haber —el deudor— disimulado o aumentado falsamente su pasivo* en el concordato extrajudicial común (artículo 1527 del Código de Comercio);
- c. la solicitud de *comprobación o justificación* que, respecto a los acreedores declarados como pertenecientes a la segunda categoría del inciso 1 del artículo 1524, prevé el artículo 1528 del Código de Comercio para el concordato extrajudicial común;⁶²
- d. *el derecho del acreedor omitido y que no formuló reclamación a ser admitido en la junta de acreedores* que se celebra en el concordato judicial común, debiendo exhibir documentos de fecha comprobada anteriores a la solicitud de concordato, y que no sean observados (artículo 1539 del Código de Comercio). Conforme al artículo 1540, se les tomará, en todo caso, el voto, sin perjuicio de la resolución correspondiente en caso de que sean observados (artículos 1541 y 1539);
- e. las “*observaciones*” o “*reclamos*” sobre la validez o el monto de los créditos previstas en el artículo 39 de la ley 2230 para el concordato de sociedades anónimas;
- f. la “verificación de los créditos” que se realiza en la junta de acreedores que tiene lugar en el concordato preventivo judicial de sociedades anónimas, re-

⁶² Cuyo alcance es discutido en la doctrina.

- gulado por los artículos 30 y 31 de la ley 2230, sobre la que no existe acuerdo en la doctrina nacional;⁶³
- g. la *acción de anulación del concordato homologado por exageración del pasivo o haber omitido un acreedor* (artículos 1558 del Código de Comercio y 45, 43 y 48 de la ley 2230),⁶⁴ la que, de prosperar, conduce a la quiebra o liquidación judicial del deudor.

Veamos los efectos de las resoluciones que se adoptan movilizados estos mecanismos.

9.1. CONCORDATO PREVENTIVO JUDICIAL COMÚN

Si el crédito es observado, conforme al artículo 1539, “*siempre que estos votos pudieran decidir de la aceptación del concordato resolverá el juez las observaciones* al pronunciarse sobre la homologación *y con carácter de inapelable*”. A su vez, el artículo 1538 establece que “la resolución dictada de acuerdo con el artículo 1540 *no tendrá otros efectos que los relativos al voto del acreedor para resolver sobre el concordato*”; ambas partes podrán renovar “*la discusión en cuanto al fondo de su derecho, pero el fallo que en este nuevo juicio se pronuncie no modificará lo resuelto en el primero*”.⁶⁵

Lo anterior significa que la resolución que se dicte con respecto a la observación del crédito prevista en el artículo 1539 del Código de Comercio sólo tendrá efecto en cuanto a determinar si se han alcanzado o no las mayorías de acreedores para que el concordato pueda homologarse.

Por su parte, si el crédito en cuestión ha sido objeto de la acción de comprobación del artículo 1528 del Código de Comercio, el juez, al dictar sentencia, rectificará con arreglo al resultado de la compulsas o exhibición parcial de los libros del acreedor “*los cómputos de votos a que se refiere el artículo 1524*”.

Es por ello que RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ sostienen que esta admisión del crédito “es provisional”, ya que el deudor y los acreedores pueden renovar la discusión,

⁶³ Para RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ no procede la verificación, siendo la norma del artículo 30 aplicable solamente a la liquidación judicial y no al concordato preventivo (*Regímenes concursales...*, op. cit., pág. 177). En cambio, PÉREZ FONTANA admite dicha verificación (op. cit., pág. 47).

⁶⁴ El artículo 43 de la ley nº 2.230 prevé las causales por las que puede promoverse la acción de anulación, una de las cuales se configura por haber omitido o preferido la deudora algunos acreedores entre la lista de ellos.

⁶⁵ El artículo 1.540 incluye en el contenido de la junta de acreedores la resolución “de pleno e inapelable” sobre las reclamaciones y justificaciones deducidas.

pero precisan que “el fallo que recaiga en el nuevo juicio no modificará lo dispuesto en el primero” y “no incide en la validez del concordato que hubiere sido homologado”. Agregan los referidos autores que “Lo mismo sucede si es el deudor que pretende que el crédito admitido provisionalmente es, por ejemplo, inferior”.⁶⁶

Tampoco en este caso, entonces, la participación y el voto del acreedor por el saldo le aseguran sus derechos. Además, las normas citadas tampoco resuelven las otras cuestiones planteadas, por lo que estamos ante un camino que no despeja todas las dudas.

9.2. EL CONCORDATO PREVENTIVO COMÚN EXTRAJUDICIAL

Como en esta modalidad las adhesiones se recogen antes de la solicitud de admisión judicial de la gestión, pueden plantearse diversas situaciones:

1. El acreedor por el saldo fue incluido en el pasivo quirografario declarado y votó la propuesta. En ese caso, igualmente podría deducir la reclamación por diferencia en el monto a que refiere el artículo 1527, pues, como admite unánimemente⁶⁷ la doctrina, esta reclamación procede siempre que sobrevenga un hecho desconocido por el acreedor cuando él mismo votó, que sería, en el caso, la mayor cuantía del saldo quirografario denunciado.⁶⁸ En el rígido esquema vigente, la causal a invocar por el acreedor sería que el deudor ha “disimulado” falsamente su pasivo, lo que implica acreditar la existencia de un elemento subjetivo que no siempre estará presente y que, además, será generalmente de difícil prueba, lo que puede ser una valla para que se deduzca o prospere la reclamación.⁶⁹
2. También puede suceder que la reclamación referida la deduzca otro acreedor, aun cuando, como dice el artículo 1527, haya firmado el concordato, fundán-

⁶⁶ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Concordato preventivo...*, op. cit., pág. 156.

⁶⁷ Cf. entre otros, MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO ASTRAY, op. cit., pág. 84, quienes refieren concretamente al acreedor que disiente luego de haber firmado por circunstancias que conoció posteriormente.

⁶⁸ Los autores referidos en la nota precedente sostienen también que el artículo 1527 no es taxativo, opinión que se refuerza en que la reforma del 1916 suprimió la palabra “solo” incluida en el artículo 1527, pudiendo entonces invocarse otras causales. Ibídem, pág. 84. RODRÍGUEZ OLIVERA, en cambio, se pronuncia por el carácter taxativo de las oposiciones. Quienes entiendan que la demanda y la solución concordataria propuesta no se ajustan a la ley, deben recurrir el auto de admisión (RODRÍGUEZ OLIVERA, *Concordatos y moratorias...*, op. cit., págs. 105-106). SAYAGUÉS concuerda con la taxatividad del artículo 1.527 (cit. ibídem, pág. 105).

⁶⁹ Cf. ibídem, pág. 143.

dose, entre otras causas, en que el concordato no cuenta realmente con las mayorías del artículo 1524 o en que el deudor oculta sus bienes o exagera su activo o *aumenta o disimula falsamente su pasivo*.⁷⁰

3. Si el acreedor no votó, igualmente podrá deducir reclamación al amparo del artículo 1527,⁷¹ supuesto en el que podrá ser más sustentable la configuración de la causal de que se ha disimulado falsamente el pasivo denunciado por el deudor.
4. Si nuestro acreedor no fue incluido en el pasivo declarado por el deudor, además de deducir la reclamación que recién mencionamos, también podría, amparándose en el mismo artículo 1527 del Código de Comercio, deducir una “reclamación” (o “impugnación”) alegando que el concordato *no cuenta realmente con las mayorías exigidas por el artículo 1524*.

9.3. CONCORDATO PREVENTIVO JUDICIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El artículo 30 de la ley 2230, dedicado a la junta de acreedores, regula la “verificación de créditos”, que consiste en constatar la existencia, verdad, cantidad y calidad del crédito. El acreedor por el saldo puede concurrir a esa junta, pues el artículo 34.1 menciona a los acreedores “sea cual sea el título que aleguen”, indicando que deberá dejarse constancia del “monto y naturaleza de cada crédito”. Otra cuestión es el efecto que tendrá dicha concurrencia, lo que —a su vez— dependerá de la actitud que asuman en la junta el deudor y los demás acreedores.⁷²

PÉREZ FONTANA enseña que “verificar la calidad consiste en determinar si el crédito es preferente o privilegiado” y considera que la solución del artículo 34.1 es acertada.⁷³,⁷⁴ Coincidimos plenamente con esta opinión por las razones expuestas en la sección 3.⁷⁵

⁷⁰ Como ya dijimos, RODRÍGUEZ OLIVERA entiende, respecto a esta modalidad de concordato, que, si el crédito es litigioso, la oposición por su no inclusión procede aun deducida por el propio acreedor excluido.

⁷¹ Como expresamos en una nota anterior, para MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO, al no ser taxativo el artículo 1527, se puede invocar cualquier causal fundada en la falta de alguna de las condiciones exigidas para que el concordato se homologue (op. cit., pág. 84).

⁷² PÉREZ FONTANA sostiene que estos acreedores pueden concurrir a la junta porque la ley no se lo prohíbe, y refiere al caso en que éstos voten en la Junta, perdiendo su preferencia (op. cit., pág. 44).

⁷³ Ibídem, pág. 47.

⁷⁴ En contra, RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Regímenes concursales...*, op. cit., pág. 177.

⁷⁵ Tal como ya comentamos, advierte CREIMER que en la práctica lo que generalmente ocurre es que esta clase de acreedores no comparece a la Junta (y ello, aunque en muchas situaciones sea notorio que habrá de existir un saldo quirografario).

Si el acreedor concurre por su saldo quirografario, pueden producirse observaciones por los demás acreedores fundadas en la existencia, el monto o la naturaleza del crédito por el saldo. Cada crédito objetado debe ser objeto de una votación especial, y el juez resolverá la controversia en una misma sentencia junto con la homologación o el rechazo del concordato propuesto (artículo 35).

Lo relevante es, nuevamente, el alcance de la resolución del juez sobre los créditos observados, la que según el artículo 35 “sólo tendrá por efecto *mantener o eliminar el voto del acreedor* a quien corresponda en las deliberaciones de la reunión general, y no podrá por consiguiente *invocarse como cosa juzgada en ninguna otra ulterioridad ni contra la sociedad ni contra el respectivo acreedor*”.

Como explica PÉREZ FONTANA, la sentencia de homologación tiene un contenido complejo y produce efectos distintos según el aspecto abordado y resuelto por ella. Con relación a los créditos observados, produce “efectos limitados”, que son los de mantener la validez y el monto de los créditos, o de modificarlos o rechazarlos eliminando al acreedor respectivo. Lo que resuelva la sentencia sobre los créditos no produce el efecto de cosa juzgada, por lo que ella no podrá ser invocada ni a favor ni en contra de la sociedad o del acreedor excluido o cuyo crédito haya sido modificado en su cantidad o calificación.⁷⁶

Otra vez apreciamos que el acreedor por el saldo, mediante su participación y voto en el concordato, no asegura en forma eficaz su derecho a percibirlo; puede suceder que la observación del crédito se rechace y el voto de nuestro acreedor sea admitido, pero que en el proceso de ejecución hipotecaria se resuelva algo diferente en cuanto a la existencia o cuantía del saldo, con las repercusiones que ya referimos en relación con el concordato común.

9.4. CONCORDATO PREVENTIVO EXRAJUDICIAL DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Como en esta clase de concordato no existe verificación previa de los créditos,⁷⁷ podrán presentarse las siguientes situaciones:

1. Que la sociedad anónima deudora no haya incluido al acreedor por el saldo quirografario en la lista de acreedores que debe presentar al solicitar la admisión de la gestión.

⁷⁶ PÉREZ FONTANA, op. cit., págs. 55 y 56.

⁷⁷ PÉREZ FONTANA califica la falta de verificación de los créditos como un defecto de este concordato (op. cit., pág. 59).

2. Que la sociedad deudora haya incluido el crédito, en cuyo caso la cuestión se desplazará a la determinación del monto por el cual éste se declaró.

El acreedor por el saldo no incluido en el pasivo, o declarado en éste por una cantidad inferior a la que él ha estimado, podrá deducir observaciones o reclamos dentro del plazo fijado por el juez y tras la publicación de un extracto del acuerdo, las que pueden recaer sobre la validez *o el monto de los créditos cuyos dueños suscriban el concordato y de los que figuren en la lista formada por los informantes interventores, así como sobre la improcedencia del concordato* (artículo 39 de la ley 2230).

Deducida la observación o el reclamo, se procederá según los artículos 35 y 36 ya comentados, por lo que el efecto de la resolución es el mismo que ya hemos analizado para la modalidad judicial y son renovables, por tanto, las apreciaciones efectuadas. Lo que hemos expuesto hasta ahora nos demuestra que las vías previstas por nuestro legislador son difícilmente adaptables a la situación del acreedor que nos ocupa, por cuanto presentan significativas dudas de aplicación e interpretación y conducen a resultados que no contemplan las diversas facetas del problema, generando incertidumbre para todos los partícipes del proceso.

10.

SITUACIÓN JURÍDICA DEL ACREDOR POR EL SALDO QUIROGRAFARIO QUE NO PARTICIPA EN EL PROCESO

El inciso 2 del artículo 1702 del Código de Comercio establece que “*los acreedores que se presentan después del concordato*, en ningún caso podrán reclamar de su coacreedor por razón de los dividendos que conforme al concordato hayan recibido, salvo el derecho para reclamar del fallido las sumas estipuladas en el concordato”.⁷⁸

⁷⁸ La referencia que la norma hace al “fallido”, por estar ubicada en el título sobre concordato en la quiebra, debe aplicarse al deudor concordatario, en virtud de la remisión contenida en el artículo 1559.

Por ende, si nuestro acreedor no participó en el proceso pero se presenta luego de homologado el concordato a reclamar el saldo insoluto, esa actitud suya sólo incidirá en su derecho sobre las cantidades ya abonadas (aunque sobre el alcance preciso de los derechos del “acreedor moroso” las opiniones de la doctrina son divergentes).⁷⁹

Para las sociedades anónimas es también aplicable el artículo 1702 inciso 2 del Código de Comercio, por la remisión a las normas de ese código contenida en el artículo 42 de la ley nº 2230.⁸⁰ Esta cuestión se vincula con la última de las inquietudes planteadas y que abordamos seguidamente.

11.

¿PUEDE EL ACREEDOR POR EL SALDO QUIROGRAFARIO COBRAR AUN ANTES DE QUE ESTÉ DETERMINADO SU SALDO?

Según cómo haya sido el tratamiento recibido por nuestro acreedor, pueden presentarse distintas situaciones, a saber:

1. El acreedor, además de participar en el proceso y votar, cobró alguna suma conforme al acuerdo homologado. Si el crédito por el saldo resulta no existir o es menor, el acreedor deberá restituir al deudor todo lo que se le abonó o lo percibido de más, según el caso.
2. El crédito había sido incluido en el pasivo concordatario, pero nuestro acreedor no percibió suma alguna, o bien, habiendo sido incluido por un saldo inferior al real, cobró una cantidad menor que la que le correspondía. Si, en definitiva, queda determinada la existencia de un saldo quirografario insoluto o éste resulta superior al estimado, le corresponderá percibir el total del saldo o la diferencia, según el caso. Ahora bien: ¿cómo cobra nuestro acreedor?

⁷⁹ Véase la sección siguiente.

⁸⁰ La referencia del artículo 42 citado es al artículo 1648 del Código de Comercio vigente al sancionarse la ley nº 2230, el que tenía idéntica redacción al actual inciso 2 del artículo 1702. Cf. PÉREZ FONTANA, op. cit., pág. 70.

Podría suceder que el deudor concordatario haya retenido el importe o que haya abonado el monto exactamente debido porque el acreedor al haber sido incluido en el pasivo fue contemplado entre los acreedores con derecho a cobrar. Pero este supuesto difícilmente se presentará en la práctica, ya que sólo podrá verificarse cuando el crédito, además de haber sido declarado y admitido, lo haya sido por un importe *que coincida exactamente con el que, en definitiva, resulte de la ejecución hipotecaria*. Sólo en ese caso, calificable como “de laboratorio”, no habrá problemas pendientes de resolución. Si, en cambio, se verifican algunas de las diferencias señaladas, aparecen otros aspectos a resolver, que analizaremos junto con la tercera situación.

3. El acreedor por el saldo no cobró suma alguna, porque no participó o su crédito no se admitió, o bien existe una diferencia a su favor. Conforme al artículo 1702 del Código de Comercio, el acreedor tendrá que reclamar y, eventualmente, accionar sólo contra el deudor. Si se entiende que el acreedor por el saldo ya era acreedor concordatario por éste antes de que el crédito adquiriera certeza y liquidez, nuestro acreedor estará alcanzado por el concordato. En cambio, si se adhiere a la posición de que carecía de esa calidad, será un acreedor posterior al concordato no alcanzado por el acuerdo homologado, y podrá reclamar el total del crédito. Si el deudor no paga, podría solicitar su quiebra o liquidación judicial siempre que reúna los requisitos que la ley impone para ello. En nuestra opinión, la posición según la cual el acreedor por el saldo se “convierte” en tal recién al finalizar la ejecución hipotecaria es objetable, pero, dadas las dificultades del tema, corresponde referirla como una de las opiniones que pueden sustentarse.

Además, las posiciones respecto al preciso alcance de los derechos del acreedor que se presenta después de la homologación (llamado “acreedor moroso”), no son plenamente coincidentes. Sostienen que ese acreedor moroso puede exigir el pago del porcentaje pactado, pero le está vedado afectar a los acreedores que ya han recibido el pago. Esto es: sólo puede accionar contra el deudor.⁸¹

Considerando la hipótesis en que la sociedad convino con sus acreedores pagar un sesenta por ciento de sus créditos en tres cuotas en el plazo de dieciocho meses, los

⁸¹ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Regímenes concursales...*, op. cit., pág. 180.

referidos autores entienden que, si el acreedor moroso se presenta cuando ya se pagó la primera cuota, “puede reclamar al deudor el pago de esa primera cuota pues la sociedad se obligó a pagar un porcentaje de sus créditos a todos los acreedores, aun los desconocidos”.⁸²

MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO, en cambio, agregan que el derecho a percibir las cuotas sucesivas “puede tener importancia respecto del porcentaje, de tal manera que la exigencia de un porcentaje mínimo obligatorio, puede ser desconocido por este camino. Basta imaginar que la cuota que se hubiera ofrecido pagar, fuera la del 50% mínimo, admitido por la ley, el que fue aceptado teniendo en cuenta los bienes del deudor y los créditos de los acreedores que aparecen en el momento en que se realiza el concordato. Si posteriormente aparecieran nuevos acreedores, de acuerdo al artículo 1702, tendrían derecho a los dividendos futuros, y entonces ocurrirá irremisiblemente que el porcentaje mínimo a distribuirse sea menor, que el porcentaje mínimo legal. Puede, pues, por esa vía, llegarse a desconocer la existencia del porcentaje mínimo”.⁸³

En el plano jurisprudencial se ha entendido, en un caso en el cual un banco titular de un crédito garantizado por una hipoteca se presentó tras la homologación del concordato extrajudicial del deudor (que estaba en la etapa de cumplimiento) a reclamar el pago del saldo quirografario, que era extemporánea e improcedente la pretensión de que se incluyera otro crédito, resultante del saldo impago de la ejecución hipotecaria, pues significaría una modificación de los términos del concordato, no admisible por su naturaleza contractual.⁸⁴

Ante semejante posición, o adoptando la que insinúan MEZZERA ÁLVAREZ y FERRO, el acreedor por el saldo no podría cobrar —en el marco del acuerdo concordatario— ni siquiera las cuotas subsiguientes. Tendría únicamente la posibilidad de accionar contra el deudor, y su suerte dependería de la liquidez y solvencia del aquél en ese momento. Cabe destacar que los argumentos manejados por la doctrina y el fallo citados reposan sobre cuestiones diversas de las analizadas en este trabajo: la posibilidad de que se desconozca el porcentaje mínimo exigido para el concordato común, y la eventual modificación del acuerdo concordatario, en tanto éste tiene naturaleza contractual.

Nosotros entendemos que prima la disposición expresa del artículo 1702, que sólo excluye el derecho del acreedor moroso a reclamar de sus coacreedores por los dividendos que hayan recibido, pues la ley, al utilizar el verbo en tiempo pasado, se refiere inequívoco-

⁸² Ibídem, pág. 180.

⁸³ Ibídem, pág. 100.

⁸⁴ *Anuario de Derecho Comercial*, t. 4, pág. 263.

camente a aquellas sumas ya percibidas por los demás acreedores al presentarse el acreedor moroso, por las que deja a salvo la acción contra el deudor conforme a lo estipulado en el concordato (referencia esta última que tiene por finalidad precisar que el acreedor no podrá exigir algo diverso de lo acordado, pero que, en tanto limita su derecho, debe aplicarse únicamente a las cantidades abonadas antes de que aquél reclame). Adoptando otra posición, la norma del artículo 1702 carecería por completo de sentido.

Tercera conclusión

Del análisis de las disposiciones vigentes y de las distintas situaciones que pueden presentarse, extraemos las siguientes conclusiones:

1. No siempre mediante la participación y el voto en el concordato el acreedor que nos ocupa logra el efectivo amparo de su derecho, lo que sólo ocurrirá si: 1) el crédito no es observado; 2) si, habiendo sido observado, el juez igual lo admite; 3) en cualquiera de los dos casos, si, además, el valor estimado del saldo por el cual es admitido el crédito coincide con el que en definitiva quede determinado (ya que, si es mayor, por la diferencia en su favor podrá reclamar sólo contra el deudor).
2. Puede configurarse un perjuicio para los demás acreedores si, por la fórmula de pago aprobada, a éstos se les pagara una cantidad distinta de la que pasaría a corresponderles cuando el saldo quirografario quedara definitivamente determinado, dado que en virtud de esa determinación el pasivo total se reducirá o aumentará. Como dijimos, nos enfrentaremos a esta situación cuando la propuesta consista en abonar una suma (fija o variable) a distribuir entre todos los acreedores concordatarios según la proporción que sus respectivos créditos tengan en el pasivo quirografario total. Al variar éste, se alterará también dicha proporción. Obviamente, nuestro régimen no prevé cómo se recomponen esa ecuación y, además, la doctrina discute sobre el alcance de los derechos del acreedor moroso (que sería la situación de nuestro acreedor si, ante la incertidumbre, optara por no participar en forma alguna en el proceso concordatario hasta que termine la ejecución, lo que sucede tras la homologación del concordato y habiéndose cumplido parcialmente éste por el deudor).
3. También puede resultar un perjuicio para el deudor concordatario, para el acreedor que nos ocupa o para los demás acreedores, en caso de que el voto

del acreedor por el saldo y la inclusión de su crédito hubieran sido decisivos para alcanzar las mayorías, llegando a situaciones absurdas. Pensemos en el siguiente ejemplo: se observa el crédito por el saldo y, al admitir el juez esa observación, no se alcanza la mayoría exigida, por lo que no puede homologarse el concordato. Si al finalizar la ejecución hipotecaria se confirma la existencia de un saldo quirografario, que de haberse admitido el crédito por el mismo hubiera permitido la homologación, el perjudicado será el deudor concordatario, que no logró que se homologara el acuerdo, y también los acreedores sin privilegio alguno cuando la masa activa de la quiebra o la liquidación de ese deudor no sea solvente (lo que es frecuente), pues, en ese caso, probablemente no puedan cobrar suma alguna. Razonemos ahora sobre la base del caso inverso. Se homologa un concordato que, de haberse conocido el monto exacto del saldo quirografario, no podría haberse homologado, por diferir —en definitiva— el resultado de la resolución judicial que admitió el crédito con el de la ejecución hipotecaria una vez terminada. En ese supuesto, los perjudicados variarán según lo que acontezca luego con el deudor concordatario, quien tal vez podría haber mejorado la propuesta para evitar su quiebra al constatar que no alcanzaba las mayorías.

El problema al que estamos refiriendo afecta a *cualquier crédito observado*. Lo que se adiciona en nuestro caso son las dificultades creadas por la falta de normas y la incertidumbre y/o iliquidez del saldo quirografario.

La solución podría encontrarse previendo este saldo como una contingencia y obligando al deudor a depositar o garantizar el importe que, conforme al contenido de la propuesta, correspondería percibir al acreedor por el saldo. La cuantía de éste debería estimarse en la forma que el juez indique y conforme a parámetros razonables y objetivos, solución ésta que no está expresamente prevista por nuestras normas. La única norma que prevé una reserva, que sería una buena herramienta para solucionar este espinoso tema, está ubicada en sede de quiebra (artículo 1766 inciso 2). En el concordato, en principio, no hay qué “reservar” porque no hay distribución alguna de activos.

A la luz de estas reflexiones podemos responder la interrogante formulada en la sección 7.B: el voto del acreedor por el saldo a veces no será efectivamente conservatorio de su derecho, y en otras ocasiones podrá ir más allá del acto meramente conservatorio, pudiendo incidir en la situación jurídica de los demás partícipes del proceso concursal.

12.

BREVE COMENTARIO DE LAS PREVISIONES CONSAGRADAS EN ALGUNAS OTRAS LEGISLACIONES QUE REFORMARON ÍNTEGRAMENTE EL SISTEMA CONCURSAL

12.1. LA NOVÍSIMA LEY ESPAÑOLA DE CONCURSOS DE JULIO O DE 2003 (Nº 22)

El artículo 87 de esta norma previó que: “Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”.

Conforme a esta solución, los créditos son admitidos como “contingentes”, pero sin derecho al voto ni al cobro para no generar situaciones definitivas con base en una contingencia, con lo que se evita la posibilidad de ocasionar perjuicios a los demás involucrados. Como contrapartida, se asegura la plenitud de los derechos una vez confirmado el crédito contingente o reconocido por sentencia el crédito litigioso. Respecto a las seguridades que se otorgan a ese acreedor mientras se tramita el juicio o pende la condición, el numeral de la misma norma establece: “Cuando el Juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas de las partes y cualesquiera que considere oportunas en cada caso”. Al ser variadas las medidas a adoptar, el juez dispondrá de flexibilidad como para elegir la que mejor se adapte al caso, sin caer en moldes rígidos.⁸⁵

⁸⁵ Esta ley también regula aquellos “créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa exclusión del patrimonio deudor principal”, estableciendo que “se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la exclusión, confirmándose, en tal caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”. El acreedor

12.2. LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES DE MÉXICO, DE ABRIL DE 2000

Esta ley contempla específicamente la situación del acreedor con garantía real con saldo a su favor. Admite que los acreedores con garantía real participen en un acuerdo preventivo, y fija en el artículo 157 las mayorías de acreedores reconocidos comunes como preferentes y privilegiados que deben suscribirlo para que sea eficaz. En cuanto a aquellos acreedores reconocidos con garantía real que no hayan participado en el convenio suscrito, el artículo 160 prescribe que “*podrán iniciar o continuar con la ejecución de sus garantías*, a menos que el convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de esta ley, o el pago del valor de sus garantías. En este último caso, *cualquier excedente del adeudo reconocido con respecto al valor de la garantía, será considerado como crédito común y estará sujeto a lo establecido en el artículo anterior*” (que es el que establece cuáles son las estipulaciones que el convenio debe contener respecto a los acreedores reconocidos comunes *que no hubieran suscrito el acuerdo*).

El artículo 158 determina aquellas previsiones que debe contener el convenio respecto a los créditos comunes cuyos titulares hubieran suscrito el acuerdo.

12.3. LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS ARGENTINA, N° 24.522

El artículo 47 de la LCQ permite al deudor formular una propuesta de acuerdo preventivo para los acreedores privilegiados o para una categoría de ellos. Si esa propuesta no es aceptada por las mayorías exigidas por la norma, el deudor será declarado en quiebra sólo cuando hubiera manifestado en el expediente respectivo que condicionaba la propuesta realizada respecto a los acreedores quirografarios a la aprobación de la efectuada para los acreedores privilegiados.⁸⁶ Pero puede suceder que el acreedor hipotecario no haya quedado comprendido en esa propuesta, pues ella estaba dirigida a otra categoría de ese tipo de acreedores. Para ese caso, el artículo 57 de la LCQ (que no existía en la ley n° 19.551) establece que tales acreedores “[...] podrán ejecutar la sentencia de verificación ante el Juez que corresponda, de acuerdo con la naturaleza de sus créditos. También podrán pedir la quiebra del deudor conforme a lo previsto en el artículo 80, segundo párrafo”.

El artículo 80 es aquel que impone al acreedor privilegiado que quiera pedir la quiebra del deudor concursado *demonstrar en forma previa y sumariamente* que la eventual

que cobró parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado podrá solicitar que se incluya en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial.

⁸⁶ Cf. FAVIER DUBOIS, op. cit., pág. 142.

realización de los bienes sobre los que se asienta su privilegio sería insuficiente para satisfacer totalmente su crédito.⁸⁷

La doctrina argentina, cuando se plantea la aplicación de estas normas (mucho más flexibles y amplias que las nuestras) al acreedor preferente que goza de un saldo quirografario insoluto contra el deudor concursado, también enfrenta dificultades de interpretación que tornan sombrío el panorama del acreedor en cuestión.⁸⁸

Las referidas soluciones tal vez no sean aptas para resolver todas las cuestiones en forma eficaz, pero creemos que marcan un camino bastante apropiado y que puede instrumentarse en nuestro Derecho. En efecto, ante la intrincada normativa nacional, las dudas en cuanto a su interpretación, los vacíos legales detectados, las controversias que pueden suscitarse en diversos ámbitos y por diversos actores del proceso, lo más adecuado parecería ser que el acreedor por el saldo proceda de alguna de las dos formas siguientes:

- a. Que solicite la adopción de medidas cautelares que resguarden su derecho, justificándolo sumariamente y cuantificando el importe del crédito por el saldo, además de cumplir los otros requisitos que se exigen en esa materia.
- b. Que solicite la previsión del crédito por el saldo como una “contingencia”, debiendo estimar su cuantía conforme a parámetros objetivos y con sustento técnico suficiente. Esta opción es de difícil instrumentación en nuestra normativa vigente, pues no existe una norma que permita exigir al deudor tal previsión, ni aumentar el pasivo mediante previsiones para contingencias. No obstante, entendemos que no es una alternativa descartable de plano, y que en ocasiones será preferible transitar por ella antes que enfrentar escenarios de mayor incertidumbre.

⁸⁷ Cf. FAVIER DUBOIS, op. cit., pág. 170.

⁸⁸ La cuestión controvertida consiste en si el acreedor preferente, en cuanto al saldo quirografario, está comprendido o no en el acuerdo homologado y, por ende, sujeto a sus efectos, o si queda excluido de él y puede pedir la quiebra del deudor. CASADIO MARTÍNEZ se inclina por la inclusión del acreedor preferente por su saldo quirografario dentro del alcance del acuerdo preventivo, pero sin cercenar el derecho del acreedor a peticionar la quiebra expresamente previsto en el artículo 57, por lo que es partícipe de otorgar al acreedor la opción de elegir una u otra vía. En similares términos se pronuncia RIVERA. Por su parte, BARREIRO y LORENTE entienden que el crédito del acreedor preferente, ante la insuficiencia de los bienes, “se desdobra en dos acreencias de distintas características” (una porción que, como será satisfecha con la realización del bien afectado, mantendrá el carácter de privilegiado, y otra que, al no ser cubierta por dicha realización, tendrá entonces carácter quirografario), quedando el acreedor por el saldo comprendido por el acuerdo, pues otra interpretación conduciría a un apartamiento innecesario del principio de igualdad de trato entre los acreedores de igual rango. FERRER, por su parte, también entiende que en estos casos el acreedor hipotecario sufre los efectos del acuerdo preventivo. Cf. CASADIO MARTÍNEZ, Claudio. *Créditos con garantía real en los concursos*, Astrea, Buenos Aires, 2004; RIVERA, Julio C., RIVERA, Julio C., “Los derechos del acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo preventivo homologado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1999, II; FERRER, op. cit., pág.53.

Creemos que desconocer el derecho de crédito del acreedor preferente cuya garantía es insuficiente para cancelar la obligación garantizada no es una solución jurídicamente acertada ni tampoco de buena política legislativa. En efecto, el descuido de este acreedor desalienta al inversor, y a todo aquel que ha confiado en una garantía real, introduciendo en el proceso concursal cuestiones complejas que podrán afectar a todos, ambientando injusticias de diversa índole, tornándolo más lento y aumentando la alta dosis de incertidumbre que caracteriza a los escenarios de crisis. La protección del derecho del acreedor por el saldo mediante medidas cautelares tomadas a pedido de parte y con el riguroso control del juez, que será quien valore si debe requerir al peticionante una contracautela, es una medida razonable, que puede conferir al acreedor por el saldo la seguridad que reclamamos para su derecho. Ese tipo de medidas pueden tomarse aun con la legislación vigente actualmente, pues la apariencia de buen derecho del acreedor por el saldo será, en la mayoría de los casos, de posible demostración para éste, y, si no logra esa prueba, entonces no merecerá la protección de una medida cautelar.

Las soluciones esbozadas no son ideales, pues, si bien el acreedor hipotecario se sentirá respaldado, el deudor no podrá incluir el crédito dentro del pasivo concordatario ni computar el voto de ese acreedor. Por su parte, los demás acreedores pueden igualmente resultar perjudicados, lo que no sucederá —como ya dijimos— en una sola hipótesis, de muy difícil concreción: cuando se admita que el acreedor en cuestión participe, no se observe su crédito (o se desestime la observación) y además el juez, al resolver la admisión del crédito, “acierte” en cuanto al monto definitivo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ADROGUE, Manuel I., *La prelación de créditos en materia concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- BARREIRO, Marcelo G., y LORENTE, Javier A., “El pedido de quiebra instado por el acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo preventivo”, en *Estudios de Derecho concursal en homenaje a Guillermo Mosso*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- CARPI MARTIN, Rebeca, *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- CASADIO MARTÍNEZ, Claudio, *Créditos con garantía real en los concursos*, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- CIBILS HAMILTON, Federico, “Hipoteca y embargo. ¿Puede el acreedor hipotecario pedir traba de embargo sobre otros bienes además de los hipotecados?”, en *Revista de Derecho, Jurispudencia y Administración*, t. XL, Montevideo, 1942.
- CREIMER, Israel, *Derecho concursal. Análisis de la ley nº 17.292 en lo referente a procesos concursales*, FCU, Montevideo, 2001.
- FAVIER-DUBOIS, Eduardo, *Concursos y quiebras. Ley 24.522 actualizada y comentada*, Errepar, Buenos Aires.
- FERRER, Patricia, *Derecho del acreedor hipotecario en el proceso concursal*, 2^a ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. II, vol. 2, 4^a ed. actualizada, FCU, Montevideo, 2000.
- GORFINKIEL, Isaac, “Hipoteca, intereses y reajuste”, en *La Justicia Uruguaya*, t. XCV, Montevideo.
- MARTÍNEZ BLANCO, Camilo, *Manual teórico-práctico de Derecho concursal*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2003.
- MEZZERA ÁLVAREZ, Rodolfo, y FERRO ASTRAY, José A., *Curso de Derecho comercial*, t. VI: “Concordatos”, 4^a ed., FCU, Montevideo, 1997, actualizada y ampliada por RIPPE, Siegbert.
- MORETTI, Raúl, *Apuntes de Derecho procesal (2º curso)*, t. I, 2^a ed., Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1946.

ADRIANA BACCHI ARGIBAY

Situación de los acreedores hipotecarios ante un eventual saldo de carácter quirografario...

- PÉREZ FONTANA, Sagunto, *Concordato preventivo de las sociedades anónimas*, FCU, Montevideo, 1982.
- PIATNIZA ALTMAN, Elías, “La regla del duplo y la coetaneidad del ejercicio de la vía ejecutiva simple e hipotecaria”, en *ADCU*, t. XIX, FCU, Montevideo.
- REZZONICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho civil*, vol. 1, Depalma, Buenos aires, 1961.
- RIVERA, Julio C., “Los derechos del acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo preventivo homologado”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1999, II.
- ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. IV-2, Barcelona, 1968.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Concordatos y moratorias (Versión del curso 1980)*, FCU, Montevideo, 1980.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Quiebra*, FCU, Montevideo, 2000.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Concordato preventivo judicial y extrajudicial*, FCU, Montevideo, 2002.
- RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ, *Regímenes concursales aplicables a sociedades anónimas, entidades de intermediación financiera y grupos económicos*, FCU, Montevideo, 2003.
- RUFINO, Marcos A., *Concursos y quiebras. Ley 24.522. Anotada con jurisprudencia*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- SCARANO, Emilio, *El concordato preventivo extrajudicial*, Claudio García, Montevideo, 1937.

Hábeas data

NORMAS PROCESALES. PRIMERA LECTURA DE LA LEY 17.838

*Walter D. Guerra Pérez**

RESUMEN. Se procura realizar en este trabajo un análisis de la ley citada y del tratamiento que dispone para la protección de los derechos de las personas, referente al conocimiento, la modificación bajo cualquiera de las formas previstas en la ley, la eliminación y el uso de sus datos personales registrados en bancos de datos y su utilización con fines comerciales por parte del titular de dicho registro, desde la óptica del Derecho procesal. Se estudian pues los aspectos más salientes que tienen relación con el proceso de hábeas data y su régimen jurídico procesal, y el procedimiento y sus particularidades para obtener la protección de los derechos personales de quien reclama.

ABSTRACT. Within the framework of Procedural Law, this paper aims at analyzing the above-mentioned Act and how said body of rules treats the protection of people's rights regarding the disclosure, amendment under any form provided by law, elimination and use of personal data recorded in data bases as well as how the holder of said records may use them for commercial purposes. This article tackles the most outstanding aspects related to the Hábeas data Process and its procedural juridical system, together with the procedure and its characteristics to obtain the protection of the claimant.

PALABRAS CLAVE. Hábeas data; proceso de hábeas data; acción de protección de los datos personales.

KEY WORDS. Habeas data; habeas data process; protection of personal data.

* Profesor de Derecho Procesal y Derecho Procesal Práctico en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

SUMARIO. 1. Generalidades. 2. Hábeas data. Noción. 3. Legitimación procesal. 3.1. Legitimación para promover el proceso. 3.2. Legitimación pasiva. 4. Proceso de hábeas data. 5. Carácteres de este proceso. 6. Órganos especiales intervenientes en el proceso de hábeas data. 6.1. Poderes generales. 6.2. Potestades especiales. 7. Procedimiento. 7.1. Competencia. 7.2. Cuestiones del procedimiento. 8. Sentencia. Efectos. 9. Régimen de los medios impugnativos. 10. Otras cuestiones. 11. Conclusiones.

*Lo único que de verdad tienes es aquello
que no podrías perder en un naufragio.*

♦ Proverbio sufí.

1.

GENERALIDADES

1.1. La ley 17.838, publicada en el *Diario Oficial* nº 26.599 el día 1 de octubre de 2004, se denomina “Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de hábeas data”.

En lo que refiere a *hábeas data*, lo que se ha propuesto el legislador, a estar a lo dicho en la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley, es tratar de legislar acerca de la dificultad que implica para las personas, aumentada en grado supremo con el avance tecnológico producido en la sociedad, la recolección, la confección de bancos de datos y el uso que de ellos se realiza a través de organizaciones estatales o privadas, procurando de ese modo brindarles a los sujetos de derecho la protección adecuada contra cualquier uso indebido de dicha información.

Haciéndose eco de las dificultades que apareja el uso abusivo de esa información, y del hecho de que las propias personas cuyos datos son manejados por dichas organizaciones no tienen posibilidad cierta de acceder a éstos y conocer la información que de ellas

♦ Las riquezas materiales de la vida terrenal son efímeras. La verdadera riqueza está en las dotes personales, en los valores y en los principios que cada cual haya ido forjándose a lo largo de su vida. Es esto lo que la muerte es incapaz de quitarle al hombre. Los profesores Enrique E. TARIGO y Víctor Hugo BERMÚDEZ, a quienes homenajeamos con esta publicación, seres plenos de ese intangible perdurable que no se pierde cualquiera sea el tipo de naufragio, nos siguen enseñando e iluminando el verdadero camino a recorrer en la vida.

se tiene, cómo fue colectada, con qué metodología y qué uso se hace de ella, esta ley procura dar herramientas jurídicas a las personas que puedan resultar eventualmente afectadas por el uso inadecuado y abusivo de dicha información.

En cierto modo, la presente ley viene a desarrollar las herramientas de protección de derechos fundamentales de la persona humana ya recogidos por nuestra Constitución Nacional (artículos 7 y 72), así como en los tratados internacionales suscritos por Uruguay, tales como el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 11, 12 y 25), que fue ratificado por nuestro país por la ley 15.737.

Ahora bien, esta ley que resultó definitivamente aprobada, como puede apreciarse, no alcanza a la protección de todos los datos personales por el uso que de ellos pueda realizarse en cualquier circunstancia, sino que está limitada a la protección de datos personales cuyo tratamiento tenga un destino comercial, tanto de personas físicas como jurídicas (artículos 1º y 2º de la ley).

1.2. La presente ley organiza su regulación según la modalidad de separación en títulos, los que a su vez se subdividen en capítulos. El primer título, aunque sin denominación, regula en tres capítulos la protección de datos personales de informes comerciales, los principios generales y el tratamiento de datos personales relativos a obligaciones de carácter comercial. El segundo título se denomina “HÁBEAS DATA Y ÓRGANO DE CONTROL”. Éste se subdivide también en tres capítulos. Un primer capítulo está destinado a la regulación de “Hábeas data”; el segundo, a la consagración de las normas relativas a la denominada impropriamente “Acción de protección de los datos personales”, y el capítulo tercero regula todo lo relativo al “Órgano de control”. El título III de la ley se denomina y contiene “DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS”.

Nos interesa analizar aquí las normas que tienen relación con la materia procesal de la ley citada.

2.**HÁBEAS DATA. NOCIÓN**

2.1. Este instituto refiere a la facultad o al derecho que tienen las personas de acceder a los registros o bases de datos en los que estén asentados sus datos personales, o en los que exista información sobre ellas, con el fin de conocer y verificar su contenido y, si éste no se ajusta a la realidad, cualquiera sea la razón que haya motivado tal desajuste, obtener su supresión, rectificación, modificación, actualización, u obtener la confidencialidad de los datos.

Este derecho, según lo releva NICOLIELLO,¹ está consagrado en la Constitución de la Nación Argentina (artículo 43, inciso 3) y en la de la República Federativa de Brasil (artículo 5, LXXII). El profesor Carlos E. DELPIAZZO,² quien ha comparecido en su condición de especialista y como director del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, ha expresado en la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores que, de los países que integran el Mercosur, Uruguay es el único que no tiene normas específicas que regulen la protección de datos personales. En Europa, en cambio, la legislación sobre estos aspectos está por demás avanzada. Bajo la mirada de los países europeos, el único país de los de esta región que tiene un *status* adecuado de protección de datos es Argentina. Más recientemente, Ruben FLORES DAPKEVICIUS,³ en un trabajo sobre “El hábeas data en Uruguay y Argentina”, reafirma esta información.

En el año 2000, en oportunidad de acercarnos por primera vez al tema, en el trabajo publicado en una obra colectiva convocada por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia mexicana⁴ sobre Derecho procesal constitucional, para indicar los objetivos que persigue el instituto que nos ocupa invocamos a Néstor Pedro SAGÜÉS,⁵

¹ NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 118.

² DELPIAZZO, Carlos, Publicación oficial de la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores, distribuido nº 2400/2003.

³ FLORES DAPKEVICIUS, Ruben, “El hábeas data en Uruguay y Argentina”, en *La Justicia Uruguaya*, sección “Doctrina”, tomo 130, julio-agosto 2004, págs. 23 y ss.

⁴ GUERRA PÉREZ, Walter D., *Derecho procesal constitucional en el Uruguay*, Porrúa, México, 2001, págs. 1069-1108.

⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Jurisdicción constitucional en la reforma constitucional de la República Argentina”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* nº 4, 1994, FCU, Montevideo, 1995.

quién en un artículo publicado en la *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, sobre la jurisdicción constitucional en la reforma constitucional de la República Argentina, indicaba como tales: a) acceder al registro de datos y la información sobre su persona; b) actualizar los datos atrasados; c) corregir los datos incorrectos; d) asegurar la confidencialidad de cierta información legalmente colectada que no debería trascender a terceros; e) cancelar datos que refieran a información sensible y que pueda ser utilizada con fines de discriminación o para afectar la privacidad del afectado.

Más concretamente, el profesor DELPIAZZO, en su comparecencia ante la Comisión ya indicada, conceptuó al hábeas data como “[...] la acción ‘rectius pretensión’ puesta a disposición de una persona, en principio física y por extensión de las personas jurídicas —como ocurre en algunos países tales como Francia— para la protección de sus propios datos”.

¿Qué es lo que establece la ley recientemente sancionada acerca del instituto *hábeas data*? El artículo 12 de la ley regula el instituto, estableciendo los aspectos básicos que lo caracterizan. En efecto, dicho artículo dispone que toda persona tiene derecho a entablar una acción efectiva para tomar conocimiento de los datos referidos a su persona y de su finalidad y uso, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de error, falsedad o discriminación, a exigir su rectificación, supresión o lo que entienda que corresponde. Seguramente el legislador se está refiriendo a los registros o bancos de datos que constituyen la materia regulada en esta ley (artículo 1).

Como puede apreciarse, se están consagrando varios tipos de *hábeas data* (conforme así lo ha consignado el Prof. DELPIAZZO en el citado informe a la Comisión): a) el informativo, a través del cual se pretende poner a disposición del sujeto las herramientas necesarias para conocer la información que de él se tiene en un banco de datos determinado; b) el rectificativo, que apunta a la rectificación de los datos erróneos o falsos; y c) el omisivo, que tiende a la eliminación de aquellos datos que por diferentes razones no deberían haberse eliminado (caso de datos discriminatorios o que debieron ser suprimidos y no lo fueron).

Si los datos están asentados en un registro o base de datos que esté amparado por el secreto según una norma legal, el juez apreciará la necesidad del levantamiento de éste (artículo 1, inciso segundo).

Cuando la ley reconoce el derecho de toda persona a entablar una acción efectiva, está haciendo referencia implícitamente, a través del vocablo *acción*, a la posibilidad de formular una pretensión en vía judicial. Esto es, a formular una declaración de voluntad en

la que estará contenida la petición en forma concreta, en mérito al derecho de acción que como sujeto de derecho se tiene. La utilización del verbo *entablar* en la oración también denota actividad.

Tal falta de precisión técnica se reitera al denominar al capítulo II del título II de la ley como “Acción de protección de los datos personales”, y en el articulado de la ley cuando se reitera la referencia a “acción de protección”, “acción de hábeas data” (artículo 18), “la acción” o “las acciones” (artículo 19).

También la norma alude a *acción efectiva*, que seguramente habrá de referir a la eficacia del instrumento procesal que está regulando. Lo efectivo es contrario a lo no efectivo. Ahora bien, no resulta demasiado comprensible tal vocablo si está referido a esa noción de eficacia, puesto que tal mención hace pensar que el legislador podría prever la posibilidad de deducir dos tipos de pretensiones, las efectivas y las no efectivas, lo que no parece lógico. No se advierte cuál puede ser el sentido de dicha referencia, que puede llevar a estas conclusiones absurdas, por lo que seguramente habría que concluir en que debe tomarse el vocablo *acción* como referido a la pretensión, sin ningún otro aditamento.

2.2. Superadas estas cuestiones de orden técnico, la materia propia objeto de regulación en esta ley es múltiple. Por un lado, según surge del artículo 1º, se pretende regular el registro, el almacenamiento, la distribución, la transmisión, la modificación, la eliminación, la duración y, en general, el tratamiento de datos personales asentados en archivos, registros, bases de datos y otros medios similares autorizados, sean éstos públicos o privados, destinados a brindar informes objetivos de carácter comercial. El mismo tratamiento recibirán sea que pertenezcan a personas físicas o jurídicas (artículo 1º, inciso final).

Queda comprendida, entonces, toda aquella actividad que adopte algunas de las modalidades descriptas por dicha norma con relación a datos personales asentados en registros públicos o privados. Y el inciso segundo del artículo 1º citado recalca que el tratamiento regulado por dicha norma abarca toda forma de registro, almacenamiento, distribución, transmisión, modificación, eliminación, duración y toda otra forma de igual o similar alcance.

Corresponde agregar que la misma disposición establece determinada condición para que esa actividad quede alcanzada por las normas de la ley. Dicha condición es el destino para el cual se manejan todas esas actividades vinculadas con el banco de datos. La norma dispone que esas actividades deben estar destinadas a “brindar informes objetivos de carácter comercial”. Por tal razón, si un laboratorio o una mutualista almacena datos sobre sus

consultantes o asociados con un fin terapéutico o estadístico, no está comprendido en esta norma. De igual modo, tampoco quedan comprendidos, a modo de ejemplo, los registros realizados por empresas cuyo fin no es otro que apoyar su actividad empresarial.

2.3. Pero a su vez, en el artículo 2º, la ley también prevé algunas situaciones exceptuadas de su alcance porque su tratamiento, formación y utilización de los datos no obedecen al carácter comercial, que es lo que previene y regula la norma legal.

En dichas excepciones quedan comprendidos los datos de carácter personal que se originen en el ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, así como los relativos a encuestas, estudios de mercado o semejantes (literal *a*), y también están excluidos los datos sensibles a la privacidad de las personas, en lo que queda comprendido el amplio espectro de hipótesis a que hace referencia el literal *b* de la norma aludida.

Para la obtención y el tratamiento de estos datos reseñados a vía de ejemplo en la excepción, se deberá contar con la conformidad del titular o los titulares luego de informados del fin y el alcance del registro de éstos (artículo 2º, inciso segundo, de la ley).

3.

LEGITIMACIÓN PROCESAL

3.1. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER EL PROCESO

El artículo 17 de la ley dice que el titular de los datos personales podrá entablar acción de protección. Como se advierte, no es una norma imperativa, y ello puede tener más de una lectura. En primer lugar porque, acaecida la hipótesis de hecho que puede dar mérito a la promoción de una pretensión de esta naturaleza, el interesado puede evaluar la iniciación o no de dicho proceso.

En segundo lugar, aunque la redacción puede ofrecer algunas dudas, decimos que es facultativa en el sentido de que prevé, además, que podrá ser ejercida por el titular, por los representantes, sean tutores o curadores, y por los sucesores a título universal.

Aquí está en cuestión claramente si se pretendió o no establecer dicho derecho a promover la pretensión como personalísimo o, de lo contrario, si puede ser planteado por terceras personas, tales como otros representantes del titular, excepción hecha

de los casos de representación legal consagrados expresamente en la norma (artículo 18 citado).

Este titular, que puede ser persona física o jurídica, será entonces la persona que, en forma directa y personalmente involucrada en los datos a los que se quiere tener acceso con los fines previstos por la ley, podrá entablar la respectiva demanda.

El inciso segundo del artículo 18 prevé que, en el caso de las personas jurídicas, la pretensión deberá ser interpuesta por sus representantes legales o los apoderados designados a tales efectos. Aquí, evidentemente, se está haciendo referencia tanto a representantes estatutarios como a mandatarios de fuente contractual, a quienes el mandato se ha extendido bajo la forma de poder para pleitos.

El artículo 18 también previene que, además del titular de los datos, podrán estar legitimados para promover la demanda los representantes, ya sean tutores o curadores. Nos parece que la norma no tiene una correcta formulación, pues, en primer término, cuando alude a los legitimados, refiere al propio afectado por el titular de los datos, seguido bajo la conjunción *o*, e inmediatamente después consagra a “sus representantes”, como si alternativamente pudieran ser uno u otro los legitimados.

Naturalmente, dicha referencia a *representantes* comprende una gama importante de personas diferentes, pero como luego de “sus representantes”, separada por una coma, se agrega la referencia “ya sean tutores o curadores”, dicho agregado puede llevarnos a pensar que la interpretación debe ser restrictiva, y en esta línea de razonamiento sólo estos tipos representantes deberían ser los admitidos. Sin embargo, cuando la norma seguidamente admite como legitimados para promover la pretensión a los sucesores a título universal en línea directa o colateral o hasta el segundo grado, y luego agrega que éstos pueden por sí o por apoderado —sin ninguna restricción— promover la demanda, nos parece que, además de los tutores y curadores, quedan comprendidos en la categoría de representantes hábiles para la promoción de la demanda los mandatarios contractuales (apoderados), los padres que ejercen sobre sus hijos la patria potestad y respecto de cuya categoría de representantes la ley guardó silencio, y todo fenómeno particular de representación establecido especialmente por ley.

El mismo artículo 18, como adelantamos, prevé quiénes están legitimados para la promoción de la demanda cuando el afectado sea una persona fallecida. En este caso se dispone que estarán legitimadas las personas que tengan derecho a sucederle a título universal en línea directa o colateral hasta el segundo grado (hijos respecto de sus padres, o éstos o abuelos respecto de aquéllos, hermanos, etc.).

Éstos a su vez pueden comparecer por sí en forma personal a promover la demanda, o lo pueden hacer por medio de apoderado. En este caso, tal como lo expresamos, no hay ninguna limitación en cuanto a la categorización de la condición de apoderado, por lo que la fuente de la que la condición de apoderado emana puede ser legal, contractual o testamentaria.

3.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

El citado artículo 17 dispone que la demanda debe plantearse contra los responsables de una base de datos pública o privada.

Obviamente, si el responsable y titular de la base de datos es un ente público, éste será el legitimado pasivo contra quien deberá promoverse la demanda. En caso de que el titular de dicho registro o banco de datos sea una persona jurídica de derecho privado, será ésta la legitimada pasiva en el proceso de hábeas data.

El artículo 13 consagra la posibilidad de que, en aquellos casos en que el afectado no tenga precisión de la existencia de una base de datos, o de quién es el responsable, dónde se ubica, con qué finalidad se utilizan los datos, etc., pueda requerir al organismo de control (Ministerio de Economía y Finanzas) toda la información relativa a dicho registro.

Al efecto, la propia ley establece la existencia de un registro de consulta pública y actualizada. Quizás, si la consulta a dicho registro no es suficiente a los efectos pretendidos por el solicitante, se debería considerar el derecho del afectado a requerir judicialmente información actualizada del organismo de control.

4.

PROCESO DE HÁBEAS DATA

De acuerdo con lo que prevé el artículo 19 de la ley, las pretensiones que se promuevan en mérito a la necesidad de protección de los derechos contemplados en esta ley se regirán, en lo general, por las normas del Código General del Proceso y, en lo particular, por los artículos 6º, 7º, 10, 12 y 13 y en lo aplicable por los demás artículos de la ley 16.011 (Ley de Amparo).

Naturalmente que, para diseñar todo lo que concierne a este proceso, en primer lugar habrá que estar a las soluciones especiales a las que esta ley se remite. Por tanto, lo que primero corresponde realizar es el análisis de las normas relativas al proceso de amparo a las que se remite la presente ley.

Las normas de los artículos 6º, 7º, 10, 12 y 13 de la ley 16.011 son de aplicación obligatoria por la remisión expresa dispuesta por dicho cuerpo normativo.

Luego habrá que analizar si son o no de aplicación al proceso de hábeas data otras normas que regulan el proceso de amparo, pero que el legislador que sancionó la presente ley no tuvo presentes como normas de aplicación expresa por remisión. En este caso, se deberá analizar concretamente, según cada norma, si ésta tiene o no eficacia para regular el proceso de hábeas data. Ahora bien, en la medida en que la remisión a las normas que regulan el proceso de amparo es suficientemente amplia, a los efectos del análisis de las soluciones a cada caso concreto corresponderá tener presente todo lo mucho que ha dicho la doctrina (particularmente en lo que refiere al aspecto procesal, por el profesor VIERA).⁶

A su vez, serán de aplicación naturalmente las normas procesales generales establecidas por el CGP. Cuando el legislador hace referencia a las normas generales, en materia procedural, refiere naturalmente a todas las normas de carácter general con incidencia en el proceso (presupuestos procesales, actos procesales, etc.) aplicables también a éste, con excepción de aquellas soluciones que, según veremos, esta misma ley en materia procesal establece.

El mismo artículo 19 dispone que en lo particular —esto es, en lo que refiere al proceso que está regulado por esta ley— rigen los artículos 6º, 7º, 10, 12, 13 y en lo aplicable los demás artículos de la ley 16.011.

Por nuestra parte, en su oportunidad expresamos⁷ que los derechos protegidos al permitirse la formulación de una pretensión de hábeas data son derechos reconocidos y protegidos por la Constitución nacional; de ahí que afirmáramos que el hábeas data tenía bastante relación en su génesis con otros institutos protectores de derechos fundamentales, tales como el hábeas corpus y el amparo. Sin embargo, en aquella época era una cuestión no contemplada en forma expresa por el ordenamiento procesal, razón por la cual decíamos que, técnicamente hablando, para determinar la vía procesal correspondiente para tramitar la pretensión de hábeas data, si aplicáramos el artículo 348 del CGP habría

⁶ VIERA, Luis Alberto, *Ley de Amparo*, Idea, Montevideo, 1993 (con jurisprudencia a cargo de Graciela BELLO, Selva KLETT y Graciela BERRO).

⁷ GUERRA PÉREZ, op. cit., pág. 1105.

correspondido acudir al proceso ordinario, aun reconociendo el excesivo ritual que ello significaría, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión de que se trata.

Es por esto último que en aquella ocasión nos inclinamos por considerar, y así lo expresamos, que la protección procesal de esos derechos, en lo que atañe al tipo de proceso al cual se debería acudir, sería el proceso de amparo. La razón que nos llevaba a tomar esa postura, más que de técnica y de sistemática legislativa, la abonaba precisamente el hecho de que la estructura del proceso ordinario al que debería acudirse tornaría ineficaz la protección de los derechos.

La ley que comentamos, resolviendo esta dificultad, ha consagrado por vía de remisión el procedimiento del proceso de amparo para tramitar el proceso en que se deduce una petición de hábeas data. Esto se ha dispuesto en el artículo 19, cuando la norma prevé: “Las acciones que se promuevan por violación a los derechos contemplados en la presente ley se regirán en lo general por las normas del Código General del Proceso y en lo particular por los artículos 6º, 7º, 10, 12, y 13 y en lo aplicable por los demás artículos de la ley 16.011 [...].

5.

CARACTERES DE ESTE PROCESO

Este proceso de hábeas data es un proceso especial establecido por la nueva ley; si bien integrado basándose en remisiones, ello, en nuestra opinión, no le quita tal carácter. En efecto, cuenta con una estructura especial, sumarísima, tal como se ha establecido en el proceso de amparo.

Es un proceso autónomo, principal, y con un objeto y un fin específicos. No está relacionado o vinculado con otros procesos en su nacimiento ni en cuanto a su desarrollo, ni los efectos de la sentencia a dictarse en él están relacionados con otros procesos.

Es además indudablemente un proceso de conocimiento, a través del cual, y luego de la instrucción que realizará el tribunal competente, se dictará una sentencia definitiva que constituirá un mandato.

Por lo que viene de verse, también es un proceso contencioso, donde encontraremos al menos dos partes con intereses contrapuestos. El titular de los datos, que procura

el conocimiento de los que existen en determinado registro y el restablecimiento de la información conforme a la realidad, evitando soportar daños innecesarios, y el titular del registro o banco de datos, que estará compelido a la determinación y facilitación o exhibición a su titular de los datos personales con que cuenta, así como a la modificación, sustitución, eliminación, etc., de éstos cuando no resulten ajustados.

Mientras que el amparo, por su contenido comprensivo, es de algún modo un proceso residual, el de hábeas data no tiene tal carácter, y procede siempre que el supuesto de hecho previsto por la norma aparezca en la realidad y reclame, por tanto, la protección del derecho presuntamente violado o alterado, sin reparar si existen o no otros mecanismos legales. No nos parece que una cuestión tan importante como ésta pueda estar siendo resuelta en sentido contrario a la que propugnamos, por la remisión general a las restantes normas de la ley 16.011.

Con relación a este último aspecto, debe observarse que la remisión que se hace a los demás artículos de la ley 16.011 es en cuanto a lo que pudiera ser aplicable. Ello no nos puede llevar a afirmar que también en ese sentido la subsidiariedad es aplicable a este proceso.

6.

ÓRGANOS ESPECIALES INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE HÁBEAS DATA

6.1. PODERES GENERALES

El artículo 20 de la ley 17.838 dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) actuará como órgano de control en el tratamiento de datos personales comprendidos en esta ley que realicen registros públicos o privados. Se le asignan funciones de implementación, vigilancia y asesoramiento en todas las actividades tendentes a la aplicación de esta ley.

En esta función, asiste al MEF una comisión consultiva integrada por siete miembros, de los cuales tres serán representantes de este Ministerio —uno de ellos la presidi-

rá—, dos del Ministerio de Educación y Cultura (MEC), un representante de la Cámara Nacional de Comercio y de Servicios y uno de la Liga de Defensa Comercial.

Tal como lo consignó el Prof. DELPIAZZO en oportunidad de su comparecencia a la Comisión de la Cámara de Senadores que hemos consignado, la creación y la existencia de este órgano de control tienen directa relación con la necesidad de que Uruguay adquiera el *status* de país con protección adecuada (como se ha señalado, para la Unión Europea sólo Argentina reviste tal carácter entre los países de la región).

En caso de que se adviertan incumplimientos a la normativa, el órgano de control en el ejercicio de dicha función podrá imponer las sanciones que se establecen en el artículo 21 de esta misma ley. Dentro del elenco de sanciones posibles se consagra la clausura del registro infractor, y para ello la ley faculta al MEF a que promueva dicha clausura ante los órganos jurisdiccionales por un lapso de seis días hábiles.

6.2. POTESTADES ESPECIALES

Con relación a los derechos protegidos, este órgano tiene importantes funciones extraprocesales (artículos 20 y 21 de la ley), pero también tiene legitimación procesal —además de la ya mencionada— para promover ante los tribunales jurisdiccionales la clausura del registro en caso de infracción.

Promovida la demanda de clausura del registro infractor, la ley dispone de un mecanismo un tanto complejo, y cuya constitucionalidad nos ofrece algunas dudas. En efecto, dispone la norma mencionada que los hechos constitutivos de la infracción serán documentados según las formalidades legales, y la clausura deberá decretarse dentro de los tres días siguientes a aquél en que lo hubiese solicitado el MEC, el cual quedará habilitado a disponer por sí la clausura si el juez no se pronunciara dentro de dicho término.

En primer lugar, la norma legal establece en forma imperativa que, cuando el MEC hubiese solicitado la medida teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la infracción debidamente documentada, aquélla deberá decretarla el juez. Pese a la redacción de la norma, no podemos interpretarla de otro modo que considerando que el órgano jurisdiccional requerido hará un contralor de los requisitos de forma y de fondo de la petición antes de despachar la medida. No nos parece adecuado pensar que la correcta intelección normativa previene que la sede jurisdiccional no tiene otro camino que decretarla cuando se dan los elementos objetivos consagrados en la disposición legal.

En segundo lugar, la ley prevé un plazo de tres días que tendrá el tribunal requerido para decretar la medida, plazo que deberá contarse a partir del día en que el MEC la hubiere solicitado (artículo 21), y a continuación establece que el MEC quedará habilitado para disponer por sí la clausura en caso de que el juez no se pronunciare en dicho plazo. Esta solución normativa, que faculta a un órgano del Poder Ejecutivo, en su carácter órgano del control, para fiscalizar, juzgar y ejecutar su decisión, nos merece serios reparos en cuanto a su constitucionalidad.

Esta solución confiere valor en beneficio de la Administración, como órgano de contralor, a la omisión del tribunal de pronunciarse dentro del plazo de tres días. En definitiva, si el legislador en la emergencia procura ser celoso en el cumplimiento de los plazos de que dispone el tribunal, no debe sancionar al sujeto destinatario de la administración de Justicia, sino que la sanción debe recaer, en todo caso, en el sujeto que ha desafiado el celo del legislador.

A su vez, asignar al MEC la posibilidad de hacer cumplir por sí la decisión del propio órgano (constituyéndose en juez y parte), concediéndole además la posibilidad del uso de la fuerza pública, nos parece un sobredimensionamiento de las potestades del órgano administrador, lo que subvierte los principios en los que se asienta nuestro sistema.

Naturalmente, además de estos órganos interviene en este proceso también un órgano judicial, tal como veremos seguidamente. A su vez, intervienen los sujetos que revisten la condición de partes, y no debe descartarse la intervención del Ministerio Público cuando ello corresponda.

7.

PROCEDIMIENTO. PARTICULARIDADES

7.1. COMPETENCIA

En la nueva ley no se ha establecido expresamente, en forma especial, qué tribunal es competente para entender en este tipo de pretensiones. Sólo se ha dispuesto en el artículo 21, en su inciso final, que la competencia de los jueces se determinará por las normas de la Ley Orgánica de la Judicatura nº 15.750, lo que revela el propósito de no

asignar una competencia especial, como sí la hay para el amparo. En efecto, al regular el proceso de amparo, el artículo 3º establece que serán competentes para entender en él los jueces letrados de primera instancia de la materia que corresponde al acto. Pero no hay norma especial o similar en la presente ley.

¿Podría considerarse que queda incluida en esa remisión genérica del artículo 19 a la que hicimos mención, donde se dice “[...] y en lo aplicable por los demás artículos de la ley 16.011[...]”? Nos parece que tampoco ésa puede ser una buena conclusión, en la medida en que la solución especial de la ley es regular la competencia de los tribunales en función de la normativa aplicable de la LOT.

Por lo expuesto, se deberán aplicar las normas generales en materia de regulación de la competencia de los tribunales. Para establecer cuál es el tribunal competente, se deberá tener en cuenta que el objeto de la pretensión a deducirse no es una cuestión que *prima facie* sea cuantificable económicamente, razón por la cual debe estarse, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley, inciso final, a lo que dispone el artículo 49 de la ley 15.750. Según el artículo mencionado, “[...] para el efecto de determinarla se reputarán como de valor de más de N\$ 400.000 (nuevos pesos cuatrocientos mil) los asuntos que versen sobre materias que no están sujetas a una determinada apreciación pecuniaria [...]”⁸, valor que se actualiza anualmente. La competencia de dichos asuntos se asigna a la justicia letrada, razón por la cual se debería concluir que la competencia para entender en estos asuntos corresponde a los juzgados letrados.

Quizás la solución debió disponerse, al igual que en el proceso de amparo, directamente teniendo en cuenta el bien jurídico comprometido, que es la que brinda mayores garantías.

7.2. CUESTIONES DEL PROCEDIMIENTO

7.2.1. Demanda

La primera referencia normativa a normas de procedimiento de la ley es la remisión al artículo 6º de la Ley de Amparo, en cuyo inciso primero se establece: “Salvo el caso

⁸ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 50 de la ley 15.750, todos los valores monetarios a que se hace referencia en esta ley serán actualizados por la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con la variación operada por el índice de precios al consumo hasta el mes de octubre de cada año. El artículo 321 de la ley 15.903 dispone que antes del 30 de noviembre de cada año la Suprema Corte determinará los valores a que refieren los artículos 74 y 50. Para el año 2005, por la acordada nº 7.534, se fijó el monto actualizado que rige para todo el año.

previsto en la oración final del artículo 2º [rechazo de la pretensión por ser manifestamente improcedente], el Juez convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda”.

Naturalmente, el proceso de hábeas data comenzará con una demanda formulada por escrito y con las formalidades establecidas para ello por las normas relativas del CGP (artículo 5º de la ley 16.011 y artículo 117 del CGP).

Dicha demanda deberá contener y/o señalar, además, los medios de prueba de los que pretende la promotora hacerse valer para acreditar sus fundamentos (artículo 5º, citado, de la ley 16.011 y artículo 118 del CGP). El artículo 5º de la Ley de Amparo señalaba expresamente que la prueba documental se acompañaría necesariamente con la demanda, referencia que no encontramos en esta ley y que, al no remitirse especialmente a dicha disposición, carecería de aplicación en el caso, pero luego de la sanción del CGP nos parece que una referencia expresa a la prueba resulta innecesaria, al pasar a ser éste el régimen general en materia de proposición de prueba para ambas partes.

El artículo 17 dispone que el titular de datos personales podrá entablar acción —*rectius* pretensión— de protección de datos personales o hábeas data contra todo responsable de una base de datos pública o privada, en los siguientes supuestos: a) cuando quiera conocer sus datos personales que se encuentran registrados en una base de datos o similar y dicha información no le hubiese sido proporcionada por el responsable de la base de datos conforme se prevé en el artículo 9º, y b) cuando haya solicitado al responsable de la base de datos su rectificación, actualización, eliminación o supresión y éste no hubiese procedido a ello o no hubiese dado razones suficientes por las que no corresponde lo solicitado, en el plazo previsto por la ley.

Aquí una primera cuestión que se nos plantea es si el proceso de hábeas data procede sólo en las hipótesis previstas por los incisos 1º y 2º del mencionado artículo, o si dichas hipótesis previstas en la norma lo son a título meramente enunciativo. En efecto el inciso 1º prevé la posibilidad de que una persona promueva el proceso para conocer sus datos personales que se encuentren registrados en una base de datos o similar y dicha información no le haya sido proporcionada conforme a lo que prevé el artículo 9º de la ley. El inciso 2º dispone que también se podrá promover el proceso cuando haya solicitado al responsable de la base de datos su rectificación, actualización, eliminación o supresión y éste no hubiese procedido a ello o dado razones suficientes por las que no acogió dicho pedido. La respuesta que nos parece más acertada es la afirmativa; es decir, que para que proceda el proceso de hábeas data

previsto por esta ley, la pretensión formulada debe inscribirse dentro de las previsiones del artículo 17 en sus incisos 1º y/o 2º. Fundamos la afirmación en que nos encontramos ante un proceso especial en el que, según la propia ley, es la pretensión a ser amparada la que determina la procedencia o no de su sustanciación a través de este proceso. Toda otra pretensión no contemplada por la norma no puede sustanciarse por la vía procedural dispuesta por el régimen de la presente ley.

Otro aspecto a considerar es si es imprescindible acreditar que se ha reclamado al titular del registro o base de datos respectivo la información prevista en el inciso 1º del artículo 17 o, en su caso, la solicitud a que hace referencia el inciso 2º de la misma norma para promover la demanda de hábeas data. Es decir, si la solicitud al registro prevista en el numeral 1º del artículo 17 o la negativa u omisión del titular del registro en cuestión constituyen un requisito de procedibilidad para la formulación de la pretensión. Nos inclinamos por la negativa. En efecto, no nos parece que, dada la redacción del artículo citado, ella imponga con carácter previo el cumplimiento de algunas de las hipótesis dispuestas por la norma.

A nuestro juicio, la imposición de un requisito de procedibilidad como el que comentamos constituye un escollo más que un beneficio para quien ve vulnerado su derecho constitucionalmente protegido.

Consideramos que es perfectamente posible que el titular de un derecho pueda, si así lo prefiere, ir directamente al proceso de hábeas data toda vez que se considere afectado por la existencia, en un registro, de información personal que no se compadezca con la realidad. Sobre todo en circunstancias en que la remoción de la información existente en el registro o base de datos requiera de cierta urgencia, cosa que se vería de algún modo frustrada si se considera imprescindible la gestión extrajudicial ante el titular del registro o la base de datos.

7.2.2. Decreto inicial proveyendo a la demanda

Una vez presentada la demanda de acuerdo con las formalidades mencionadas, el juez competente podrá rechazar de plano la pretensión por ser manifiestamente improcedente, en cuyo caso la gestión se archivará. En cambio, si estima que debe dar curso a la petición, convocará a las partes a la audiencia pública en la forma en que se dispone por el inciso primero del artículo 6º de la ley 16.011.

A su vez, si los datos cuya revelación se hace necesaria se encuentran en un registro que, de acuerdo con la ley, está amparado por el secreto, será necesario que el juez, atendidas las circunstancias el caso, disponga el levantamiento del secreto aludido.

En lo demás, es íntegramente aplicable lo dispuesto por el artículo 6º citado de la Ley de Amparo, sobre lo cual existe amplia literatura, tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia.

El artículo 7º de la Ley de Amparo, al cual también se hace expresa remisión por la ley que comentamos, establece la posibilidad de que, en caso de que el tribunal lo estime necesario, se podrán adoptar medidas que de algún modo anticipan el contenido del proveimiento que se persigue en la sentencia definitiva, pero que además tendrán el carácter de provisionales, ya que tendrán eficacia hasta que se dicte la sentencia definitiva.

7.2.3. Sustanciación de la demanda

Admitida la demanda, se deberá convocar a las partes a audiencia pública (artículo 6º de la ley 16.011) dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

En dicha audiencia, más allá de la terminología utilizada por el artículo 6º citado, se oye al demandado, quien por su parte deberá pronunciarse sobre los extremos de hecho y de derecho expuestos por el demandante, y podrá también proponer y acercar la prueba que pretenda que sea diligenciada en ese proceso.

El juez en esta audiencia tiene amplios poderes, tanto de policía y en la dirección de ésta, como también en lo que refiere a las posibilidades de diligenciamiento de prueba y en la actividad alegatoria de las partes.

7.2.4. Otras cuestiones de carácter procedural de esta ley

Otra cuestión interesante está referida a la remisión que se hace especialmente al artículo 12 de la ley 16.011, el cual establece que en estos procesos no podrán deducirse cuestiones previas, reconvenções ni incidentes.

La ley pone a cargo del tribunal, que actuará a petición de parte o de oficio, el relevamiento de los vicios o defectos que se adviertan. Todo ello sin perjuicio de que la propia ley previene que el tribunal, atendiendo a la naturaleza sumaria de dicho proceso, deberá asegurar la vigencia del principio del contraditorio, con lo cual se le impone al juez en este aspecto un delicado equilibrio entre el aseguramiento del mentado principio, confiriendo traslados, y la naturaleza sumaria —sumarísima, diríamos por nuestra parte— de esta estructura diseñada por la ley 16.011.

También se mantiene la particularidad, analizada cuando los autores han tratado la Ley de Amparo, referente al planteo de una defensa de inconstitucionalidad de una norma

en dicho proceso. En primer término, dicha defensa es admitida. En segundo lugar, si se aplicara la norma general del CGP (artículo 514), opuesta la defensa de inconstitucionalidad, se suspenderá el procedimiento y se elevarán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12, inciso segundo, de la ley 16.011, antes de la suspensión del procedimiento conforme lo dispone el artículo 514 citado del CGP, el juez deberá ordenar las medidas provisorias a que hace referencia el artículo 7º de la ley 16.011, o en su caso deberá dejar constancia circunstanciada de las razones que tuvo para considerarlas innecesarias.

También la remisión al artículo 13 de la ley 16.011 supone conceder a las normas procesales generales la condición de normas supletorias, aplicables a falta de solución especial en estas normas directamente aplicables.

8.

SENTENCIA. EFECTOS

La sentencia definitiva podrá estimar o desestimar la pretensión formulada en la demanda, y pasará en autoridad de cosa juzgada tanto formal como material, entendiéndose por tal en lo que refiere a sus efectos imperativos de la sentencia y también en lo que refiere a su inmutabilidad o inmodificabilidad.

En el proceso de amparo, el artículo 11 de la ley prevé que la sentencia definitiva hace cosa juzgada respecto de su objeto, pero deja subsistente todo tipo de pretensiones que pudieren corresponder a las partes con independencia del amparo.

Obsérvese que en esta ley no hay remisión a lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 16.011, y, al haberse integrado el proceso regulado por esta ley a través de las normas del proceso de amparo expresamente establecidas mediante normas de remisión, consideramos —aunque el punto puede considerarse opinable— que el artículo 11 del mencionado cuerpo de normas no sería aplicable a este proceso. Cabe preguntarse si podría tenerse en cuenta la solución de dicho artículo con base en lo dispuesto por el artículo 19 de la ley que comentamos, en cuanto dispone que serán aplicables en general los demás artículos de la ley 16.011.

Reiteramos que, desde una recta interpretación normativa de las disposiciones de la presente ley, con las normas integradas por remisión y teniendo presente, además, que

las cuestiones que son objeto de protección normativa son diferentes de las contempladas por la Ley de Amparo, el artículo 11 no sería aplicable al caso, aunque las soluciones en general, aplicando las normas procesales del CGP, nos lleven de todos modos a una solución muy similar a la que tendríamos en caso de aplicar el artículo 11 de la ley 16.011.

El presente proceso, por más que su estructura sea sumarísima, es —como expresamos— un proceso autónomo, principal, con un objeto y un fin propios. Lo que se resuelve en él despliega todos sus efectos en la realidad de la vida. No ocurre lo mismo con el proceso de amparo en toda su dimensión; en éste, si bien la sentencia con relación a su objeto pasa en autoridad de cosa juzgada (artículo 11 citado), deja subsistente la posibilidad del ejercicio de otras acciones que pudieran corresponder a cualquiera de las partes, con independencia del proceso de amparo, que a su vez podrían de algún modo alterar lo resuelto en una sentencia que acogió la demanda en el proceso de amparo.

También en cuanto a los efectos de la sentencia, la ley regula una hipótesis especial, prevista por el artículo 21, cuando el órgano de control ha dispuesto y ejecutado por sí una sanción de clausura a un registro infractor por haber demorado el órgano jurisdiccional más tiempo que el concedido por la ley para su decisión. En tal caso, al resolver en definitiva acerca de la imposición o no de la sanción, si considera el juez que no corresponde imponerla, se levantará de inmediato la clausura dispuesta y ejecutada por el órgano de control, algo muy similar a lo que acaece con la sentencia definitiva que estima la demanda en el proceso de amparo.

9.

RÉGIMEN DE LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS

9.1. En cuanto a los medios impugnativos que pueden plantear las partes en este proceso, el artículo 19 multicitado remite al artículo 10 de la ley 16.011. En éste se establece que sólo serán apelables la sentencia definitiva que resuelve el proceso de amparo y la sentencia —interlocutoria, que pone fin al proceso— que rechaza la pretensión por ser manifestamente improcedente. Las restantes resoluciones que se dicten en el curso del

proceso sólo serán pasibles del recurso de reposición, interpuesto y resuelto por el tribunal que esté entendiendo en la causa.

El inciso segundo del artículo 10 de la ley 16.011 previene que el recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días, norma especial en materia de plazos de interposición del recurso, que deberá tenerse presente. La forma de interposición es la misma, ya sea que se interponga contra la sentencia que acoge la demanda o que la desestime por ser manifiestamente improcedente.

Lo que cambia es la sustanciación, pues, en caso de que se interponga recurso de apelación contra la sentencia definitiva, éste se sustanciará con un traslado por tres días perentorios con la otra parte. En cambio, si se trata de apelación interpuesta contra la sentencia que no hace lugar a la sustanciación del proceso, el tribunal no deberá sustanciar el recurso de apelación, y remitirá los autos al superior que corresponda.

De acuerdo con la norma citada, el tribunal superior resolverá en el “acuerdo” dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos.

También la norma a la que la nueva ley se remite, dispone que la interposición del recurso de apelación no suspende los efectos de dicha resolución y, por tanto, las medidas decretadas y contenidas en dicha resolución deberán ser cumplidas en forma inmediata luego de notificada la resolución, notificación que, en caso de que la sentencia se dicte en audiencia, se estima que se produce en ese mismo acto.

9.2. Una situación especial se plantea cuando es el órgano de control el que promueve en vía jurisdiccional la clausura de un registro en infracción y el juez resuelve clausurar dicho registro. En tal caso, dicha decisión admite el recurso de apelación y éste no tendrá efecto suspensivo (artículo 21 de la ley).

10.

OTRAS CUESTIONES

Dada la referencia amplia del artículo 19 a las demás normas en lo aplicable de la Ley de Amparo, nos interesa hacer algunas referencias a institutos previstos para el amparo y su eventual aplicabilidad a este proceso de hábeas data.

En cuanto al objeto del proceso de hábeas data, la propia ley que analizamos restringe la aplicabilidad de la norma al objeto regulado. En cambio, en el amparo el objeto es bastante más amplio, con dificultad inclusive, por esa amplitud, para pretender abarcar *a priori* las diferentes posibilidades que en la realidad pudieran quedar comprendidas en el proceso de amparo.

A su vez, las situaciones excluidas legislativamente del amparo no pueden operar, en la medida en que el propio objeto de la presente ley de ningún modo puede estar comprendido dentro de los actos excluidos de una eventual petición de amparo contra ellos.

Hemos dicho, asimismo, que tampoco es aplicable la disposición del artículo 2º de la ley 16.011, en la medida en que la residualidad del amparo no se refleja en la normativa de la ley 17.838.

En materia de legitimación, la ley que comentamos es bastante más concreta y establece los criterios para determinar quiénes están legitimados para intervenir en este proceso, porque también es específica la materia regulada en éste.

No se establece en la nueva ley ningún plazo para promover la pretensión, y no nos parece que sea legítimo afirmar que, por la vía de la remisión genérica del artículo 19, el plazo dispuesto para el amparo en el artículo 4º, inciso segundo, sea aplicable a las hipótesis reguladas para el proceso de hábeas data.

11.

CONCLUSIONES

La presente ley regula todo lo relativo a registro, almacenamiento, distribución, transmisión, modificación, eliminación, duración y, en general, el tratamiento de datos personales asentados en archivos, registros, bases de datos u otros medios similares autorizados, sean éstos públicos o privados, *destinados a brindar informes objetivos de carácter comercial* (artículo 1º de la ley).

Hábeas data refiere particularmente al proceso a través del cual se hace uso del derecho que debe ser ejercido judicialmente para tomar conocimiento de los datos que consten en

registros o bancos de datos públicos o privados, de la finalidad y el uso que se les dan, así como también para, en caso de error, falsedad o discriminación, exigir su rectificación, supresión o lo que corresponda según las circunstancias (artículo 12 de la ley).

La propia naturaleza de los derechos cuya protección se pretende ha determinado que el legislador establezca para su protección una vía procesal sumaria, rápida, tal como lo es el procedimiento del amparo, de modo que la tutela jurisdiccional del derecho comprometido sea efectiva o eficiente.

No obstante, existen ciertas particularidades que caracterizan la pretensión que puede movilizarse bajo el régimen de la presente ley, que determinan la existencia de diferencias con relación al proceso de amparo, y que hemos señalado en el curso del trabajo, admitiendo la opinabilidad de algunos de los criterios sustentados.

Sin perjuicio de las cuestiones de orden técnico procesal que pueden aparejar alguna dificultad interpretativa, debe visualizarse este proceso como un avance de la ciencia del Derecho en general, y del procesal en particular, en cuanto pone a disposición de los sujetos instrumentos idóneos para la protección de sus derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario del latín jurídico*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- DEPLIAZZO, Carlos, Publicación oficial de la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores, distribuido nº 2400/2003.
- FLORES DAPKEVICIUS, Ruben, “El hábeas data en Uruguay y Argentina”, en *La Justicia Uruguaya*, sección “Doctrina”, tomo 130, julio-agosto 2004, págs. 23 y ss.
- GUERRA PÉREZ, Walter D., *Derecho procesal constitucional en el Uruguay*, Porruá, México, 2001.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Jurisdicción constitucional en la reforma constitucional de la República Argentina”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* nº 4, 1994, FCU, Montevideo, 1995.
- VIERA, Luis Alberto, *Ley de Amparo*, Idea, Montevideo, 1993 (con jurisprudencia a cargo de Graciela BELLO, Selva KLETT y Graciela BERRO).

La negociación en el proceso penal.

**FORMAS DE CONSENSO QUE PERMITEN LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL EN ALEMANIA Y PORTUGAL.
ALGUNOS LINEAMIENTOS QUE PODRÍAN SER
CONSIDERADOS POR EL LEGISLADOR NACIONAL,
TENIENDO EN CUENTA LA NECESIDAD DE UNA URGENTE
REFORMA DEL PROCESO PENAL URUGUAYO**

*Pablo Galain Palermo**

RESUMEN. El Derecho penal no puede ser entendido sin una referencia permanente al sistema procesal penal. En los tiempos que corren, el sistema más representativo de la dogmática penal del *civil law* (Alemania), con influencia permanente en los países de nuestro entorno, viene adoptando paulatinamente institutos propios de los sistemas del *common law*. Así han ingresado la negociación y el principio de oportunidad al sistema penal alemán y portugués. En la presente contribución se analizan algunas formas de consenso, algunas del tipo negociación entre el fiscal y el imputado (al estilo del *plea bargaining*), así como otras instancias en las que puede participar el ofendido por el delito (al estilo conciliación o transacción), y aquellas que permiten suspender provisoriamente el proceso penal a cambio de la realización de medidas (al estilo reparación del daño). Además, se toma posición por una propuesta en particular por resultar más compatible con los principios rectores del Derecho penal material. El objetivo principal del artículo es presentar una visión comparada de dos sistemas penales de los más elaborados de la Europa continental, a efectos de motivar la discusión con relación al sistema procesal penal uruguayo, el que, según se explica en las páginas que siguen, necesita de una urgente modificación sustancial debido a que ofrece reparos desde el punto de vista de los principios y las garantías que deben existir en un proceso penal de un Estado democrático de Derecho.

* Profesor adscripto de Derecho Penal de la Universidad Católica de Uruguay. Aspirante a profesor adscripto de Derecho Penal de la Universidad de la República. Doctorando europeo en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Colaborador científico en el Departamento de Latinoamérica del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, Alemania.

ABSTRACT. Criminal Law cannot be understood without a permanent reference to the Criminal Procedural System. At present, the system that best represents the dogmatism of Criminal Law (the German system), which greatly influences countries in the region, is gradually adopting institutes typical of common law. As a result, both the negotiation and the opportunity principles were introduced into the German and Portuguese criminal systems. This paper analyzes different methods of reaching a consensus: some of them include negotiation between the prosecutor and the accused (plea bargaining), in some others, the accused is allowed to participate in his/her own defense (conciliation or transaction), as well as those that allow the provisional suspension of the criminal process in exchange for suitable compensatory measures (compensation for damages). In addition, this paper favors a proposal which is more compatible with the governing principles of Material Criminal Law. The article's main objective is to compare the two most elaborate criminal systems in continental Europe in order to encourage discussions in relation to the procedural criminal system in Uruguay. This system, which will be explained in detail in the following pages, requires immediate substantial changes, given that it contains some observations regarding the principles and rights that should exist in the Criminal Process of a Democratic Rule of Law.

PALABRAS CLAVE. Proceso penal; justicia penal negociada; consenso; posición de la víctima; propuesta de *lege ferenda* para el proceso penal uruguayo.

KEY WORDS. Criminal; negotiated criminal justice; consensus; position of the accused; proposal of *lege ferenda* for the Uruguayan criminal process.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La justicia penal negociada. 3. La negociación en el proceso penal alemán. El modelo fiscal-imputado. 4. La suspensión provisoria del proceso penal a cambio de medidas. El modelo reparación del daño. 5. El acuerdo entre las partes del delito. El modelo conciliación autor-victima. 6. El consenso en el proceso penal portugués. 7. El sistema procesal penal uruguayo. 8. El objeto del proceso penal uruguayo. 9. ¿Prohíbe la Constitución nacional un modelo proceso penal de consenso? 10. La posición de la víctima en el sistema penal uruguayo. 11. Las posibilidades de participación de la víctima en el procedimiento penal uruguayo. 12. La necesaria reorientación del sistema penal hacia las necesidades de la víctima. 13. *De lege lata*. 14. Posición de la doctrina uruguaya. 15. La necesaria determinación del objetivo del proceso penal: ¿la búsqueda de eficiencia o justicia? 16. Conclusión.

1.

INTRODUCCIÓN

La justicia penal de nuestros tiempos ha adoptado como uno más de sus objetivos la búsqueda de soluciones más rápidas y menos *costosas*. Es así que desde el mundo anglosajón —y también en la Europa occidental—¹ ha ganado terreno el movimiento de la *Restorative Justice*, que persigue dentro de sus cometidos alcanzar una justicia menos formalizada.²

A partir de la década de 1970, los reclamos de mayores derechos para las víctimas gozaron de un fuerte impulso. En éstos, se exigían mejores prerrogativas para el ofendido por el delito, pero también se reclamaba una mayor participación del autor en el momento de solucionar el problema. De esta forma se comenzó a explorar la posibilidad de que el

¹ Véase JUNG, Heike, “Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa”, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2002, págs. 65 y ss.

² La justicia restaurativa se desarrolló en el derecho penal juvenil y luego en el de adultos para determinado tipo de criminalidad de leve y mediana envergadura, como un modelo opuesto a la justicia retributiva, intentando evitar la exclusión y la estigmatización de las soluciones tradicionales. El objetivo final es la restauración del balance de relaciones sociales dañado por el delito, buscando la solución del conflicto sin necesidad de sentencia judicial a través de un acuerdo entre delincuente y víctima en el que la sociedad también actúe, aunque sea a través de la persona del mediador. De esta forma el delincuente asumiría su responsabilidad y reconocería a su víctima, restableciendo el equilibrio perdido. Véase por todos HUDSON, Barbara, *Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*, 2^a ed., Open University Press, Buckingham, Filadelfia, 2003, págs. 81 y 92; ZEHR, Howard, y MIKA, Harry, “Fundamental concepts of restorative justice”, en Declan Roche (ed.), *Restorative Justice*, Ashgate, Dartmouth, Londres, 2003, págs. 48 y ss.

tradicional modelo bipolar Estado-delincuente (basado en la idea de un enfrentamiento irreconciliable de intereses) deje paso a un modelo triangular que incluya a la víctima, por lo que, realizado este cambio de modelo, se pueda ir de la dimensión vertical (modelo vigente) a una dimensión horizontal.³ A diferencia de la primera, en la justicia igualitaria las decisiones provienen del desarrollo de un proceso en el que todos pueden participar en el momento de crear y ejecutar las normas.⁴ Este modelo, que propicia la *integración* antes que la *disuasión*, procura la solución conciliadora del conflicto, la reparación del daño causado a la víctima (y a la sociedad) y la pacificación de las relaciones sociales.⁵ La integración de todas las partes involucradas es su objetivo principal, antes que la segregación del delincuente y el olvido de la víctima. Pero también dentro del sistema tradicional de hacer justicia el modelo de proceso ha aceptado un procedimiento penal que contiene instancias basadas en el principio de oportunidad y la *negociación* entre el fiscal y el delincuente. Para su construcción se han propuesto distintas vías, desde las vías alternativas al sistema legal y las soluciones informales o comunitarias hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal.⁶

Entonces, una vez aceptado este nuevo modelo triangular, en materia procesal, la búsqueda de la verdad material y el principio de oficialidad deben adaptarse para dar cabida a instancias de negociación, mediación o conciliación y/o aquellas que se rigen por el principio de oportunidad, permitiendo la suspensión, el archivo o la *desviación* del proceso. Para ello el procedimiento penal debe renunciar, en cierto modo, a la verdad material y conformarse con la búsqueda de una verdad formal o consensuada.⁷ En aras de tal emprendimiento se han propuesto distintas vías, desde las alternativas al sistema legal (informales o comunitarias)

³ Véase KILCHLING, Michael, "The meaning of Victim/Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view", ponencia presentada en el Council of Europe Seminal on Mediation, Tirana, Albania, 11-12 de diciembre de 1996, en "Mediation as a method for conflict solving", *Demo-Droit CR* (97) 2, Estrasburgo, 2 de marzo de 1997, pág. 2.

⁴ Véase CHRISTIE, Nils, "El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización", en *Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 61 y ss.

⁵ Véase GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Tratado de Criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 993 y ss.

⁶ El 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Viena en abril de 2000, propuso incrementar la adopción de mayores modelos de justicia restauradora o introducir la reparación en los distintos sistemas penales. Véase HUDSON, op. cit., pág. 76; también VAN NESS, D, "Proposed UN basic principles on the use of restorative justice: recognizing the aims and limits of restorative justice", en VON HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH y SCHIFF (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

⁷ Véase WALTHER, Susanne, "Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation", en ESER y RABENSTEIN (eds.), *Criminal Justice between Crime Control and Due Process. Convergence und Divergence in Criminal Procedure Systems*, Berlín, 2002, págs. 367 y ss.

hasta las alternativas dentro del sistema penal material y formal. Dentro de las alternativas que no renuncian al sistema penal, entendido como el lugar donde debe resolverse el conflicto causado por el delito, encontramos la mediación⁸ y la conciliación.⁹ Asimismo, existen alternativas a la propia sentencia de condena o a la ejecución de la pena, legitimando instancias de negociación entre las partes del proceso, todas ellas relacionadas con la figura de la reparación; por ejemplo, como condición impuesta al delincuente que recibe un determinado beneficio material o procesal. Todo este movimiento *restaurador* obedece en cierta medida a la revalorización que ha tenido la víctima en el derecho comparado, al influjo de la nueva criminología (especialmente por la victimología),¹⁰ al movimiento abolicionista¹¹ y a distintas disposiciones de organismos macronacionales.¹² Pero también es consecuencia del poder de decisión que tiene el fiscal (cuando no la policía) en los sistemas acusatorios en los que rige la posibilidad de disponer del proceso.

⁸ La primera ha sido definida como: “una estrategia trilateral de control social, en la que un tercero fomenta un acuerdo, sin imponerlo a las partes en conflicto. Cuando el contenido de dicho acuerdo se basa en la reparación del daño a la víctima, se habla de un control social de estilo compensatorio. Si, además, aspira a la recomposición de las relaciones interpersonales, estaríamos ante un estilo conciliatorio”. Véase VARONA, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998, pág. 445.

⁹ Diferenciando entre distintas formas de componenda se ha dicho: “Mientras que en la conciliación la solución es fruto de un juzgamiento en ejercicio de la potestad de jurisdicción oficial con facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en la mediación es fruto de un acuerdo razonable, y en el arbitraje, fruto de una solución a la que se arriba por el ejercicio de una potestad jurisdiccional privada que no puede hacerse ejecutar por quien la obtuvo”. Véase CALVO, María, “Jueces conciliadores. Asistencia letrada obligatoria en las instancias de conciliación, arbitraje y mediación. Creación de la instancia de mediación”, en *Estudios de Derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Montevideo, 1999, pág. 603.

¹⁰ La posición, al parecer dominante, de la actual orientación criminológica entiende a la *victimología* como aquel sector de la *criminología* que se encarga del estudio de la persona que sufre en forma directa la actividad criminal, pero además sostiene que el autor no es el único agente del crimen y la víctima no debería ser sólo un instrumento pasivo del delito. Véase GULOTA, G., “La vittimologia: aspetti criminologici”, en *Trattato di Criminología, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, nº 3, “La criminología e il diritto penale”, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 107 y s.; FATTAH, Ezzat, *La victime est-elle coupable? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol*, Les Presses Universitaires, Montreal, 1971, pág. 113.

¹¹ Se critican la irracionalidad y la burocracia del sistema tradicional y la justicia penal; en palabras de HULSMAN: “El sistema es como una cadena sobre la cual avanza el imputado; cada uno de los encargados aprieta, por ende, su respectivo perno, y al final de la cadena sale terminado el producto del sistema: una vez cada cuatro, un preso”. HULSMAN, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 49. Los abolicionistas han recurrido a la reparación (como a la mediación o la conciliación) como un mecanismo sustitutivo (informal) o alternativa al sistema penal tradicional que aleja a las partes “naturales” en lugar de fomentar su acercamiento. Algunos autores partidarios de abolir el sistema penal, como HANAK, han admitido que, incluso cuando una víctima recurre a denunciar la comisión de un delito en su contra, su interés no se centra en el inicio de un proceso penal o en lograr el castigo del causante de aquél, sino en una resolución del conflicto, que podría resumirse en una indemnización o en obtener protección inmediata en casos de violencia doméstica.

¹² Véanse el convenio 116 del Consejo de Europa, de 1983; la recomendación (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, de 28 de junio de 1985; la recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder” de la ONU, de 1985; el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969).

Por tanto, esta nueva forma de resolver el problema causado por determinados delitos y/o autores primarios, en la franja de criminalidad media o de bagatela, tiene su vía de realización a través del proceso penal.

2.

LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

En sus comienzos, la *justicia penal negociada*, tanto en Francia como en Inglaterra, estuvo vinculada con programas de mediación entre delincuentes y víctimas y con la idea de revalorizar la reparación, como indemnización o como reparación simbólica.¹⁵ Siempre que se *negocia* dentro de un proceso se busca la solución del conflicto (sea a través de una menor culpabilidad o de aceptar unos hechos distintos de los realmente realizados, como sucede en el *plea bargaining* anglosajón), así como eludir etapas del proceso (eliminando la fase contradictoria y —de ser posible— la pena). No pueden caber dudas de que el objetivo político-criminal se dirige al encuentro de una nueva solución (un escalón intermedio) entre el abandono de la persecución y la persecución, que beneficie a las partes *negociadoras*. Ahora bien, las negociaciones muchas veces comienzan fuera de la sede judicial, esto es, en la comisaría, la sede de la Policía Judicial o la oficina del Ministerio Público, lo que podría acentuar la desigualdad original de las partes negociadoras provocando la deslegitimación de tal acuerdo. De todas formas, los sistemas que han aceptado el principio de oportunidad han pretendido ofrecer todas las condiciones favorables para que *acusador* y *acusado* puedan acordar, *a modo de transacción*, una solución ventajosa, no sin antes renunciar a alguna de sus pretensiones o derechos.¹⁶

¹⁵ FAGET, J., “La médiation pénale: une dialectique de l’ordre et du désordre”, en *Déviance et Société*, 1993, pág. 221; DAVIES, G., y MESSMER, H., “Making amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice”, Londres, 1992; citados en *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), dirección de Mireille Delmas-Marty, trad. de Pablo Morenilla, Edijus, 2000, pág. 666. De allí que deba entenderse que las alternativas al proceso tradicional deben ir acompañadas de la idea de la reparación.

¹⁶ Así el modelo brasileño, que acepta la transacción entre fiscal e imputado. Véase el artículo 76 de la ley 9099/95. GOMEZ, Luis Flavio, “Natureza jurídica da suspensão condicional do processo”, en *RPCC*, 6, 1996, págs. 241 y 243 y ss.

En muchas de estas negociaciones la ley permite la extinción del procedimiento penal una vez operada la reparación del daño.¹⁷ En otras, dominadas por la idea de consenso, el proceso se suspende condicionalmente hasta el cumplimiento de condiciones o normas de conducta (por ejemplo, de la reparación del daño) por el presunto culpable.¹⁸ En algunos sistemas, el consenso se obtiene entre fiscal e imputado con la anuencia del juez;¹⁹ en otros, participa también la víctima.²⁰ Por tanto, para evitar cualquier confusión, semánticamente debe separarse la *justicia penal negociada*, en la que interviene el fiscal y no la víctima, de los procesos de *conciliación, mediación o consenso entre el autor y la víctima*, con participación del fiscal y el juez competente.

¹⁷ En el sistema uruguayo la Ley de Cheques (nº 14.412) admite en su artículo 59 la extinción de la pretensión penal siempre que el autor de un cheque (sin fondos, en cuenta ajena, cuyo pago haya frustrado) haya pagado el importe del cheque, los intereses bancarios corrientes por las operaciones activas y los gastos y honorarios arancelarios que se hubieren ocasionado. Esta “negociación” entre el autor (librador del cheque) y la víctima generalmente opera en sede policial. Cuando se hubiere iniciado el procedimiento penal, la extinción operará si el referido pago se realiza antes de la acusación del Ministerio Público. Éste es un claro ejemplo en el que la reparación del daño sirve al autor para “librarse” o dar por concluido el proceso penal, y a la víctima, para ver resarcidos sus derechos sin necesidad de recurrir a sede civil. Además, pone en tela de juicio la estricta separación entre los sistemas penal y civil, cuyos límites parecen difuminarse, puesto que a la comisión de un hecho antijurídico, típico y “presuntamente” culpable le corresponderá tras la reparación del daño la extinción de la pretensión. De esta forma la sanción penal parecería sustituirse por una especie de “sanción civil”, por cuanto el pago de la cantidad debida más intereses y otros gastos accesorios constituyen generalmente la totalidad de las sumas a las que condena el juez civil al perdidoso. En estos supuestos, como también sucede en Francia en materia de cheques, la reparación adquiere una importancia inusitada y pasa a integrar el contenido de una sanción de naturaleza civil que pone fin al proceso penal y satisface patrimonialmente a la víctima. Se debe mencionar que no se trata de una imposición judicial sino de un acuerdo fruto de la negociación de las partes involucradas que se incluye en el proceso penal en atención de la importancia del bien jurídico tutelado, por tratarse de un instrumento de pago muy utilizado en la práctica comercial (el cheque), que ha llevado al legislador a su protección penal por comprometer la fe pública. Una figura similar se encontraba en el Código Penal español anterior, en cuyo artículo 565 bis b se ofrecía la exención de responsabilidad al librador que hiciera efectivo el importe del cheque. Esta excusa absolutoria (sentencia de 19 de diciembre de 1975) ha sido duramente criticada por la doctrina, hasta tal punto que ha desaparecido del código vigente. Véase, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, Madrid, 1987, págs. 386 y ss.

¹⁸ Véase por todos SCHREIBER, Hans-Ludwig, “Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozeß”, en JAKOBS, Günther (comp.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, págs. 71 y ss.

¹⁹ Véase § 153 a del Código Procesal alemán (en adelante StPO).

²⁰ Véase el artículo 281 del Código Procesal portugués (en adelante CPPP).

3.

LA NEGOCIACIÓN EN EL PROCESO PENAL ALEMÁN. EL MODELO FISCAL-IMPUTADO

En el proceso penal alemán rige el *Instruktionsmaxime* (principio de investigación) y el *Prinzip der materiellen Wahrheit*, que permite (y obliga) al juez la instrucción de la prueba y la formación de su libre convicción (*das Grundsatz der freien Beweiswürdigung*, § 261 StPO) respecto de la culpabilidad del imputado que motive la condena, en detrimento del *Verhandlungsmaxime* o principio de negociación.²¹ La Ley Procesal Penal Alemana (StPO) no previó hasta 1999 la posibilidad de acuerdos entre el fiscal, el acusado y el tribunal que pudieran modificar la forma del plenario, la calificación legal del hecho punible y la medida de la pena. Sin embargo, en la práctica alemana se tornó cada vez más frecuente un acuerdo sobre la medida de la pena y un acortamiento de la vista oral, en particular en los asuntos relacionados con los delitos y la delincuencia económica.²² Este hecho llevó paulatinamente a la aceptación práctica de procesos informales de negociación que permitían llegar a acuerdos informales (*informelle Absprachen*), los que se realizaban en asuntos de cierta complejidad como en la materia económica, en los cuales, como en el *plea bargaining* anglosajón,²³ el reconocimien-

²¹ Incluso el juez puede rechazar la elección del proceso acelerado por parte del fiscal o decidir unilateralmente el sobreseimiento libre cuando los hechos sometidos a su juicio le parecen de escasa gravedad. También puede, de acuerdo con el fiscal, decretar un archivo judicial de casos relativos a la pequeña delincuencia o contra la seguridad del Estado, así como, con el consentimiento del acusado (por ejemplo, frente a la reparación del daño), puede acordar con el fiscal suspender la persecución penal.

²² Véase MACÍA, Ramón (dir.), *Sistemas de Proceso penal en Europa*, CEDECS, Barcelona, 1998, pág. 31. En los procesos relacionados con delitos económicos se negocia sobre la recepción de la prueba o el objeto del proceso, pero especialmente sobre el resultado del procedimiento; renunciando a interponer recursos en aras de la celeridad o llegando a un acuerdo para reparar los daños ocasionados, con lo que el acusado puede verse beneficiado con una pena benigna (o incluso el sobreseimiento total o parcial), la suspensión condicional de la pena o la propia aceptación de un caso de menor gravedad. Véase CÓRDOBA, Gabriela, “Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: Libro homenaje a Claus Roxin*, La Lectura y Lerner, págs. 739 y s.

²³ La propuesta procesal del *plea bargaining*, por la que ambas partes del proceso, acusador y acusado, pueden “negociar” en forma quasiprivada la imputación penal y la culpabilidad que se asume o, por qué no, se confiesa. Una vez negociada la culpabilidad o la asunción de la imputación entre acusado y fiscal, entonces fiscal y juez se pondrán de acuerdo —a través de una nueva negociación— respecto a la medida de la pena, que a modo de reconocimiento por la colaboración procesal (más exactamente con la aceleración del proceso) será disminuida. Esta propuesta de negociación de la imputación dentro del proceso penal no es nueva: tiene casi un siglo de vida en distintos estados de Estados Unidos; sin embargo, no había llamado la atención de los sistemas europeos continentales porque introducía elementos propios del derecho procesal civil que se entendían indisponibles en materia penal. En nuestro tiempo, Alemania, Italia, Portugal y —en cierto modo— España (LO 7/1988 de fecha 28 de diciembre) parecen dar muestras evidentes de que no sólo a través del principio de oportunidad se podrán eliminar la crisis y el descrédito del proceso inquisitivo, sino que también resulta necesaria la adopción de la negociación entre las partes del proceso penal, incluso en lo que respecta a cuestiones de tanta importancia material y formal como son la culpabilidad, la determinación de la pena o la realización efectiva de la audiencia oral y la tramitación de la prueba. Los *informelle Absprachen* alemanes

to de la participación en determinados hechos por el acusado traería aparejada una promesa de reducción de la pena por el juez. De esta forma el proceso se vería acortado en su fase contradictoria y de diligencia de la prueba, pero además permitiría una *negociación* sobre su propio objeto.²⁴ Por ello, ante dicha práctica del *acuerdo informal*, y considerando que el legislador alemán desde 1975²⁵ reforma constantemente su procedimiento penal en busca de mayor celeridad, la Ley para la Fijación de Acuerdos Compensatorios entre Autores y Víctimas y para la Modificación de la Ley sobre Instalación de Telecomunicaciones de 20/12/1999 incorporó a la StPO, en los párrafos 153 *a*, ap. 1, nº 5; 155 *a* y 155 *b*, la posible admisión de los hechos por el inculpado.²⁶ Así las cosas, no podemos seguir hablando de *acuerdos informales*, sino de *acuerdos formales* o simplemente *Absprachen*, en los que el fiscal y el imputado (el juez en fase de juicio) pueden negociar la prescindencia de alguna etapa procesal o del propio juicio. Este acuerdo (que puede ser impuesto como condición para la no persecución del hecho) ofrecido por las autoridades encargadas de la persecución debe gozar del beneplácito de la víctima, que tiene la potestad de impedir el arreglo mediante su oposición.²⁷ Esta

se diferencian del *plea bargaining* en que en ellos también participa el juez, pero además no revisten el grado de formalidad que tiene el instituto anglosajón, sino que se basan en la confianza (entre acusador y acusado de que cada uno cumplirá con lo prometido). Asimismo —y esto es muy importante—, el acusado no se declara *guilty plea* (se ha traducido esta expresión como ‘confesión de culpabilidad’, puesto que *plead guilty* significa *confess*, pero también podríamos traducir dicha expresión como ‘imploración de culpabilidad’, por cuanto dentro de los posibles significados de la palabra inglesa *plea* surge como sinónimo *supplication* o *pleading*, que no es otra cosa que *imploring*, según el *Webster's New World Thesaurus*, 3^a ed., Macmillan, 1997), sino que “formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad”. Véase WEIGEND, Thomas, “Abgesprochen Gerechtigkeit. Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?”, en *JZ*, 1990, págs. 744 y ss; en español CÓRDOBA, op. cit., págs. 740 y ss.

²⁴ El Bundesverfahsunsergericht reconoció estos acuerdos en la práctica exigiendo el respeto de determinados principios fundamentales relativos a la igualdad de oportunidades entre los negociadores y los principios relacionados con el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia. Según BverfGe, 27 de enero 1987, *NSfW*, 1987: 419; y la jurisprudencia por sentencia del Tribunal Supremo Federal, Bundesgerichtshof, BGH, 28 de agosto de 1997. En opinión totalmente contraria a la adopción del *plea bargaining* en el sistema penal alemán, Bernd SCHÜNEMANN le atribuye toda la responsabilidad de la crisis en la que se encuentra el Estado de Derecho liberal. Dice textualmente: “[...] los acuerdos lesionan también el contenido material de las garantías procesales. Cuando los acuerdos son realizados, como resulta habitual en Alemania, fuera del juicio oral sin la presencia del acusado ni de los escabíos o también en forma de charla, se lesionan los principios de publicidad, de inmediación y de oralidad, la garantía del juez legal y la posición del sujeto del proceso del acusado que está garantizada por su derecho a estar presente en el proceso. La presunción de inocencia recogida por la Convención de Derechos Humanos también se lesiona por toda iniciativa del juez dirigida a obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral”. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 295 y s. A su vez, TIEDEMANN sostiene la inconveniencia que significa adaptar el *plea bargaining* norteamericano al sistema procesal alemán, puesto que en la praxis no significaría ningún avance en cuanto a la sobrecarga de asuntos en los que los juzgados penales intervienen, y teóricamente sería incompatible con el proceso alemán “reformado de inquisición” y que “reconoce los principios de la investigación de oficio y la búsqueda de la verdad material”. TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 30.

²⁵ Véase GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, en *Sistemas penales europeos*, IV, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002, págs. 250 y ss.

²⁶ Véase ibidem, págs. 253 y 263.

²⁷ Véase ibidem, págs. 263 y s.

potestad de la víctima es de suma importancia, y evita toda cuestión que en aras de beneficiar una justicia más rápida pudiera perjudicar los intereses del ofendido por el delito.

4

LA SUSPENSIÓN PROVISORIA DEL PROCESO PENAL A CAMBIO DE MEDIDAS. EL MODELO REPARACIÓN DEL DAÑO

Manteniéndose respetuosa del principio de legalidad la StPO ha dado ingreso a determinadas manifestaciones del principio de oportunidad²⁸ que han permitido otorgar mayor relevancia a la reparación del daño, en cuanto a la posibilidad de sustituir a través de ella la continuación del proceso y la consiguiente pena, siempre que los intereses de la persecución penal (legalidad) puedan ser satisfechos por otras vías (oportunidad). En lo que a la reparación respecta, se sitúa en el límite entre las sanciones penales y las extrapenales.²⁹ Las últimas se desenvuelven en el campo de las alternativas al castigo; por

²⁸ La oportunidad ingresa al proceso penal alemán en 1924 con el decreto Emminger de 4 de enero, que introdujo el parágrafo 153 StPO, motivada por el objetivo de paliar la crisis económica que había afectado a la administración de justicia alemana y el aumento de la pobreza en la población a causa de la inflación mundial. Estas penosas circunstancias económicas condicionaron un fuerte aumento de la criminalidad de bagatela, que difícilmente fuera contenida recurriendo al principio de legalidad y la finalidad de la pena. Así las cosas, en vista de que el delito respondía a la precaria situación económica de la ciudadanía, el legislador alemán —haciendo gala de su mayor racionalidad— optó por no perseguir la criminalidad menor o de escasa gravedad ontológica. Véase KRÜMPPELMANN, Justus, *Die "Bagatelldelikte". Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966, págs. 204 y ss.; también KUNZ, Karl-Ludwig, *Das strafrechtliche "Bagatellprinzip". Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, págs. 34 y ss. Debemos indicar que similares condiciones a las que vivía Alemania en el período de entreguerras vive hoy gran parte de la América Latina; sin embargo, la racionalidad no ha guiado nunca al legislador latinoamericano (salvo excepciones, como Costa Rica), quien en lugar de adoptar medidas próximas a la oportunidad (que permiten el sobreseimiento de infinidad de situaciones de bagatela, algunas cercanas al estado de necesidad) u otras alternativas desformalizadas, prefiere reforzar el control social, la vigencia del principio de legalidad, de persecución obligatoria y el aumento constante de la entidad de la pena.

²⁹ En otro lugar hemos definido la reparación como el esfuerzo personal, comprometido y voluntario del autor en favor de la restauración, la eliminación o disminución del daño o de los efectos nocivos derivados del delito, sea a través de prestaciones económicas o de prestaciones simbólicas. Véase GALAIN, Pablo, y ROMERO, Angélica, “Reparación y criminalidad organizada. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vols. XXII-XXIII, nº 73, set. 2001-dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, pág. 53, y *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia*, nº 1, año 1, mayo de 2004, Chile, pág. 68.

ejemplo, en forma de pagos impuestos como condición o contraprestación al archivo del procedimiento penal, según dispone el parágrafo 153a StPO.³⁰

Así las cosas, la figura del sobreseimiento (§ 153a StPO) puede ser considerada como una posibilidad que ofrece el sistema penal para renunciar a la tramitación del proceso y declarar la impunidad del delincuente, previa constatación y desaprobación del injusto cometido (aunque no se pruebe formalmente la culpabilidad), siempre que el condenado se someta voluntariamente a la propuesta realizada por el fiscal y consentida por el juez.³¹

Esta norma permite prescindir provisionalmente de la acción pública en determinados delitos (aquellos con penas de privación de libertad inferiores a un año), siempre y cuando el acusado cumpla con las condiciones o mandatos que pudieran exigirse.³² Si estas últimas se pactaran antes de la apertura del procedimiento principal, deberían recibir la aprobación del tribunal encargado de la apertura del procedimiento principal (*Hauptverfahren*). Ahora bien, si se acordaran una vez ejercida la acción, será el Tribunal el que archive provisionalmente el proceso con la aprobación del fiscal y el imputado.³³ A través de la introducción de este parágrafo no se intenta conceder al condenado un determinado beneficio (atenuación de la pena, suspensión condicional de la condena, amonestación con reserva de pena), sino que se le brinda la posibilidad de evitar la condena y archivar los procedimientos en caso de que voluntariamente acepte reparar el daño causado.³⁴ Este archivo de los procedimientos no es definitivo sino provisario, y que adquiera

³⁰ Véase JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5^a edición renovada y ampliada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, pág. 806.

³¹ § 153a (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional) (1): “Con el consentimiento del imputado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al imputado: 1. aducir una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y si no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía da al imputado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1º, núm. 4. La fiscalía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del imputado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el imputado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el imputado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2º”.

³² Las condiciones o mandatos se encuentran taxativamente enumeradas en el parágrafo 153a StPO y, si debiera respetarse el orden de prelación en el que han sido establecidas, la reparación del daño estaría en el primer lugar.

³³ Véase, BONET, Margarita, *La víctima del delito. (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 39. De todas formas, por imperio de la ley, siempre que el sobreseimiento sea condicional se requerirá la aceptación del imputado.

³⁴ Según PÉREZ SANZBERRO, la aplicación del principio de oportunidad en estos casos es una prolongación del principio material de *ultima ratio*, lo que demuestra la estrecha relación que existe entre el Derecho penal material y

la calidad de definitivo depende del cumplimiento de determinadas obligaciones que el juez puede imponer al condenado.³⁵

Se debe dejar en claro que será la Fiscalía la que dispondrá de este beneficio procesal toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente. Si ésta hubiera sido interpuesta, es el juez de la causa quien pueda disponer de este instituto.³⁶ Por tanto, se trata de una forma del tipo consensual que puede darse bajo una forma triangular entre el fiscal, el juez y el acusado, en la que se ofrece al imputado la posibilidad de archivar la causa (como si se tratara de un archivo por falta de pruebas) a cambio de determinadas prestaciones. Sin lugar a dudas, disposiciones como ésta permiten el desarrollo de elementos propios de una *negociación* en un proceso dominado por la legalidad, aunque con ribetes de oportunidad como el presente párrafo 153a y ss. StPO.³⁷

Por lo tanto, el fiscal puede sobreseer provisionalmente el proceso siempre que el delincuente —entre otras posibles obligaciones— se decida a reparar el daño causado a la víctima.³⁸ Ahora bien, la víctima, que no participa de la formación del consenso, en caso

procesal, al valorarse la culpabilidad en una fase temprana del procedimiento a efectos de renunciar no solo a la pena sino al propio ejercicio de la acción penal. Véase, PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, pág. 96; también GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Culpabilidad, legitimación y proceso”, en ADPCP, 1988, pág. 112. De otra opinión es ROIG, quien lo incluye entre los supuestos de sustitución de la pena. Véase ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)*, Tirant, Valencia, 2000, pág. 403.

³⁵ En verdad *este procedimiento no concluye con una resolución judicial sino del fiscal*, a pesar de que existe un control del juez, que debe prestar su conformidad. Este hecho puede traer alguna complicación en el sentido de que el archivo condicional (sujeto al cumplimiento de condiciones o mandatos, § 153a StPO) tiene la misma validez que una sanción penal (a la que en definitiva sustituye). En opinión de SCHÖCH y FEZER, citados por AMBOS, Kai, “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, nº 3, págs. 552 y ss. Según KUNZ, estas obligaciones a imponer al inculpado dependerán de la medida de la culpabilidad. Véase PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 105.

³⁶ § 153a (2): “Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculpado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobadas por última vez, y al mismo tiempo puede otorgar al inculpado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1º, inciso 1º. Se aplican análogamente el apartado 1º, incisos 2º hasta 5º. La solución según el inciso 1º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4º también es válido para una constatación de que, según el inciso 1º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas”. (3): “Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones”.

³⁷ De todas formas hay que aclarar que este párrafo no indica que el fiscal pueda optar por no ejercer la acción penal, sino que va mucho más allá, al permitir la imposición de una condición (o mandato) o la decantación por el ejercicio de la acción penal. Las posibilidades que otorga la norma en cuestión y el poder de disposición que ha obtenido el representante del Ministerio Público respecto al procedimiento han llevado a algún autor a preguntarse si en Alemania el fiscal se ha convertido en un juez que actúa delante del juez. Véase KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Duncker & Humblot, 1980, págs. 61 y ss. De todas formas, cabe decir que dicha negociación está limitada a la aceptación voluntaria de instancias de reparación que permitan suspender el procedimiento y prescindir de la pena; por lo tanto, no hace referencia al objeto del proceso, como sí permite el *plea bargaining*.

³⁸ Esta opción no ha estado libre de críticas, principalmente de algunos penalistas que se oponen a las soluciones formales para los problemas del Derecho penal material. Véase KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, pág. 465. Incluso se llega a decir que podríamos estar frente

de disconformidad con la reparación practicada podrá siempre acudir a la vía civil pertinente para realizar la reclamación del caso, aunque no puede impedir la suspensión del proceso.

En la práctica, y esto es de mucha importancia, además del acuerdo entre fiscal y juez se requiere la aceptación del autor de llevar a cabo la reparación. Es decir, la aceptación voluntaria del presunto autor es condición indispensable para la suspensión del proceso. Ésta es la base de todo este sistema, hasta tal punto que, si ella no se produce, debería proseguir el proceso.³⁹

La disposición del 153a StPO, pese a las críticas de la doctrina mayoritaria,⁴⁰ es bastante utilizada por los operadores penales alemanes; sin embargo, éstos no recurren a la reparación del daño como obligación a imponer al autor, sino que se decantan generalmente por el pago de una suma de dinero a una entidad de beneficencia pública, puesto que se entiende que con mayor facilidad determinados delincuentes podrán hacer frente a pagos cuasisimbólicos que a la reparación del daño causado a la víctima. Según se dice, se intenta que el imputado pueda cumplir con la obligación que permita que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo.⁴¹

a una disposición normativa que beneficia sólo a los autores con poder adquisitivo. Véanse, SCHMIDHÄUSER, *JZ* 28. Jg., 1973, pág. 529; TIEDEMANN, *ZStW*, 86, 1974, pág. 302; WALTER, *ZStW*, 95, 1983, pág. 32, todos cit. por KUBINK, op. cit., pág. 466.

³⁹ Véase, ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pág. 128.

⁴⁰ Véase RIEB, Peter, "Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, págs. 93 y ss. Especialmente por el hecho de haber legalizado la posibilidad de imponer sanciones cuasipenales, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal, sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB, sino que lo criticado es que no haya una declaración previa de ésta antes de imponer obligaciones al inculpado. Además, se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica en vista de las extraordinarias facultades de que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico. Véase, PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 111.

⁴¹ Se habla de cifras que superan el 90% para la obligación de pagar una suma de dinero a instituciones de beneficencia y de poco más del 0,5% para la reparación del daño. Entre otros KAUSCH, op. cit., pág. 115 y ss.

5.

**EL ACUERDO ENTRE LAS PARTES DEL DELITO.
EL MODELO CONCILIACIÓN AUTOR-VÍCTIMA**

En cuanto refiere al Código Penal, en el *Strafgesetzbuch* (StGB) el § 46a resalta la importancia de la posibilidad de que autor y víctima pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio (*Täter-Opfer-Ausgleich*),⁴² agregando a la circunstancia de la atenuante la de prescindir de la pena cuando no se haya incurrido en pena grave como puede ser la privación de libertad de hasta un año o multa de hasta 360 días-multa.⁴³ Este párrafo, en atención a la dosimetría penal alemana, permite abarcar supuestos de hecho que van más allá del delito de bagatela, pero además, las consecuencias del delito no tienen por qué haber afectado al autor, como sucede en el § 60 StGB.⁴⁴ A través del parágrafo 46a StGB ingresa al sistema penal alemán un fuerte estímulo a favor de la reparación del daño, erosionando el muro que desde Binding se había levantado por parte de la doctrina entre el Derecho penal y el Derecho civil, mientras que de forma mediata se favorece la situación de la víctima, que puede verse resarcida en el proceso penal tras el delito. La norma en cuestión se desgaja en dos supuestos que atañen a la reparación del hecho por el autor, que deben ser diferenciados: a) en el primero, se requiere de la reparación del hecho tras esfuerzos

⁴² Sin embargo, pese a esta modificación de la “Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO und anderer Gesetze” (VBG) (Verbrechensbekämpfungsgesetz o Ley para la Modificación del Código Penal, de la Ordenanza Procesal Penal y de otras leyes [Ley para la Lucha contra el Crimen del 28/10/1994] que permitieron la posibilidad de prescindir de la pena o de suspenderla condicionalmente en caso de reparación siempre que se trate de penas privativas de libertad de hasta un año), que implantó en el ordenamiento penal alemán el parágrafo 46a StGB, aún hoy el legislador alemán no ha introducido ninguna norma procesal relacionada con dicha norma de derecho penal material. Véase ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 525.

⁴³ § 46a, Acuerdo indemnizatorio entre autor y víctima, reparación del daño. “Si el autor: 1. en su empeño para lograr un acuerdo indemnizatorio con el lesionado (arreglo autor-victima) ha *reparado su hecho* enteramente o en su mayor parte o está aspirando seriamente a su reparación; o 2. en el caso en que la *reparación del daño* haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 párrafo primero o puede prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios”. El destacado es nuestro.

⁴⁴ § 60, Exclusión de pena: “El tribunal puede prescindir de pena si las consecuencias del hecho que el autor ha sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho punible en una pena privativa de la libertad superior a un año”.

del autor por intentar la conciliación con su víctima;⁴⁵ b) en el segundo, la reparación del daño ha de haber supuesto un esfuerzo personal para el autor.⁴⁶

En la práctica se emplea generalmente este § 46a StGB, y el § 56.2 StGB⁴⁷ se utiliza particularmente en los casos en los cuales es infructuoso el empeño del autor por reparar el daño, aunque sobre determinados presupuestos también el mero empeño de reparar puede conducir a la atenuación de la pena (§ 46 StGB) o a su remisión (§ 56b, suspensión bajo condiciones).⁴⁸

Por tanto, mientras el 153a StPO se decanta por una *solución negociada* del conflicto entre las partes procesales (fiscal-delincuente),⁴⁹ que permite en el mejor de los casos el archivo del proceso, el 46a del StGB se afilia a una *solución conciliadora* entre los involucrados por el delito (autor-victima), que repercute en la medida de la pena y en la posible prescindencia de ésta.

⁴⁵ En éste el legislador pondera la reconciliación entre las partes, hasta tal punto, que se refiere a la *reparación del hecho*, lo que puede ser interpretado como que también interesa la reparación de los perjuicios immateriales derivados del delito. Este hecho estaría demostrando que en la ocasión la reparación tiene un contenido más amplio que la indemnización civil de la víctima, además de aceptar supuestos en los que la víctima se niegue a aceptar la reparación o cuando el autor carece de recursos financieros. Véase, PÉREZ SANZBERRO, op. cit., págs. 146 y ss.

⁴⁶ Aquí el legislador se refiere a la *reparación del daño*, lo que denota que ahora sí importa la satisfacción de los efectos materiales del delito, pero además, con el objetivo de exigir algo más que la simple satisfacción económica, se requiere que la reparación se haya logrado (totalmente o prácticamente en su totalidad) de manera voluntaria, pero habiendo significado un especial esfuerzo para el autor. De esta forma se logra que un delincuente adinerado sienta el carácter sancionatorio de la medida, que puede cristalizarse en determinados trabajos voluntarios en beneficio de la sociedad o alguna restricción de su tiempo libre (por ejemplo, efectuar dichas tareas en tiempo de vacaciones). Por tanto, este inciso no sólo se contenta con la indemnización material del daño, sino que ésta tiene que haberse logrado tras un esfuerzo personal del delincuente. Véase, ROIG TORRES, op. cit., pág. 406, nota nº 134.

⁴⁷ § 56.2: “El tribunal puede también, conforme a los presupuestos del párrafo primero, suspender por libertad a prueba la ejecución de una pena privativa de la libertad más alta que no sobrepase los dos años, cuando de acuerdo con la valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor existan circunstancias especiales. En la sentencia deben considerarse también particularmente los esfuerzos del condenado por reparar los perjuicios causados por el hecho”.

⁴⁸ Véase JESCHECK y WEIGEND, op. cit., pág. 966.

⁴⁹ Aunque debe aclararse que el Ministerio Público alemán no es considerado parte del proceso, ya que, además de averiguar las circunstancias y hechos que demuestren la culpabilidad del imputado, está obligado a encontrar aquellos que hablen a su favor (§ 160.2 StPO). El fiscal alemán es un funcionario público que depende jerárquicamente de un fiscal general federal; por tanto, no goza de independencia, pues responde a un superior. Si bien debe tener la misma capacidad que se exige a los jueces, no pertenece al Poder Judicial. Cada fiscal tiene un espacio de competencia en conexión territorial con los juzgados y tribunales (§ 141 y ss GVG). Véase GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, IV, 1999, Madrid, págs. 128 y ss.

6.

EL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL PORTUGUÉS

Con la entrada en vigor (1 de enero de 1988) de la reforma del Código del Proceso Penal (aprobado por decreto-ley 78/87 de 17 de febrero), el sistema procesal penal de Portugal se decanta por el modelo de proceso que goza en la actualidad de mayor reconocimiento en los países europeo-continentales y en el Consejo de Europa.⁵⁰ Este nuevo modelo procesal parte de la distinción entre la pequeña (y mediana) criminalidad y la criminalidad grave, ajustando la primera a soluciones de consenso y la segunda a la tradicional manera de resolver el conflicto. Por ello, ambas formas de aparición del delito debían obedecer a un tratamiento procesal diferente, cumpliendo con los mandatos de desburocratización, simplificación, desformalización, celeridad, participación, oportunidad y consenso, como característica principal de la justicia penal del nuevo siglo.⁵¹

Respondiendo a una estructura acusatoria que delimita funciones al fiscal,⁵² al juez de instrucción⁵³ y al juez encargado de la sentencia, mejora la posición del imputado y

⁵⁰ Véase ALMEIDA COSTA, António, “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, en *RPCC*, 4 fasc. 2, 1994, pág. 199. Recuérdese la recomendación R 87 de septiembre de 1987 relativa a la simplificación de la justicia penal, en la que se pronunció el Consejo de Europa a favor de los procesos abreviados y las soluciones de consenso. Asimismo, la recomendación R 92 del Consejo de Europa respecto a las sanciones y medidas de ejecución en la comunidad. En ese sentido, el sistema penal portugués adoptó la suspensión provisoria del proceso (artículos 281, 282 CPPP), la sustitución de la pena de multa por días de trabajo (artículo 48 CPPort.), la prestación de trabajo en beneficio de la comunidad (artículos 58, 59 CPPort.), la suspensión de pena (artículos 50 a 58 CPPort.), la libertad condicional (artículos 61 a 65 CPPort.), la libertad a prueba (artículo 98 CPPort.) y la suspensión de la ejecución de internamiento (artículo 98 CPPort.).

⁵¹ Véase LOPES DA MOTA, José Luís, “A revisão do Código de Processo Penal”, en *RPCC* 8, fasc. 2, abril-junio 1998, pág. 165. En ese sentido los *processos sumaríssimos* (artículo 392 CPPP) para aquellos delitos punibles con penas de prisión no superiores a tres años o con pena de multa, en los cuales el fiscal puede solicitar una pena o medida de seguridad no privativa de libertad, que deben contar con la aprobación del juez y del imputado. Por tanto, se prescinde de la instancia oral y el “*despacho de concordância do juiz vale como sentença condenatória com imediato trânsito em julgado [...]*”. Véase MIRANDA PEREIRA, Luis, “Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção”, en *RPCC*, 8, fas. 3, julio-setiembre 1998, pág. 449.

⁵² El fiscal dirigirá las investigaciones en la etapa de investigación (*inquérito*) preliminar a la solicitud de procesamiento o archivo.

⁵³ El juez de instrucción tiene el dominio de la etapa o fase de instrucción, aquella que tiene lugar entre el *inquérito* y el juzgamiento. En esta última, consecuencia de la solicitud del imputado o la víctima personada en el procedimiento (*assidente*), a efectos de que se comprueben judicialmente los términos en que el fiscal ha decidido la acusación o el archivo del *inquérito*. En los hechos, opera principalmente como un juez de garantías.

otorga beneficios procesales a la propia víctima. Ahora toda la fase de investigación pasó a corresponder al Ministerio Público.⁵⁴ Pero para este cambio de tareas, dicho órgano se convirtió en autónomo, es decir, se ubicó fuera de la órbita del Poder Ejecutivo,⁵⁵ tal como exige en la doctrina española Gómez Colomer, como uno de los requisitos esenciales para la aceptación del principio de oportunidad.⁵⁶

Entiendo que esta reforma es fundamental para aceptar cualquier modelo procesal que permita un correcto ejercicio de la oportunidad y de instancias de consenso, pues separa la función de búsqueda de la verdad procesal (sea material o consensual) de los intereses del Poder Ejecutivo, que muchas veces pueden ir en sentido contrario a este propósito. De esta forma, se puede aceptar la introducción de instancias de consenso y

⁵⁴ El Ministerio Público, según la ley 39/78 de 5 de julio y ley 47/86 de 15 de octubre, se convirtió en órgano autónomo de justicia y en una magistratura paralela e independiente a la judicial, sujeto a idénticos criterios de objetividad y legalidad. Según dispone el artículo 53 CPPP, el Ministerio Público debe colaborar con el juez en la función de descubrir la verdad y la realización del Derecho, obedeciendo en cada una de sus intervenciones a criterios de estricta objetividad. Esto significa que su interés no se reduce a deducir una acusación, pues coexiste —como sucede en el sistema procesal penal español— con la figura del acusador particular (artículo 50 CPPP). Como se ha dicho: “*Ao Ministério Público compete decidir sobre o inquérito, segundo critérios de legalidade e objetividade, arquivando o processo ou deduzindo acusação, ou, então, optando por soluções de tratamento informal (suspenção do processo) ou simplificado (processo sumaríssimo)*”. Véase LOPES DA MOTA, op. cit., págs. 166, nota 10, y 167.

⁵⁵ Según FIGUEIREDO DIAS, el Ministerio Público no debería seguir perteneciendo al Poder Ejecutivo, sino constituirse —como sucede en el modelo portugués— en un órgano autónomo. Como dice: “*Mas um ministério público (típico dos modelos inquisitórios) que constitua a longa manus do poder político, o simples mandatário dos interesses do Executivo tal como este os avalia em cada processo penal concreto e o seu fiel executor na teia do tribunal, do qual deve então fazer parte em posição absolutamente paritária como a dos juízes esse ministério público, peça fundamental da abominável ‘justiça do Gabinete’, conduz a uma pobre caricatura do processo penal democrático, representa um perigo incontornável para os direitos das pessoas (em especial do arguido, a quem torna inevitavelmente em mero objecto do processo) e, o que nem sempre se quer compreender, põe em causa, por apego à descoberta da ‘verdade material’, a verdade processual e, em definitivo, a realização da justiça*”. Véase FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, en RPCC, 8, fasc. 2, abril-junio 1998, pág. 206.

⁵⁶ GÓMEZ COLOMER expone en detalle los pro y los contra del aumento de poderes del fiscal en el proceso penal español, y concluye que lo realmente importante, más allá del órgano encargado de la instrucción sumarial, es la manutención de un proceso penal propio de un Estado de Derecho. Aunque: “a) Mientras no se deroguen los artículos 8, 14.2, 29.1, 34-1º, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su artículo 124.2); b) Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial; c) Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico; d) Mientras que siga instruyendo la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España [...]; h) Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales [...] somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas”. Véase GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El Ministerio Fiscal ¿Eje de la reforma procesal penal?”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*, págs. 36 y ss. Como dice el profesor español: “[...] para lograr un sistema válido hay que desvincular ante todo e inmediatamente al Ministerio Público investigador del proceso penal del Poder Ejecutivo, y eso parece muy difícil, al menos en mi país. Si no lo logramos, las causas contra el poder pasarán a ser un mero recuerdo o pura farsa”. Véase “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, en *Revista del Poder Judicial*, 64, 2001, pág. 221.

oportunidad, pues la actuación del fiscal estará regida por criterios de legalidad y objetividad, sin peligro de que su función se confunda con la de un simple ejecutor del *ius puniendi* estatal.

Junto con este cambio de “mando” de los poderes inquisitivos en la etapa previa al procesamiento (*inquérito*), se ofrecieron distintas alternativas dentro del proceso penal, generalmente en procura de mayor celeridad en los casos de pequeña y mediana criminalidad. Tradicionalmente, en todo proceso, culminada la fase de investigación correspondía al fiscal decidir entre la deducción de la acusación o el archivo; sin embargo, con la creación de los artículos 281 y 282 CPPP, el fiscal puede ahora proponer la suspensión provisional del proceso, cuando determinadas condiciones así lo permitan. Esta reforma obedece a la búsqueda de *soluciones de consenso* que permitan la protección de los bienes jurídicos y la resocialización de los delincuentes en casos en que la culpa y el delito no sean de entidad. De esta forma se pueden proponer medios menos graves que la pena sin renunciar a los fines que ésta pretende conseguir.⁵⁷

Para que proceda la suspensión del proceso, el fiscal tendrá en cuenta principalmente la gravedad del injusto, la dañosidad social, la culpabilidad presunta y las exigencias de prevención. El artículo 281 dice textualmente: “*1. Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou como sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de antecedentes criminais do arguido; c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) Carácter diminuto da culpa; e e) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir*”. Por tanto, para que dicha norma pueda ser aplicada por parte del Ministerio Público se requiere constatar: a) que se trate de una causa punible hasta con cinco años de privación de libertad o con pena no privativa de libertad; b) que exista consenso en la suspensión, por parte del imputado, la víctima y del juez de instrucción; c) que el imputado sea un delincuente primario, es decir, que carezca de antecedentes penales; d) que no se requiera de una medida de seguridad de internamiento; e) que se verifique el carácter leve de la culpa; y f) que sea de prever que con el cumplimiento de condiciones y reglas de conducta se satisfagan las exigencias de prevención general que sean del caso.

⁵⁷ Véase DE MORAES ROCHA, João, “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, en RPCC, 9, fasc. 1, enero-marzo 1999, pág. 110.

El artículo 281 exige la aceptación del presunto responsable de las posibles condiciones o reglas de conducta que pueden convenir entre el fiscal y el juez de instrucción. En la práctica, es el fiscal quien propone la suspensión del proceso a cambio de la realización de determinadas condiciones o reglas de conducta, que requieren de la conformidad del juez. Pero uno de los hechos más destacables es que, en el mismo acto en que se recaba la aceptación del presunto delincuente, se consulta a la víctima del delito, que se ha constituido en parte en el proceso.⁵⁸ De esta forma, a diferencia del modelo alemán, la víctima, constituida en sujeto procesal *asistente*, tiene la potestad de oponerse a la suspensión del proceso.⁵⁹ Pero además, podría darse en la práctica una especie de *conciliación* o *negociación* entre las partes en el momento de decidir las obligaciones o reglas de conducta a ser impuestas, entre las que en el artículo 281.2a figura en primer lugar la realización de actos de reparación.⁶⁰

Por tanto, el artículo 281 no sólo abre la posibilidad de una vía alternativa al proceso tradicional, sino que puede dar lugar a una *solución de consenso*, que colme tanto las expectativas del autor como de la víctima.⁶¹ Esta *solución de consenso* no obedece tanto a motivos de celeridad o de desvío de la estructura del proceso tradicional como a la pretensión de fomentar el diálogo entre las partes a lo largo del proceso. El legislador portugués ha pretendido crear un clima de respeto de la igualdad de oportunidades, de respeto de los intereses propios frente a decisiones que pueden llegar a afectar sus derechos. Se trata de potenciar el debate, la ecuación argumentación-contraargumentación, el discurso cargado

⁵⁸ En el artículo 68 del CPPP se determina quiénes pueden constituirse en sujeto procesal por haber sido víctimas de un delito. En el artículo 69 se determinan las atribuciones de éstos, que intervendrán como colaboradores del Ministerio Público, pudiendo aportar pruebas, deducir acusación independientemente de la acusación fiscal e interponer recursos siempre que sean afectados por una resolución judicial. La figura del *assistente* debe ser diferenciada de la parte civil, la que se regula en los artículos 71 y ss., y se relaciona con el pedido de indemnización civil *ex delicto*.

⁵⁹ En la práctica no es frecuente que la víctima se oponga a la suspensión provisional del proceso; así al menos lo demuestran algunas estadísticas oficiales, donde se puede apreciar que el 49% de las víctimas manifestó su disposición a participar en encuentros de mediación con el delincuente, con el objetivo de obtener la reparación de los daños sufridos. Véase CRUCHO DE ALMEIDA, Maria Rosa, y ALÃO, Ana, *Inquérito de Vitimação 1994*, Gabinete de Estudos e Planejamento do Ministério da Justiça.

⁶⁰ Estas imposiciones o reglas de conducta tienen siempre el límite del principio de dignidad, pues no podrán imponerse aquellas que —aunque cuenten con la anuencia del imputado— sean vejatorias de su dignidad. Véase DE MORAES ROCHA, op. cit., pág. 111.

⁶¹ La doctrina portuguesa apunta cuatro razones fundamentales para resaltar dicha solución de consenso: “1. Contribuir para evitar o estrangulamento do normal sistema de aplicação da justiça penal; 2. Imprimir maior rapidez na resolução dos conflitos; 3. Reduzir ao máximo a estigmatização social do arguido e intensificar a perspectiva da sua reabilitação, da sua “reintegração na sociedade”; 4. Dar melhor resposta aos interesses das vítimas”. Véase RUI DO CARMO, Fernando, “O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)”, en *RMP*, nº 81, Lisboa, 2000, pág. 134.

de significado. “*O processo judicial tem de adaptar-se às regras do discurso prático geral de que constitui um caso específico. Tais regras, que podem elaborar-se a partir de uma teoria processual da argumentação, econtram-se plasmadas, como as necessárias peculiaridades, nas normas que regem o processo*”.⁶²

7.

EL SISTEMA PROCESAL PENAL URUGUAYO

En el Código del Proceso Penal uruguayo (CPP) rige el principio de oficialidad (artículo 6 CPP, según redacción dada por la ley 16.893 de 1997), por lo que necesariamente el representante del Ministerio Público deberá llevar adelante el ejercicio de la acción penal.⁶³ A modo de excepción, en el artículo 49 CPP (redacción dada por la ley 16.893) se establece la posibilidad de renuncia a dicha acción, siempre que se cumplan las condiciones allí expresadas.⁶⁴ De esta forma se ha pretendido incluir, siguiendo la tendencia internacional, alguna instancia de oportunidad que exima de la solicitud de pena o permita el archivo de la causa, lamentablemente limitada a los delitos culposos que hubieran significado una grave aflicción al autor. A su vez, la redacción del inciso primero (“Si se tratare de delito culposo que hubiere irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena”) considera los fines de la pena únicamente desde su aspecto aflictivo, desconociendo toda la moderna discusión doctrinaria de la teoría de la pena.

⁶² Véase MIRANDA RODRIGUEZ, Anabela, “Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso”, en *RPCC*, 6 fasc. 4, octubre-diciembre 1996, pág.531.

⁶³ Esto significa que la víctima no puede personarse en la causa como acusador privado.

⁶⁴ Artículo 49: (Principio de oportunidad): “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 243.1, en la audiencia por Resolución de situación del imputado, el Ministerio Público renunciará al ejercicio de la acción penal, en los supuestos siguientes: 1º) Si se tratare de delito culposo que hubiere irrogado al imputado una grave aflicción, cuyos efectos puedan considerarse mayores a los que persigue la aplicación de una pena. 2º) Si se tratare de delitos de escasa entidad, siempre que considere que no hay interés público prioritario que justifique su ejercicio. En los supuestos de delitos contra la propiedad, se requerirá, además que no hayan sido cometidos con violencia y que el imputado hubiere indemnizado satisfactoriamente a la víctima o a sus sucesores. 3º) Si hubieren transcurrido cuatro años de la comisión del hecho y presumiblemente no hubiere de resultar pena de penitenciarla, y no concurrieren algunas de las causas que suspenden o interrumpen la prescripción”.

El legislador nacional debe tener en cuenta que la oportunidad en el proceso penal no es únicamente una potestad del fiscal, sino que puede ser limitada expresamente por la ley (*oportunidad reglada*) y, de esta forma, convertirse en un poder-deber para el Ministerio Público. Así considerada, la oportunidad ingresa al sistema penal como una limitación a la legalidad, en contadas situaciones que son determinadas por el legislador. Asimismo, se permite llegar a formas *consensuadas de resolución* del conflicto, con el objetivo de: a) evitar el juicio oral y llegar directamente a la sentencia (previa negociación entre las partes de la medida del castigo), y b) suspender provisional o condicionalmente el proceso a cambio de prestaciones resocializadoras que el presunto delincuente debe realizar. Esta suspensión provisional del proceso es la que permite sin mayores problemas el ingreso de la reparación del daño, que se considera una condición para llegar al archivo definitivo de aquél.

El principio de oportunidad reglado (determinado por ley) tiene la ventaja de contribuir a la descarga del aparato judicial, evitar los efectos perniciosos de las penas cortas privativas de libertad, procurar una mejor rehabilitación del delincuente, acortar la duración del proceso y las dilaciones indebidas, pero, además, favorece la reparación a la víctima.

8.

EL OBJETO DEL PROCESO PENAL URUGUAYO

Como objeto del proceso, el sistema uruguayo se aboca a la búsqueda de la verdad material —asombrosamente, en los tiempos que corren— a través de un juez inquisidor que dirige la búsqueda de pruebas incriminatorias para luego decretar —a pedido del fiscal— el procesamiento del indagado. Y, por si fueran insuficientes las dotes de inquisidor del juez nacional, se le encarga que dicte la sentencia definitiva.

En cuanto al procesamiento, éste generalmente conlleva la prisión preventiva (artículo 71 del CPP), que lamentablemente sigue siendo la *regla no escrita* que acompaña a todo imputado. Además, como si fuera poco, el legislador ha limitado las posibilidades de la excarcelación provisional del privado de libertad por sucesivas leyes que restringen cada

vez más los posibles beneficiarios de este instituto.⁶⁵ En cualquier otra situación, siempre que se trate de un reincidente o que tuviera una causa anterior en trámite, el procesamiento conllevará prisión preventiva. El CPP, entre otros yerros, no diferencia entre un reincidente que previamente ha cometido un delito de escasa gravedad ontológica y uno que ha realizado un crimen de gran magnitud; sea lo que fuera el anterior delito —sin necesidad de condena definitiva, ya que una causa pendiente tiene el mismo sentido que una condena firme—, la nueva comisión de cualquier tipo de delito traerá aparejada la privación de libertad. Entiendo que se incurre en un grave error legislativo al no diferenciar entre distintas naturalezas delictivas, ya que no es de buena política criminal enviar a prisión a un sujeto que pudiera haber cometido dos delitos insignificantes o de bagatela, que perfectamente podrían solucionarse con una medida alternativa, por otra parte, más efectiva y menos costosa para el Estado que el encierro en una desbordada prisión estatal.⁶⁶

Recientemente, la ley 17.726 (publicada en el *Diario Oficial* el 7 de enero de 2004), de “Medidas alternativas a la prisión preventiva”, ha intentado poner freno a la sobreutilización de dicho instrumento cautelar como una auténtica pena —además, pena anticipada y, por tanto, violatoria del principio constitucional de presunción de inocencia—. Sin embargo, no ha sustituido a la prisión preventiva,⁶⁷ por lo que la nueva ley arrastra todos los inconvenientes que dicha privación de libertad sobrelleva cuando es utilizada de forma contraria a su naturaleza cautelar y provisoria. De todas formas, cuando la prisión preventiva puede ser sustituida por otra medida, se acepta en el artículo 3c la *restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito*, que he interpretado como una especie de reparación en sentido penal.⁶⁸ No obstante lo dicho, debe ser bienvenida la reparación como medida sustitutiva de la pena de privación de libertad,⁶⁹ ya que toda medida que

⁶⁵ Ley 15.859 de 1987 y ley 16.058 de 1989. La Ley de Seguridad Ciudadana, nº 16.707, hizo aún más restrictivas las posibilidades de obtener una excarcelación durante el tiempo que dure el proceso, al modificar los artículos 138 y 139 del CPP. Por su parte, el artículo 71 CP establece los casos en los que no se impondrá el procesamiento con privación de libertad.

⁶⁶ La gravedad ontológica del delito sería un buen punto de partida para establecer las penas alternativas o no privativas de libertad. Si se parte de la utilización del principio de proporcionalidad entre el daño causado (desvalor de resultado), el modo de comisión (desvalor de acción) y la importancia del bien jurídico lesionado, entonces no tendría por qué —*a priori*— descartarse como posibles beneficiarios a los reincidentes.

⁶⁷ La sustitución de la prisión preventiva, según dispone el artículo 2 de la ley 17.726, es una facultad del juez que debe guardar relación con la gravedad del hecho y la entidad del daño, que a su vez queda condicionada a los siguientes supuestos: a) que el juez estime que no habrá de recaer pena de penitenciaría o cuando el mínimo de pena previsto no sea de penitenciaría; b) que se trate de un primario (absoluto o legal).

⁶⁸ Véase GALAIN, Pablo, “La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, en PREZA, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, FCU, Montevideo, 2005, págs. 223 y ss.

⁶⁹ La reparación como medida alternativa podrá sustituir a la prisión preventiva o a la pena definitiva, por lo que el legislador permite evitar la privación de libertad cuando ésta tiene naturaleza cautelar (prisión preventiva) o cuando tiene naturaleza de pena (artículo 9). En la praxis, la casi totalidad de las sustituciones se otorgarán en el momento de

cumpla con los fines de la pena y signifique un sacrificio menor (principio de necesariedad) debe ser mejor considerada que la pena privativa de libertad.

Ahora bien, como ya se dijo, cualquier solución alternativa que se pretenda para la privación de libertad debería partir de la sujeción de la prisión preventiva a su estricta naturaleza cautelar, esto es, cuando realmente es necesaria a efectos procesales, y no como un *adelanto de pena*. De otra forma, las alternativas propuestas arrastrarán todos los problemas e inconvenientes derivados de la hiperutilización del instituto cautelar-preventivo; entre las más objetables, una vulneración notoria del *principio de inocencia*. En efecto, el *procesado* que cumpla con los requisitos exigidos para acceder al beneficio alternativo deberá aceptar la alternativa propuesta o sufrir la privación de libertad que se pretende evitar, y esto sin haber sufrido una condena penal en contra; por lo tanto, podría ser conminado a la “restitución de la situación jurídica anterior a la comisión del delito”, sobre la base de una presunción de culpabilidad. Pero además, el objetivo de estas alternativas es preponderantemente preventivo especial positivo o resocializador, esto es, el fin de la pena que —por excelencia— se pretende con la ejecución de ésta; con la salvedad de que es perseguido en ocasión de la sustitución de una medida cautelar de mero aseguramiento.

Así las cosas, se debe remarcar que cualquier alternativa a la privación de libertad será bienvenida, pero también que la política criminal uruguaya debe empezar a recorrer un camino más cercano a la ciencia penal y alejarse definitivamente de propósitos exclusivamente políticos. Una vez empezado a recorrer este camino, podrán corregirse todos los desatinos legislativos, especialmente procesales, e intentarse mayores niveles de coherencia sistémica.⁷⁰ Que no se sigan *falseando etiquetas* y llamando *medida cautelar* a lo que se

decidir el procesamiento, puesto que, aunque queramos evitar el fraude de etiquetas y convencernos de la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, en nuestro sistema —lamentablemente— ésta es la verdadera y única pena.

⁷⁰ La política criminal uruguaya es tan incongruente que pretende defender a rajatabla la condición secreta del presumario (artículo 113 CPP) y sin embargo adhiere al Pacto de San José de Costa Rica, convertido en ley 15.737, el cual dice establece que no hay etapas reservadas en el proceso penal; por su condición de posterior, éste derogaría al mencionado artículo 113 CPP. De la misma opinión, GREIF, Jaime, *Principios y mitos en el proceso penal. Contribución al tema III de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. La Paloma (Rocha), 19-22 abril de 1995*, FCU, Montevideo, pág. 11. La reciente ley 17.773 de mayo de 2004, en artículo único que sustituye al 113 CPP, como un gran avance autoriza al defensor la consulta del expediente presumarial que mantiene su carácter de “reservado”. Sin embargo, para continuar en el camino incorrecto de la falta de garantías, permite al juez bajo resolución fundada impedir dicho acceso si entendiera que puede frustrar pruebas a diligenciar. Como se ve, el legislador uruguayo sigue creyendo en la mala conciencia del indagado y de su abogado defensor, por lo que no abandona el método secreto y falso de las garantías mínimas para preservar el éxito de la instrucción o por el afán de condenar a como dé lugar. Durante todo el tiempo de la investigación secreta, el fiscal tiene acceso (y participa) de ella. Para completar el dislate, establece que el carácter reservado no podrá durar más de un año, y que en ese tiempo el juez velará por la igualdad procesal entre las partes del proceso.

aplica como castigo retributivo-preventivo, para que las alternativas venideras estén más próximas a solucionar un problema de fondo, antes que cargar a sus espaldas con las mismas críticas que la doctrina ha realizado al instituto que pretenden sustituir. De no actuar el legislador sobre la base de la política criminal académica —esto es, científica, respetuosa de los principios básicos emanados de la Constitución (por ejemplo, el de presunción de inocencia), coherente con las necesidades sociales y sin crear nuevas antinomias sistémicas—, seguirá intentando tapar el sol con las manos, y quienes tenemos la obligación científica de ejercitar nuestra función universitaria en forma crítica (no meramente exegética-descriptiva) seguiremos reclamando las mismas cosas.

Por tanto, si consideramos que el proceso penal y las clases de penas que derivan del derecho penal material dicen de la conciencia jurídica de un pueblo y el grado democrático de la nación, y si tenemos en cuenta que el modo en que el Estado juzga a sus ciudadanos refleja el nivel de cultura jurídica de la sociedad, entonces debemos coincidir en que el proceso penal uruguayo necesita de una redefinición democrática.⁷¹ Como ha dicho Gonzalo FERNÁNDEZ, para que el sistema procesal uruguayo ingrese de una buena vez en la vida democrática, habrá que proceder a una redefinición de los roles y a una nueva división de funciones.⁷² Lamentablemente, por el momento, en cuanto respecta al legislador uruguayo, todo proyecto de reforma del proceso penal parece destinado a permanecer en agua de borrajas.⁷³ ⁷⁴

⁷¹ El Código del Proceso Penal entró en vigor en enero de 1981, mientras el Uruguay vivía etapas de dictadura militar. Al menos, la legislación uruguaya guarda coherencia política criminal en el hecho de que sus dos normas fundamentales —esto es, el Código Penal y el Código Procesal Penal— entraron en vigor en sendos períodos dictatoriales (1934 y 1981). Este hecho, por sí solo, hasta por una cuestión de simbología justifica una inminente reforma del sistema penal uruguayo.

⁷² FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Seguridad ciudadana y reforma procesal. Una contribución al debate*, FCU, 1995, pág. 35.

⁷³ Existe desde hace años, y vegeta en el Parlamento, un proyecto del Instituto de Derecho Procesal inspirado en el Código Modelo para Iberoamérica, que consagra un proceso de partes, con la investigación a cargo del fiscal en la etapa preprocesal, privilegiando la participación de la víctima, y otro proyecto del Poder Ejecutivo (OTATTI-PERI), que cuenta con media sanción. Este último establece un sistema similar al actual, inquisitivo, con el mismo juez encargado de la instrucción y la sentencia; consagra a la prisión preventiva como pena anticipada al eliminar su condición de medida cautelar, previendo múltiples audiencias. Al respecto, véase PREZA, Dardo, *Comentarios al nuevo Código del Proceso Penal Uruguayo*, Ingranussi, Montevideo, 1998.

⁷⁴ Como ha reclamado LANGÓN, “Regulaciones sobre la participación de la víctima en el proceso; facilitación del ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios emergentes del delito; y la consideración de la satisfacción de ésta a través de mecanismos de compensación, reparación y otros, como antecedentes obligatorios del sobreseimiento fiscal o como atenuantes de la responsabilidad, están en consideración de diferentes proyectos de reforma, pero no son ni realidad en la actualidad, ni tampoco, lo que es peor, creemos que sean suficientes en el futuro, aun cuando se llegaren a introducir las reformas, que apoyamos, en estas áreas. Nos parece que, sin perjuicio de todo ello, deberían implementarse actuaciones previas que impidan incluso la iniciación del proceso penal. Es decir, no sólo considerar que uno de los objetivos del proceso es la reparación de la víctima, sino incluso entender y hacer efectivo que, si se produce la tal reparación, en principio, no debería siquiera iniciarse el proceso, con lo que se avanzaría enormemente en el camino de la pacificación, la desmotivación a soluciones violentistas y a una mejor calidad de la vida ciudadana”. Véase LANGÓN, Miguel, “Mediación penal: una alternativa a la violencia”, *Revista de Ciencias Penales*, 2, 1996, pág. 268.

El legislador uruguayo no ha considerado prioritaria una reforma procesal penal; sin embargo, en un futuro próximo, si el Mercosur logra una mayor consolidación política —como parecería ser la voluntad de los nuevos gobiernos de los países que lo componen—, deberá legislarse en temas de tanta trascendencia, de modo similar a como lo han hecho otros países de la región, abandonando las instancias secretas y escritas para adoptar sistemas orales donde la inmediación de las partes sea evidente y no ficticia, como ocurre en el sistema uruguayo.⁷⁵

Así las cosas, para hablar de verdaderas alternativas, sean a la privación de libertad (prisión preventiva) o al modelo tradicional de justicia distributiva, se debe hablar de *alternativas dentro del proceso penal* o *alternativas al proceso penal (desviación)*. En lo que a mí respecta, entiendo preferible —en el entorno uruguayo— hablar de alternativas *dentro* del proceso, pero sin las restricciones que exige el legislador uruguayo, que limitan considerablemente la facultad dispositiva del juez para otorgar beneficios materiales o formales al procesado. Por tanto, dado el déficit del proceso penal uruguayo, la solución futura debería estar más cerca de un *modelo de consenso* (conciliador) que de uno de *justicia negociada*, trasladando las desigualdades existentes entre las partes procesales al proceso negociador.

9.

¿PROHÍBE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL UN MODELO PROCESAL PENAL DE CONSENTO?

A diferencia del proceso civil, que tiene el instituto obligatorio de la conciliación previa como un gran avance del Código General del Proceso,⁷⁶ el proceso penal uruguayo carece de instancias de mediación o conciliatorias en las que pudieran *interactuar* directamente.

⁷⁵ Argentina, Brasil y Chile son algunos de los países, en el concierto del Cono Sur, que ya han adoptado la oralidad e incluso el principio de oportunidad en sus procedimientos, inspirados de algún modo en los § 153 y ss. StPO alemán. El Código Procesal penal argentino cuenta en los artículos 76 y ss. con la “suspensión del juicio a prueba”; en el proceso penal brasileño se admiten formas similares a las del Código Procesal Penal portugués (artículos 280 y ss.); mientras que, en el caso chileno, se admite prescindir de la persecución penal por falta de interés público en ella.

⁷⁶ En vigencia desde 1989 (véase especialmente el artículo 293.1). A su vez, la ley 16.995, de 1998, incorporó algunas reformas de importancia, autorizando la creación de juzgados conciliadores o de conciliación, es decir, con competencia exclusiva en materia conciliatoria.

mente las partes implicadas. Esta carencia parecería no contradecir la Constitución de la República, que en su artículo 255 dice: “No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley”, lo que ha sido interpretado como una exclusión de la cuestión penal.⁷⁷ Sin embargo, en mi opinión, la Constitución sólo se refiere a que la conciliación previa debería ser obligatoria en la materia civil, pero no excluye cualquier instancia conciliadora en sede penal.

Claro está, en el modelo procesal penal uruguayo, ninguna solución de consenso podrá realizarse sobre el objeto del proceso (*plea bargaining*), mientras rijan *in totum* los principios de legalidad y oficialidad de la acción penal. De todas formas, la legalidad siempre puede limitarse o reglarse de modo que sean aceptadas determinadas y precisas formas de oportunidad a partir de instancias de consenso. Éstas permitirían al fiscal, dadas ciertas condiciones (condición de primario del presunto autor, culpabilidad leve, determinada franja de delitos, no necesidad de pena por motivos de prevención, etc.), prescindir de la acusación (y suspender el proceso), a cambio (por ejemplo) de la realización de determinadas tareas de reparación, que deben contar con la aceptación del presunto delincuente. Para tratarse de una verdadera solución de consenso, sería necesaria la opinión favorable de la víctima. Obviamente, estas tareas deberían cumplir los fines que intentaría cumplir la pena (en caso de ser impuesta), para que pudiera prescindirse de ella. Pero de ninguna manera los criterios que fundamentan la oportunidad deben interpretarse únicamente desde su aspecto afectivo, como parece deducirse del artículo 49 CPP. De todas formas, ello debe quedar a criterio del juez, al momento de la sentencia de archivo. Por tanto, una solución de este tipo no atenta contra la letra ni el espíritu liberal de nuestra Constitución (principalmente, artículos 72 y 332); además, no podría valer de excusa el apego del procedimiento penal al principio de oficialidad, puesto que el artículo 49 CPP ha admitido expresamente las excepciones al principio de necesidad de persecución.

⁷⁷ VALENTIN, Gabriel, “Los casos en que no procede la tentativa de conciliación previa: la reforma de 1998”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 128, 2003, pág. 71.

10.

LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA PENAL URUGUAYO

El legislador penal uruguayo ha sumido en el olvido a la víctima que sufre un daño a causa del delito. En ese sentido, la ley 16.162 de 10 de julio de 1990 derogó los artículos 28 y 29 CPP e irradió totalmente el ejercicio de la *acción civil ex delicto* del proceso penal (artículos 25 y 27 CPP).⁷⁸

La *ratio de la responsabilidad civil ex delicto* no puede confundirse con la *ratio de la sanción penal*, ya que la obligación civil de indemnizar deriva del daño causado, y, como indica el artículo 105 Código Penal, debe analizarse desde una óptica civil (artículos 1246 y 1319 Código Civil, que por lo tanto, admite la responsabilidad objetiva o derivada, por ejemplo, del daño causado por un menor hacia sus padres o tutores, o de un sujeto inimputable hacia sus curadores), mientras que la responsabilidad penal requiere de un injusto —al menos culposo o imprudente— y la verificación de la culpabilidad, es decir, la comprobación del merecimiento y la necesidad de pena.

Así las cosas, consecuencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, en el proceso penal la víctima sólo puede tratar embargos preventivos sobre bienes del procesado (artículo 105b CP), trasladar prueba del proceso penal al civil (artículo 29 CPP según redacción del artículo 1 ley 16.162 de 1990) o presentar recurso de revisión en cualquiera de ambas sedes (artículos 283 y ss. CPP).

En mi opinión, tal como lo ha determinado el legislador nacional, la acción civil producto del delito sólo causa desventajas a la víctima, no sólo porque ésta se ve privada de accionar en el proceso penal en defensa de sus intereses civiles (originados por el mismo autor y los mismos hechos), sino porque aquélla prescribe a los cuatro años de la realización del hecho ilícito causante del daño. Por ello, en la praxis, considerando la lentitud de la justicia penal (por cierto, sobrecargada de delitos de bagatela), la víctima se ve obligada a iniciar el juicio civil sin que pueda esperar a la culminación del penal.

⁷⁸ Anteriormente, con el Código de Instrucción Criminal (CIC), a semejanza de lo que sucede en España con la LECrim, el artículo 5 CIC permitía el ejercicio de dicha acción de naturaleza civil en el proceso penal. Sin embargo, el legislador entendió que tal función privada no correspondía deducirse en sede penal, entre otras cosas porque complicaría la labor de jueces y fiscales. Además, se dijo que en caso de sentencia penal absolutoria la víctima se vería imposibilitada de ejercer la acción y obtener la indemnización pertinente. De esta forma acabó con la preeminencia de la sentencia penal sobre la civil, abrió la puerta para el ingreso de las sentencias contradictorias y cercenó un derecho de todo ofendido por el delito, al que obliga a recurrir al costoso e incierto derecho de los privados, como si el Derecho penal nada tuviera que ver con la situación de la víctima.

11.

LAS POSIBILIDADES DE PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL URUGUAYO

La víctima es el gran ausente del sistema penal uruguayo. El ofendido por el delito cuenta con pocas posibilidades de disposición de la causa penal y su injerencia se limita a algunos delitos en particular, en los que puede eximir de pena al delincuente a través del “perdón” o aceptando una especie de *transacción* o *conciliación* con él, a efectos de que no prosigan las actuaciones penales y se extinga el delito (artículo 59 de la Ley de Cheques 14.412). En esta mediación *sui generis*, en la que el rol del mediador lo desempeña un funcionario policial, la víctima puede aceptar la propuesta de pago del librador de un cheque sin fondos y de esta forma determina que no se inicie la causa penal. De no aceptar la propuesta indemnizatoria, el hecho previamente denunciado en sede policial se pone en conocimiento del juez penal para el inicio de las actuaciones judiciales.

En lo que atañe a la participación en el procedimiento, el rol de la víctima se limita a ejercer la *instancia del ofendido*, que hace las veces de *notitia criminis* a efectos de poner en funcionamiento el andamiaje penal.⁷⁹ A instancia de parte se persiguen los delitos de rapto (271CPU), violación (272 CPU), corrupción (274 CPU), atentado violento al pudor (272 CPU), estupro (275 CPU), traumatismo, lesiones ordinarias, lesiones culposas graves (322 CPU), difamación e injurias (338 CPU y artículo 31 ley 14.068),⁸⁰ daño (358), violación de marcas de fábrica (ley 9.956), violación de la propiedad artística o literaria (ley 9.739), violación de privilegios industriales y de patentes de invención (13 CPP), insolvencia fraudulenta (255 CPU). La instancia del ofendido caduca a los seis meses desde la comisión del delito o desde que el ofendido toma conocimiento de él (artículo 18 CPP). En algunos supuestos, por ejemplo, en el artículo 19 CPP, se plantea la posibilidad

⁷⁹ Como cuestión de procedibilidad se diferencia de la acción penal privada de la LEC española, querella de parte en el derogado Código de Instrucción Criminal (CIC). En el sistema actual sólo interesa a los efectos de poner en conocimiento de la autoridad competente el hecho delictivo (*notitia criminis*) o de poner en marcha el andamiaje penal (instancia del ofendido propiamente dicha).

⁸⁰ Este precepto, el artículo 338, permite instar aun en caso de fallecimiento del ofendido, si aún quedaba tiempo para ejercer el derecho de denunciar o si las ofensas se dirigieran a la memoria de un muerto, a su cónyuge o parientes próximos.

de desistir de la instancia penal ya iniciada, para el caso particular del delito de difamación e injurias, siempre que se haga antes de la condena.

También la remisión es una forma de extinguir el delito. El artículo 110 CP la circunscribe a las infracciones que sólo pueden perseguirse a instancia del ofendido. Ésta se admite cuando tiene lugar el casamiento del ofensor con la ofendida en casos de delitos con connotaciones sexuales: rapto, violación, atentado violento al pudor, corrupción y estupro.⁸¹ Según el artículo 80 CP, la víctima y el tercero civilmente responsable podrán solicitar durante el sumario “todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables”. Sin embargo, esta norma no tiene ningún sentido para la víctima, ni para una posible instancia negociadora; primero, porque se trata de proponer prueba a los solos efectos de la persecución del autor del delito, despertando únicamente un sentimiento vindicativo en el ofendido por el delito, y segundo, porque el mismo artículo dice que a lo que el juez resuelva no podrá aplicarse recurso alguno. A su vez, por designio del artículo 81 CP, el ofendido podrá solicitar el embargo de bienes del autor, que se resolverá según indica el artículo 159 CP.

Por tanto, la víctima puede, a lo sumo: a) proponer prueba, sin posibilidad de recurrir ante la sentencia interlocutoria del juez que la deniegue, y b) solicitar medidas cautelares, siempre que exista peligro de lesión o frustración del derecho. Como puede apreciarse, pocas posibilidades tiene la víctima de participar en el proceso penal, y menos aún de acceder a una instancia conciliadora.

⁸¹ Político-criminalmente no se explica esta instancia en el proceso uruguayo, la cual se condice con una sociedad conservadora y de corte machista, donde el ofensor que comete un delito contra la libertad sexual, por el hecho de solicitar matrimonio y ser aceptado por la víctima, encuentra redimido su delito. El casamiento no puede entenderse como una forma de reparar el daño causado, ni de extinción de la responsabilidad que deriva del acto injusto realizado. Aceptar esta posibilidad es desvirtuar un instituto que con la sola exigencia de la instancia del ofendido ya tendría resolución procesal. Otra cosa es cuando se da alguna de las circunstancias que enumera el artículo 23 incisos *b*, *c* y *d*, donde la oficialidad se impone puesto que la víctima carece de capacidad legal para ejercer el libre derecho de entablar la denuncia penal.

12.

LA NECESARIA REORIENTACIÓN DEL SISTEMA PENAL HACIA LAS NECESIDADES DE LA VÍCTIMA

Así las cosas, el legislador uruguayo debería elegir entre tres caminos posibles en una próxima y necesaria reforma, permitiendo la compatibilización de ésta con una mayor participación de los involucrados y la figura de la reparación del daño; es decir, o bien: a) proceder a decriminalizar todas aquellas figuras que son de escasa dañosidad social, o b) aumentar el número de delitos que pueden ser perseguidos únicamente a instancia de parte,⁸² o, finalmente, c) aceptar instancias de mayor participación de ambos involucrados por el delito, tal como sucede en la Ley de Cheques, pero con la mediación del juez en lugar del funcionario policial, y la posibilidad de extinción de la acción mediante la reparación del daño causado,⁸³ la cual, como ha definido el legislador austriaco en el § 167 öStGB para la figura del arrepentimiento activo (*Tätige Ruhe*), no debería circunscribirse únicamente a los delitos patrimoniales.⁸⁴

⁸² Esta cuestión de procedibilidad podría descongestionar los juzgados de causas criminales en las que la víctima no tiene ningún interés en su persecución, puesto que, por imperio de la ley, para obtener el resarcimiento del daño debe acudir a la vía civil.

⁸³ En similar sentido se expresa LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal y procesal penal*, tomo III: “Teoría de la pena”, Del Foro, Montevideo, 2001, pág. 203.

⁸⁴ Según el parágrafo 167 del öStGB, en los delitos de daño, daño sobre datos, hurto, sustracción de energía, abuso de confianza, apropiación indebida, hurtos menores, delitos relativos a la caza y la pesca, estafa, uso fraudulento de datos, obtención de una prestación mediante engaño, recibimiento de regalos por parte de la Autoridad, usura, quiebra fraudulenta, quiebra culposa, recepción en su forma dolosa y culposa, la punibilidad será excluida siempre y cuando se produzca un arrepentimiento activo del infractor —antes que la autoridad pública haya tomado conocimiento del hecho y sin ser comandado a ello— y éste indemnice completamente a la víctima (directamente o a través de un tercero) por el daño ocasionado, o se obligue a realizarlo en un determinado plazo. Véase FOREGGER, Egmont, y KODEK, Gerhar, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigsten Nebengesetzen. 5. Auflage*, Manz, Viena, pág. 427. El autor podrá obtener la impunidad siempre que en forma voluntaria haya resarcido completamente a la víctima o se hubiera obligado contractualmente en un corto plazo a ello. De esta forma, una vez indemnizado el daño causado voluntariamente, puede el juez prescindir de la pena, la que en caso de incumplimiento vuelve a cobrar sentido. Véase FUCHS, Helmut, “Das Opfer im Strafrecht”, en *Erweiterte Fassung eines Vortrages*, gehalten am 26. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie der Vereinigung Österreichischer Richter in Ottenstein am 23. Februar 1998, pág. 15. Disponible en internet: <http://www.univie.ac.at/strafrecht-fuchs/publ/opfer98.html>.

13.

DE LEGE LATA

En materia de menores infractores se encuentra en trámite legislativo la ley 17.823 (7/9/2004), Código de la Niñez y la Adolescencia, que acepta como una medida sustitutiva a la privación de libertad (internamiento), en el artículo 80 literal *f*, la obligación de reparar el daño, y en el artículo 83 propone la obligación de reparar el daño o provocar la satisfacción de la víctima, que surgirá de un previo proceso de *mediación* entre el menor infractor y el ofendido por el delito.⁸⁵ Éste sería otro camino posible de ser adoptado por el legislador para el procedimiento penal de adultos, al menos cuando se trata de delitos de mediana o pequeña gravedad, en los que no ha mediado violencia, sin que sea excluyente el hecho de que no se trate de un autor primario.

14.

POSICIÓN DE LA DOCTRINA URUGUAYA

No puede decirse que la doctrina uruguaya se encuentre ajena al movimiento que exige medidas alternativas a la pena o a una mayor intervención de la voluntad de las partes en el proceso penal.⁸⁶ Incluso no se carece legislativamente de experiencias de *mediación*, las que existen en el derecho penal de menores como instancias de real desjudicialización,

⁸⁵ Artículo 83 (Obligación de reparar el daño o satisfacción de la víctima). “En cualquier etapa del proceso, previa conformidad del adolescente y de la víctima o a petición de parte, el Juez podrá derivar el caso a mediación, suspendiéndose las actuaciones por un plazo prudencial. Alcanzando un acuerdo, previo informe técnico y oídos la defensa y el Ministerio Público, el Juez deberá valorar razonablemente desde la perspectiva exclusiva del interés superior del adolescente, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta, disponiendo, en caso afirmativo, la clausura de las actuaciones. Tal decisión será preceptiva en caso de opinión favorable del Ministerio Público. El mismo efecto tendrán los acuerdos conciliatorios celebrados en audiencia”.

⁸⁶ Se decantan a favor de la reparación en el sistema penal LANDEIRA, Raquel, y SCAPUSIO, Beatriz, *Sistema penal. Revisión y alternativas*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1997, pág. 187; LANGÓN, Miguel, *Curso...*, op. cit., págs. 199 y ss; CAIROLI, Milton, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, tomo I: “La ley. El delito”, FCU, 2^a ed, 2001, pág. 22; GALAIN, Pablo, “¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración de la posición de Claus Roxin”, en *Libro Homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal*

aunque, obviamente, para tratarse de una verdadera mediación debe participar un mediador, generalmente el propio magistrado, quien además se encarga de la homologación de los acuerdos alcanzados, la precalificación de los casos que ingresarían al sistema y de su evaluación y cumplimiento.⁸⁷

15.

LA NECESARIA DETERMINACIÓN DEL OBJETIVO DEL PROCESO PENAL: ¿LA BÚSQUEDA DE EFICIENCIA O DE JUSTICIA?

Mencionada la necesidad de una reforma procesal penal y de dotar de mayor protagonismo a las partes del delito (autor y víctima), a la hora de elegir entre los dos tipos de *soluciones de consenso* que se han manifestado en este trabajo, me inclino por instancias de *conciliación entre autor y víctima* con la participación de los órganos encargados de impartir justicia, cumplidas en el caso concreto determinadas condiciones (condición de primario del presunto autor, culpabilidad leve, etc.), antes que por instancias de *negociación entre fiscal y delincuente*, las cuales, *aunque requieran la anuencia del juez, no toman en cuenta la opinión de la víctima*, y además *imponen determinadas condiciones al imputado sin una previa constatación de la culpabilidad*. Quiero decir, el legislador alemán a través del § 153 a StPO, ha legalizado la posibilidad de imponer sanciones *cuasipenales*, si se me permite la expresión, una especie de *semipena sin sentencia condenatoria*, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal, sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB porque debe ser considerada “leve”, sino que lo criticado es que no haya una declaración previa de ésta antes de imponer obligaciones al inculpado. Además, se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica en vista de las extraordinarias facultades de

alemana en Iberoamérica, t. I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, págs. 493 y ss; GALAIN y ROMERO, “Reparación y criminalidad organizada”, op. cit., págs. 45 y ss; GALAIN, Pablo, y ROMERO, Angélica, “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-crímenal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, de próxima publicación en el *Libro homenaje al profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca.

⁸⁷ Véase LANGÓN, “Mediación...”, op. cit., pág. 268.

que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico.⁸⁸ Parecería que el objetivo de esta norma no es la celeridad de la administración de justicia sino la *desjudicialización del caso concreto*, y en ese sentido, en lugar de mantener normas penales cuya sanción puede ser *negociada*, sería más *oportuna* su despenalización. El legislador penal no puede poner el acento en la *administración* olvidándose del objeto administrado, esto es, *la justicia*. Por otra parte, el legislador alemán ya ha tomado en cuenta que las *negociaciones* dentro del proceso deben de gozar de una legitimación superior a los intereses de la administración, por ejemplo, a través de la búsqueda de soluciones de consenso y del respeto de la declaración de culpabilidad. En ese sentido debe seguirse con atención el proceso de discusión de una nueva reforma procesal que se lleva a cabo en estos momentos (*Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens*).⁸⁹

Ahora bien, volviendo al caso uruguayo, en el sistema procesal de este país la instrucción está en manos del juez (que, lamentablemente, también procesa y condena), y éste es otro inconveniente, pues no es función del juez *negociar* con el imputado, sino como juez de garantías —en todo caso— debe velar por las condiciones en que se ha desarrollado una solución de consenso. Ahora bien, si en una próxima reforma del proceso uruguayo la instrucción pasara a dominio del fiscal, ello obligaría a aumentar los poderes de éste en la fase preliminar o de instrucción, de forma que se acumularían en manos del Ministerio Público las funciones de acusar y de juzgar toda vez que decida no incoar la acción si existen motivos suficientes para hacerlo. Por ello, sería indicado limitar la potestad de ejercer la oportunidad a determinadas situaciones específicamente determinadas por la ley (*oportunidad reglada*), sin que se descarte una reforma más profunda, dotando al Ministerio Público de independencia institucional. No puede desconocerse que las instancias de oportunidad —generalmente— no se han introducido en los distintos sistemas penales —como puede deducirse del pensamiento de HASSEMER—,⁹⁰ porque el legislador haya tomado conciencia de la posición desventajosa de la víctima, sino que se ha intenta-

⁸⁸ Véase PÉREZ SANZBERRO, op. cit., pág. 111.

⁸⁹ Véase *Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Recht Von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz)* v. 28. Juli 2003 (RB 2-4131/4- R 5 358/2003), págs. 9 y ss. Sobre la necesidad de encontrar una legitimación basada en el consenso para los acuerdos intraprocesales (*Absprachen*), véase Jahn, Mathias, “Zurück in die Zukunft –Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahren”, *GA*, 2004, págs. 272 y ss.

⁹⁰ HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Jueces para la Democracia*, octubre 1988, págs. 10 y ss.

do solucionar un problema que atañe a la praxis y al funcionamiento de las instituciones encargadas de impartir justicia.⁹¹ Como se ha dicho, ésta no puede ser la única finalidad de dicho instituto. Debe tenerse presente que, si bien es cierto que las resoluciones consensuadas permiten una solución mucho más rápida que el proceso normal, también pueden ser vejatorias de algunos principios básicos que emanan de la propia Constitución e informan todo el Derecho penal, en especial en aquellos ordenamientos europeo-continentales y latinoamericanos.

Así las cosas, soy de la opinión de que una de las tareas futuras del legislador debería estar marcada por la compaginación de aquellas instancias basadas en el consenso con los principios básicos de un derecho penal garantista y no con la celeridad o el descongestionamiento de la administración de justicia. Si se analiza el nuevo modelo de proceso que se está imponiendo en el mundo occidental, puede verse con facilidad que se pretende instaurar —con fuerte presencia del principio de oportunidad— un sistema procesal penal que permita a los encargados de la instrucción (policía y fiscal en el sistema anglosajón, fiscal en el alemán, fiscal y juez de instrucción en el portugués) decidir qué casos seguirán investigando hasta la sentencia y cuáles no, lo que nos conduciría a una desjudicialización de ciertos hechos (aparentemente delictivos) que me atrevo a denominar *desjudicialización del caso concreto*.⁹² Por todo ello, considero que hay que ser cautelosos en dicho emprendimiento y, tomando en cuenta la experiencia del Código General del Proceso, adoptar una modalidad de consenso dentro del proceso penal, pues, entre otras cosas, esta modalidad se adapta a la idiosincrasia del ciudadano uruguayo.

⁹¹ En opinión de los miembros de la Escuela de Frankfurt, esta nueva orientación del proceso penal no significa que sea mejor que el “viejo Derecho penal”. Véase NAUCKE, Wolfgang, “La progresiva pérdida del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en CASABONA, Romeo (dir.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 546 y ss.

⁹² No debemos confundir la desjudicialización con la despenalización, puesto que la primera se aplica justamente por los operadores (juez, fiscal) en el caso concreto, debido a que el legislador mantiene una figura en cuestión como delito.

16.

CONCLUSIÓN

No encuentro mayores reparos a que las instancias conciliatorias puedan convertirse en: a) una alternativa a la privación de libertad; b) una forma de suspender el proceso que intenta la búsqueda de una verdad formal y prescindir de la pena; y c) una instancia que fomente el acuerdo entre los verdaderos involucrados (autor-víctima), a efectos de que el primero obtenga el sobreseimiento de la causa penal y la segunda la reparación del daño.⁹³ En definitiva, desde el punto de vista institucional, se trata de una buena forma de evitar el juicio penal (mejor que la *justicia negociada*) y con ello minimizar uno de los mayores problemas que atañen a la justicia de nuestros tiempos, esto es, la sobrecarga de causas penales y, por ende, el mal funcionamiento de la administración de justicia (que ha tenido que recurrir desesperadamente y sin ningún criterio de política criminal al dictado de “leyes de desempapelamiento”). Pero además, con la búsqueda de consenso se considera a los protagonistas del delito sujetos de derechos y no meros objetos procesales, sea de prueba (víctima) o de investigación-imputación (autor). La víctima puede obtener la reparación del daño sin necesidad de acudir al incierto y costoso procedimiento civil, y además recibir del delincuente explicaciones de su conducta o —incluso— un pedido de disculpas. El autor asume responsabilidad por el delito y reconoce a su víctima, demostrando un saludable efecto preventivo especial resocializador (artículo 26 Constitución). De esta forma, a través de actos de reparación demuestra que los fines que la pena intentaría cumplir con su ejecución pueden ser innecesarios, tanto desde un punto de vista preventivo especial como general.⁹⁴ Pensar de otra forma —es decir, como ha sucedido hasta el momento— es menospreciar a la sociedad uruguaya y utilizar el Derecho penal como instrumento de represión y no de control social secundario, que debe cumplir, si bien en *ultima ratio*, con una función de pacificación social. En definitiva, sería una renuncia permanente a la paz tras la intervención del sistema punitivo.

⁹³ Reparación del daño considerada desde una perspectiva social y no estrictamente civil, es decir, reparación del daño social causado por el delito, y no reparación del daño civil causado por el delito. De esta forma, se pueden aceptar propuestas de reparación simbólica (trabajos en beneficio de la víctima o de la sociedad, pedido de disculpas, regalos, prestaciones en beneficio de instituciones benéficas, etc.), además de propuestas de reparación monetaria. Y esto es de suma importancia, considerando la franja de delincuentes y delitos que ocurren frecuentemente en Uruguay. De similar opinión para el caso portugués, FERREIRA MONTE, Mário, “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, en *Liebre Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pág. 140.

⁹⁴ Véase GALAIN, “¿La reparación...?”, op. cit., págs. 493 y ss.

En ese sentido cabe elogiar la solución portuguesa, que permite la suspensión condicional del proceso hasta la realización efectiva de determinadas condiciones o normas de conducta que deben ser producto del consenso. Estas propuestas del fiscal (o del abogado del presunto autor) deben ser aceptadas por el imputado y aprobadas por el juez sin que se produzca oposición de la víctima. Allí radica el consenso que posibilita la suspensión condicional del proceso. Una vez satisfecha la condición o la norma de conducta, se procederá al archivo de la causa penal. De esta forma, podría evitarse la estigmatización que provocan el proceso penal y la pena, pero además los antecedentes penales, los cuales podrían anotarse en forma reservada mientras el sujeto no cometiera en determinado plazo nuevos delitos. Es decir, los antecedentes penales podrían quedar en suspenso, y eliminarse transcurrido determinado plazo. En esa línea de pensamiento, la política criminal uruguaya demostraría —de una vez por todas— coherencia y un total desapego de fórmulas represivas que no se condicen con los tiempos que corren.

Dadas las características del sistema penal y administrativo uruguayo, será difícil —y no aconsejable— la adopción de un sistema netamente dispositivo, donde al Ministerio Público o la propia Policía, órganos administrativos en relación directa con el Poder Ejecutivo, les cupiera un rol de mayor disposición sobre las *presuntas causas penales*. En todo caso, los procesos de *diversión*,⁹⁵ conciliación, mediación o, mejor expresado, de consenso, podrían ingresar por la puerta del Poder Judicial, de modo que en ellos, y me refiero en especial a la mediación, el juez pudiera cumplir el verdadero rol de árbitro o defensor de las garantías, previa reformulación y abandono del rol de inquisidor. Y aunque no podamos hablar de un auténtico proceso de *desjudicialización*, el hecho de despojar al juez de la función de búsqueda de pruebas incriminatorias y limitarlo a la de custodio del debido proceso permitiría al proceso penal, urgido de una modificación profunda, encaminarse en una dirección más próxima al respeto de las garantías y los derechos humanos.⁹⁶ Debe quedar en claro que en toda instancia de mediación o consenso la solución es

⁹⁵ En mi opinión, el principal inconveniente de los métodos de diversión es la gran injerencia y poder de decisión que tienen la Policía o el Ministerio Fiscal, que podrían lesionar algunos de los principios liberales más elementales (igualdad de trato, presunción de inocencia, etc.) en aras de obtener rapidez y descongestionamiento, esto es, mayor eficiencia. Pero además, entiendo que todo acuerdo que pretenda poner fin a una cuestión penal debe recibir una homologación judicial, por tanto, incardinarse dentro del sistema jurídico penal. De otra opinión Martín WRIGHT, para quien: “Lo peor que podría ocurrir sería que el vocabulario de la justicia restaurativa fuese adoptado sin más por el sistema retributivo, se realizaran mediaciones sólo para casos menores, y la reparación tuviera un mero carácter penal e incluso adicional”. Véase WRIGHT, Martín, *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime*, cit. por VARONA, op. cit., pág. 76.

⁹⁶ Véase FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 19 y ss.

fruto de la *transacción* o el acuerdo entre las partes, y no de la imposición del mediador, que en todo caso puede realizar las propuestas que entienda oportunas, siempre que no tome partido por ninguna de las partes. Como en todo *proceso transaccional*, ambas partes ceden parte de sus pretensiones para la obtención del acuerdo, es decir, para obtener otro beneficio. En este caso, en mi opinión, ambas partes reciben más beneficios que frustraciones, por lo que no cabría hablar de *transacción penal*, sino de *consenso*.

El delincuente asume una posición más humana frente a la instancia oficial, es capaz de decidir su destino (si bien condicionado) y demuestra que gran parte (o la totalidad) de los fines de la pena ya se ha cumplido respecto a su persona, en particular los de prevención especial positiva o resocializadores, lo que le permitirá conseguir beneficios materiales o procesales. Por su parte, la víctima verá satisfecho (en su totalidad o en parte) el daño que se le ha ocasionado, pero, principalmente, será considerada persona de derechos y no un mero objeto procesal. En definitiva, como ha sostenido Winfried HASSEMER, lo importante es que la víctima obtenga mayor protagonismo en el sistema penal sin que como contrapartida mermen los derechos del delincuente,⁹⁷ pero, al mismo tiempo, que la sociedad recupere la confianza en la norma y en el funcionamiento de sus instituciones. Lo que interesa es la restauración de la paz social vulnerada por el delito, privilegiando de esa forma el fin preventivo general integrador o positivo dentro de los fines de la pena. Sólo así podremos hablar de verdadera pacificación social en el momento de solucionar el conflicto. La conciliación o mediación entre víctima y ofensor abre un espacio consensuado de encuentro entre los implicados naturales, para la superación del delito. En ese sentido, estas instancias suponen la búsqueda de un punto de equilibrio social asumido voluntariamente por las partes, de tal forma que podría ser incardinado entre los fines del derecho penal.⁹⁸

Durante mucho tiempo Uruguay ha permanecido como *una isla* dentro del continente latinoamericano, ajeno a las reformas procesales penales de los países de la región. Entrado el siglo XXI, mantiene un procedimiento penal del siglo XIX, basado en el enfrentamiento simbólico entre delincuente y Estado tras la lesión del ordenamiento jurídico, la prisión preventiva como regla,⁹⁹ la investigación presumarial cuasicrecreta (donde se reco-

⁹⁷ Véase HASSEMER, Winfried, y REEMTSMA, Jan, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, Múnich, 2002, págs. 25 y ss.

⁹⁸ Véase por todos, en castellano, PÉREZ SANZBERRO, op. cit.; HERRERO, Miriam, “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6-1996, pág. 377 y ss.

⁹⁹ Véase por todos LANGÓN, Miguel, “La preventiva como pena corta de prisión en el Uruguay”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3, 1990, pág. 429.

ge casi la totalidad de la prueba, desde el año 2004 con límite temporal)¹⁰⁰ y un juez inquisidor.¹⁰¹

Así las cosas, con una posible integración regional en ciernes, se torna imperiosa una pronta reforma del proceso penal uruguayo, que debería —entre otras cosas— empezar a superar el enfoque bilateral del delito, tener en cuenta a la víctima y brindar verdaderas garantías a todos los justiciables.

¹⁰⁰ Como toda una innovación, la ley 17.773, publicada en el DO el 25/04/2004, modificó el artículo 113 del CPP, limitando a un año la duración reservada de una indagatoria, y permitiendo al indagado y a su defensor proponer el diligenciamiento de pruebas, lo que hasta este momento dependía de la interpretación que cada juez hiciera del Pacto de San José de Costa Rica, generalmente contraria a la participación del defensor en las primeras averiguaciones, práctica rayana con la indefensión que había sido pasada por alto por la política criminal uruguaya interesada en una “cómoda” recolección de pruebas que posibilitaran la imputación de responsabilidad antes que en la “igualdad de armas” en el proceso. El legislador patrio ha creído con esta norma solucionar la desigualdad manifiesta que existe en el sistema penal uruguayo entre el fiscal y el defensor durante toda la etapa inquisitiva. Véase en detalle la modificación del artículo 113 CPP en PREZA, op. cit., págs. 121 y ss.

¹⁰¹ Véase LANDEIRA, R., LANGÓN, M., y SCAPUSIO, B., “El sistema procesal penal uruguayo y la necesidad de su reforma en vistas al Mercosur”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4, 1991, pág. 463.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, dirección de Mireille DELMAS-MARTY, trad. de Pablo Morenilla, Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), Edijus, 2000; *Sistemas de proceso penal en Europa*, dirección Ramón MACIÁ, CEDECS, Barcelona, 1998.
- ALMEIDA COSTA, António, *Alguns princípios para um direito e processo penais europeus*, RPCC, 4 fasc. 2, 1994.
- AMBOS, Kai, “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1997, nº 3.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho penal (parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, Madrid, 1987.
- BONET, Margarita, *La víctima del delito. (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*, McGraw Hill, Madrid, 1999.
- CAIROLI, Milton, “El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, *La ley. El delito*, tomo I, FCU, 2^a ed, 2001.
- CALVO, María, “Jueces conciliadores. Asistencia letrada obligatoria en las instancias de conciliación, arbitraje y mediación. Creación de la instancia de mediación”, en *Estudios de Derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Montevideo, 1999.
- CHRISTIE, Nils, “El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización”, en *Memorias XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- CÓRDOBA, Gabriela, “Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, libro homenaje a Claus Roxin, ed. La lectura y Lerner.
- CRUCHO DE ALMEIDA, María Rosa, y ALÃO, Ana, *Inquérito de Vitimação 1994*, Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça.
- DE MORAES ROCHA, João, “Suspensão provisória do processo e consumo de estupefacientes”, en *RPCC*, 9, fasc. 1, enero-marzo 1999.

EGMONT FOREGGER, Gerhar Kodek, *Strafgesetzbuch. StGB samt den wichtigsten Nebengesetzen.*

5. Auflage, Manz Verlag, Viena.

FATTAH, Ezzat, *La victime est-elle coupable? Le rôle de la victime dans le meurtre en vue de vol,* Les Presses Universitaires, Montreal, 1971.

FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Seguridad ciudadana y reforma procesal. Una contribución al debate,* FCU, 1995.

FERREIRA MONTE, Mário, “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime”, en *Liebre Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal”, en *RPCC*, 8, fasc. 2, abril-junio 1998.

FUCHS, Helmut, “Das Opfer im Strafrecht”, en *Erweiterte Fassung eines Vortrages, gehalten am 26. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie der Vereinigung Österreichischer Richter in Ottensien am 23. Februar 1998.*

GALAIN, Pablo, “¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, en PREZA, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, FCU, Montevideo, 2005, págs. 223 y ss.

GALAIN, Pablo, “¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración de la posición de Claus Roxin”, en *Libro homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, t. I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

GALAIN, Pablo, y ROMERO, Angélica, “Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vols. XXII-XXIII, nº 73, sep. 2001-dic. 2002, Universidad Externado de Colombia, y *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de la Patagonia*, nº 1, año 1, mayo de 2004, Chile.

GALAIN, Pablo, y ROMERO, Angélica: “Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos”, de próxima publicación en el *Libro homenaje al profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Culpabilidad, legitimación y proceso”, en *ADPCP*, 1988.

GARCÍA-PABLOS, Antonio, *Tratado de criminología* (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- GOMES, Luis Flavio, “Naturaza jurídica da suspensão condicional do processo”, en *RPCC*, 6, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, en *Sistemas penales europeos*, IV, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, IV-1999, Madrid.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “El Ministerio Fiscal, ¿eje de la reforma procesal penal?”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, en *Revista del Poder Judicial*, 64, 2001.
- GREIF, Jaime, *Principios y mitos en el proceso penal. Contribución al tema III de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. La Paloma (Rocha), 19- 22 abril de 1995*, FCU, Montevideo.
- GULOTA, G., “La vittimologia: aspetti criminologici”, en *Trattato di Criminología, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, nº 3.
- GULOTA, G., *La criminología e il diritto penale*, Giuffrè, Milán, 1987.
- HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Jueces para la Democracia*, octubre 1988.
- HASSEMER, Winfried, y REEMTSMA, Jan, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Verlag Beck, Múnich, 2002.
- HERRERO, Miriam, “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 6-1996.
- HUDSON, Barbara, *Understanding justice. An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory*, 2^a ed., Open University Press, Buckingham, Philadelphia, 2003.
- HULSMAN, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana hacia una alternativa*, Ariel, Barcelona, 1984.
- JAHN, Mathias, “Zurück in die Zukunft. Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahren”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2004.
- JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5^a edición, renovada y ampliada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- JUNG, Heike, “Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2002.

KAUSCH, Erhard, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Duncker & Humblot, 1980.

KILCHLING, Michael, "The meaning of Victim/Offender Mediation in Austria and Germany from the legal and criminological point of view", ponencia presentada en el Council of Europe Seminal on Mediation, Tirana, 11-12 de diciembre de 1996, en "Mediation as a method for conflict solving", *Demo-Droit CR* (97) 2, Estrasburgo, 2 de marzo 1997.

KRÜMPELMANN, Justus, *Die "Bagatelldelikte". Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966.

KUBINK, Michael, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.

KUNZ, Karl-Ludwig, *Das strafrechtliche "Bagatellprinzip". Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984.

LANDEIRA, Raquel, y SCAPUSIO, Beatriz, *Sistema penal. Revisión y alternativas*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1997.

LANDEIRA, R.; LANGÓN, M., SCAPUSIO, B., "El sistema procesal penal uruguayo y la necesidad de su reforma en vistas al Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4, 1991.

LANGÓN, Miguel, *Curso de Derecho penal y procesal penal*, tomo III: "Teoría de la pena", Del Foro, Montevideo, 2001.

LANGÓN, Miguel, "La preventiva como pena corta de prisión en el Uruguay", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3, 1990.

LOPES DA MOTA, José Luís, "A revisão do Código de Processo Penal", *RPCC* 8, fasc. 2, abril-junio de 1998.

MIRANDA PEREIRA, Luis, "Sanções e medidas de execução na comunidade. A importância dos relatórios sociais e a reforma do Código de Processo Penal. Política Criminal em vigor: metas e realidade e a necessidade de um conceito abrangente de prevenção", en *RPCC*, 8, fas. 3, julio-setiembre de 1998.

MIRANDA RODRÍGUEZ, Anabela, "Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso", en *RPCC*, 6 fasc. 4, octubre-diciembre de 1996.

NAUCKE, Wolfgang, "La progresiva pérdida del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Romeo CASABONA (dir.), Comares, Granada, 2000.

PÉREZ SANSBERRO, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999.

- PREZA, Dardo, *El proceso penal uruguayo*, FCU, Montevideo, 2005.
- PREZA, Dardo, *Comentarios al nuevo Código del Proceso Penal uruguayo*, Ingranussi, Montevideo, 1998.
- RIEB, Peter, "Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983.
- ROIG TORRES, Margarita, *La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- RUI DO CARMO, Fernando, "O Ministério Público face à pequena e média criminalidade (em particular, a suspensão provisória do processo e o processo sumaríssimo)", en *RMP*, nº 81, Lisboa, 2000.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig, "Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozeß", en Günther JAKOBS (dir.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002.
- TIEDEMANN, Klaus, *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993.
- VALENTIN, Gabriel, "Los casos en que no procede la tentativa de conciliación previa: la reforma de 1998", en *La Justicia Uruguaya*, tomo 128, 2003.
- VAN NESS, D., "Proposed UN basic principles on the use of restorative justice: recognizing the aims and limits of restorative justice", en VON HIRSCH, ROBERTS, BOTTOMS, ROACH, SCHIFF (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- VARONA, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 1998.
- WALTHER, Susanne, "Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation", en ESER y RABENSTEIN (eds.), *Criminal Justice between Crime Control and Due Process. Convergence und Divergence in Criminal Procedure Systems*, Berlín, 2002.
- WEIGEND, Thomas, "Abgesprochen Gerechtigkeit. Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?", en *JZ*, 1990.
- ZEHR, Howard, y MIKA, Harry, "Fundamental concepts of restorative justice", en *Restorative Justice*, Declan Roche, Ashgate, Dartmouth, Londres, 2003.

**TRABAJOS PRESENTADOS EN EL
MARCO DE LAS III JORNADAS
INTERUNIVERSITARIAS
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Presente y futuro del Estado social de Derecho

UNA VISIÓN LATINOAMERICANA[♦]

*José Luis Cea Egaña**

RESUMEN. En un análisis especialmente referido a América Latina, el autor realiza importantes apreciaciones y aclaraciones diferenciando el concepto de Estado de Derecho y la idea de Estado social de Derecho, caracterizando a este último con sus principales rasgos. Partiendo del siglo XIX, señala las causas que llevaron al nacimiento en el siglo XX del “Estado de bienestar”, o “providente”, o “de prestaciones”. Critica esta variante, que a su juicio no fue nunca Estado social de Derecho, rescatando esta última noción en su correcta formulación, y con los principios de solidaridad y subsidiariedad y con el compromiso del Estado de respetar la autonomía de la sociedad civil. Si bien el autor explícitamente asume una posición no pesimista, señala que el futuro del Estado social de Derecho en América Latina no aparece claro ni favorable al logro de esta idea. Destaca el fenómeno de la corrupción como uno de los principales problemas para el afianzamiento del Estado social de Derecho. Señala también como problemas las dificultades para aceptar el rol y la colaboración de la sociedad civil y, probablemente, una confianza de la población en los favores del Estado tradicional, lo que puede influir directamente en el proceso de desarrollo y en el futuro del Estado social de Derecho en América Latina.

ABSTRACT. The author focuses the analysis on Latin America and states and clarifies the difference between the concept of Rule of Law and the notion of Social Rule of Law and outlines the main features of the latter. The analysis begins in the 19th century with the description of the causes giving rise to the Welfare State or Service Provider in the 20th century. The author criticizes this variation, which from his point of view, has never been

♦ Conferencia de Clausura de las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo 8, 9, 10 y 11 de junio de 2005.

* Presidente del Tribunal Constitucional chileno y catedrático de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad de Chile.

Social Rule of Law, and restates the notion in its correct formulation with the principles of solidarity and subsidiarity as well as the State commitment to respecting the autonomy of civil society. Although the author explicitly adopts a non pessimistic position, he states that the future of Social Rule of Law in Latin America does not seem to be clear nor favorable to this aim. He highlights corruption as one of the main problems towards the institution of Social Rule of Law, as well as the difficulties to accept the role and collaboration of Civil Society, and probably, the population's trust in the favors of the traditional State, which may directly influence the development process and the future of Social Rule of Law in Latin America.

PALABRAS CLAVE. Estado de Derecho; Estado social de Derecho; Estado de bienestar; sociedad civil; principio de solidaridad; principio de subsidiariedad.

KEY WORDS. Rule of Law; Social Rule of Law; Welfare State; Civil Society; solidarity principle; subsidiarity principle.

SUMARIO. 1. Precisiones conceptuales. 2. Mirada al pasado. 3. Estado formal de Derecho y democracia mínima. 4. El futuro. 5. Epílogo.

Me referiré al tema en relación con América Latina, porque considero que ese enfoque es el que requiere mayor análisis y difusión.

1.

PRECISIONES CONCEPTUALES

Como en los tiempos del verbo, los impulsores del Estado de Derecho han realizado una obra considerable en nuestra América, pero no han podido concretar cuánto implica el Estado social de Derecho. Por eso, se justifica hoy la evaluación del trayecto recorrido, con la esperanza de que esa especie de Estado, clave en la democracia y el constitucionalismo humanista de nuestra época, alcance un horizonte abierto.

El concepto de Estado de Derecho tiene ya casi doscientos años de difusión. Hoy, bastante desgastado, sigue estructurado en torno de la soberanía absoluta, simbólicamente radicada en la nación pero ejercida por los órganos públicos, cuya expresión máxima es la ley, a la cual todos quedamos sometidos.

Por el contrario, la idea de Estado social de Derecho es relativamente reciente. Puede ser situada en la doctrina alemana siguiente a la II Guerra Mundial, cuya obra fue recogida por los redactores de la Constitución de Bonn de 1949 y finalmente, vivificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Federal de Karlsruhe.¹ Desde entonces, fue extendiéndose a Italia en la Carta Fundamental de 1947;² a Francia, por virtud de la sentencia del Consejo Constitucional de 1971,³ y a la Constitución española de 1978, cuyo artículo 1 proclama que la Madre Patria se constituye en un Estado social de Derecho.⁴

Hoy, ese tipo de Estado puede ser caracterizado con los rasgos matrices siguientes:⁵

- Se halla orientado al bien común, como custodio y promotor de ese valor fundamental, consciente de que tal bien no surge por generación espontánea.
- Le compete salvaguardar la justicia, la seguridad jurídica, el respeto de la dignidad humana y los derechos esenciales que fluyen de ella, incluyendo a los de la segunda generación.
- Es suya la responsabilidad de superar racionalmente los conflictos sociales, logrando la integración en la comunidad nacional.
- Le incumbe compensar los intereses individuales y de grupo, proteger a los necesitados y prever los problemas del porvenir, consciente de la incidencia que ellos tienen en las generaciones futuras.
- Reconoce que lo social califica al Estado y al Derecho, porque deja de manifiesto que la sociedad civil debe servir, con autonomía, roles de bien común, en colaboración con la organización política y ejerciendo las facultades que ha de reconocerle el bloque constitucional, de modo que el Derecho sea funcional a dichos objetivos.
- A la *razón de Estado* la ha sucedido la *razón de persona*, con la subsecuente relativización de la soberanía y el reemplazo de la ley como fuente principal del ordenamiento jurídico.

¹ Revíse de Ernest BENDA su excelente monografía dedicada a “El Estado social de Derecho”, en BENDA, Ernest, et al., *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 438-492. Consultense también las sentencias relativas al concepto, dictadas en 1975 y 1982, reproducidas por SCHWABE, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 349 ss.

² DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, Padua, CEDAM, 2004, pp. 162 ss.

³ Consultese el texto de la sentencia fechada el 16 de julio de 1971 en FAVOREU, Louis, y PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París, Dalloz, 1997, pp. 249 ss. Véase GICQUEL, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, Montchrestien, 1995, pp. 93 ss. En América Latina, cabe realzar la obra de FROTA ARAUJO, Régis, *Solidaridad constitucional en Brasil*, Fortaleza, AIADCE, 2005, pp. 15 ss.

⁴ Véase HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio social y la Constitución*, Madrid, Planeta, 1981, pp. 300 ss.; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 192 ss., y PESES BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, pp. 215 ss.

⁵ BENDA, op. cit., pp. 557-559.

- La fórmula cuyos elementos principales he resumido se articula en una Constitución humanista, interpretada y vivida así merced a la justicia constitucional que la defiende y a la población que la siente suya.
- Un cúmulo de principios y técnicas, propios del neoconstitucionalismo, infunden rasgos aún más inconfundibles al código político de nuestro tiempo; es imperativo aludir a su fuerza normativa suprema y directa, al efecto de irradiación de las sentencias constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico y a la preeminencia del *estatuto de la persona* sobre el *instrumento de gobierno*.⁶

2.

MIRADA AL PASADO

Imperativo creo ilustrar sobre los antecedentes de la especie de organización jurídico-política descrita.

Pueden ellos hallarse, claro que en términos muy difusos y parciales, en las iniciativas que el canciller Bismarck de Prusia impulsó, alrededor de 1880, para enfrentar los problemas de miseria económica y marginalidad social que amenazaban la estabilidad del régimen.

Despuntaba entonces la cuestión social, para apaciguar la cual fueron incentivadas las funciones asistenciales del Estado, paralelas a las primeras reformas concretas alentadas por el socialismo de cátedra.⁷ Eran, sin embargo, concesiones dispensadas por la autoridad desde arriba, generosamente, hacia la población menesterosa, de modo que se estaba muy distante aún de los atributos públicos subjetivos, hoy absorbidos en la categoría de derechos de la segunda generación.

⁶ La importancia del constitucionalismo fuerte o humanista lleva a Gustavo ZAGREBELSKY, antiguo presidente de la Corte Constitucional de Italia, a denominar *Estado constitucional de Derecho* al más corrientemente llamado *Estado social de Derecho*. Véase *Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 43 ss.

⁷ GOZZI, Gustavo, “Estado contemporáneo”, I *Diccionario de política*, México DF, Siglo XXI, 2000, pp. 543-544.

Nació así el que, hacia 1930, los anglosajones denominaron *Estado de bienestar, providente o de prestaciones*, susceptible de ser definido como aquel orientado a procurar la existencia digna de todos los habitantes en su territorio, cubriendo los derechos a la educación y enseñanza, a la protección de la salud y a la higiene pública, a la vivienda, al descanso y a la seguridad social frente a las situaciones de necesidad colectiva.⁸

Fue, sin embargo, tras la II Guerra Mundial que el concepto alcanzó una configuración nítida, especialmente en Inglaterra,⁹ porque junto con los objetivos del Estado de bienestar, el informe Beveridge y las teorías de John M. Keynes diseñaron las estrategias para llevarlos a cabo, con una fuerte intervención administrativa en la economía privada, la política monetaria expansiva, el incremento del presupuesto público, la burocracia reclutada para dispensar las prestaciones aludidas, en fin, los planes estatales de redistribución del ingreso en favor de los estratos medio y bajo de la población.

En América Latina, al concluir la década de 1950 eran varios los gobiernos con programas de la naturaleza referida. Como en Europa, e incluso en Norteamérica desde Franklin Delano Roosevelt, esos gobiernos buscaron una legitimidad nueva para el orden político. Tratábase de realizar la mayor igualdad posible para todos los habitantes, sin sacrificar la libertad individual ni la iniciativa socioeconómica privada. Eran los tiempos de la socialdemocracia, una orientación ideológica no certeramente definida y que derivó en socialismo.¹⁰

En nuestro continente, esos esfuerzos tuvieron éxito sólo parcialmente y no llegaron a institucionalizarse. Fueron, en pocas palabras, concebidos desde el Estado y para fortalecerlo. Con el apoyo norteamericano y de las potencias europeas, asumiendo el desafío de emular a la Revolución Cubana sin caer en el marxismo, lo cierto es que, al cabo de veinte años, el Estado de bienestar o providente estaba lejos de calmar a las masas y a los dirigentes de los extremos opuestos del arco político.¹¹ Improvisaciones y saturaciones ideológicas, unidos a la carencia del liderazgo padecida, nos hicieron caer en las luchas partidistas y el protagonismo de caudillos, en las crisis financieras y los alzamientos obreros, en las fracturas democráticas y las represiones sangrientas.

⁸ Consultese la obra, ya clásica, de NEUMANN, Franz, *The Democratic and the Authoritarian State*, Nueva York, Free Press, 1964, pp. 257 ss.

⁹ REGONINI, Gloria, "Estado de Bienestar", en I *Diccionario de Política*, op. cit., pp. 551 ss.

¹⁰ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983.

¹¹ ANDERSON, Charles, *Politics and Economic Change in Latin America*, Nueva York, Van Nostrand, 1967, pp. 87 ss.; HIRSCHMANN, Albert O., *Journeys toward Progress*, Nueva York, W. W. Norton, 1973, pp. 276 ss. VANOSKI, Jorge R., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 513 ss.

En balance, digo que las instituciones eran débiles y resultaron sobrepasadas. Con excepciones, aunque relativas, la regla fueron procesos de inestabilidad e ingobernabilidad que culminaron en dictaduras militares, con persecuciones cruentas de la oposición y de la disidencia política.

3.

ESTADO FORMAL DE DERECHO Y DEMOCRACIA MÍNIMA

Aquel Estado benefactor no fue nunca Estado social de Derecho. Efectivamente, el Estado que me ocupa se caracteriza por la procura existencial, como he dicho,¹² pero sobre la base de ciertos supuestos medulares que, de no cumplirse plenamente, desembocan en el colectivismo, cualquiera sea su signo.

En lugar de eso, el Estado social de Derecho alienta el reconocimiento del valor de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella, asegura la garantía judicial eficaz para la protección del ejercicio de tales atributos inalienables, y se compromete con la autonomía de la sociedad civil y, dentro de ella, con el impulso de la solidaridad como vector de la libertad, individual y en grupos.

La idea de Estado providente es, por consiguiente, un aspecto, y no el más importante, del Estado social. Más todavía, aquel Estado benefactor deviene en opuesto a la libertad en sociedad, por la sumisión a que es reducida la persona y las asociaciones intermedias. Elocuentemente, Ernest BENDA lo denuncia sin complejos:

La participación de los ciudadanos en los asuntos públicos puede robustecer la conciencia de los individuos de que ejercen corresponsabilidad; en ese sentido, la participación fomenta un comportamiento conscientemente responsable.¹³

¹² Fórmula del administrativista alemán Ernest FORSTHOFF, citado por GARCÍA PELAYO, Manuel, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1976, pp. 34 y 135. Norberto BOBBIO ha escrito extensamente sobre el tema, con coraje y lucidez. Puede consultarse una colección de monografías suyas al respecto en *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

¹³ BENDA, op. cit., p. 542.

Y agrega:

El Estado Social no consiste únicamente en prestaciones públicas que son distribuidas a los ciudadanos, sino que requiere también, y en primer lugar, sentido de responsabilidad del individuo para consigo mismo.¹⁴

Finaliza el jurista y magistrado alemán, ya fallecido, aseverando:

El Estado Social se puede y se debe concebir como una comunidad continuamente preocupada por el bienestar de sus ciudadanos. Pero un Estado Providencia que libere de toda preocupación a los hombres ¹⁵ y mujeres no sería un Estado Social, sino que un Estado tutor o nodriza de sus habitantes.

He aludido al imperativo de cumplir los supuestos del Estado social. De ellos menciono, primeramente, la proclamación y vigencia de valores superiores, con la dignidad humana en la base y cima de la convivencia civilizada. Agrego la conducta permanente de defensa de la sociedad civil, entendida como un mosaico de entidades distintas del Estado, autónoma y con roles propios que cumplir en la consecución del bien común, implícito en aquella procura existencial. Tal sociedad civil tiene su estatus declarado en la Constitución, y las leyes deben desarrollar los incentivos adecuados para el despliegue de los roles que le corresponde realizar, o bien devolverle aquellas misiones que el Estado fue absorbiendo en perjuicio de la autonomía social y del beneficio común.¹⁶ El principio rector de dicha sociedad es la solidaridad, llamada *fraternidad*¹⁷ en el ideario revolucionario francés de 1789. Permítaseme insistir en el punto: el compromiso del Estado de respetar la autonomía de la sociedad civil no tiene relación alguna con la tutela de un supuesto neocorporativismo, pues se refiere a la colaboración para la realización del bien común, objetivo que es ajeno al amparo de intereses sectoriales o reivindicaciones egoísticas.¹⁸

¹⁴ Ibídem, p. 543.

¹⁵ Ibídem, p. 552. Cf. STEIN, Ekkehart, *Derecho político*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 188 ss.

¹⁶ Revíseste BAILEY, S. H., *Cross on Principles of Local Government*, Londres, Sweet y Maxwell, 1997, pp. 243 ss.

¹⁷ Consultese Juan Pablo II, *Laborem Exencens. Encíclica sobre el trabajo humano*, Santiago, San Pablo, 9^a edición, 2001, pp. 28 ss., y *Veritatis Splendor. Encíclica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia*, Santiago, San Pablo, 4^a edición, 2000, pp. 148 ss. Revíseste también la obra clásica de DUGUIT, Leon (1921), *Souveraineté et liberté*, París, La Mémoire du Droit, 2002, pp. 141 ss.

¹⁸ Me he ocupado del asunto en diversas publicaciones, de las cuales menciono las siguientes: "Descubriendo el futuro de nuestra sociedad estatal", en XX *Revista Chilena de Derecho* I, nº 2-3, 1993, pp. 209 ss.; "La regionalización de Chile y la modernización de su sociedad estatal", en V *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 1994, pp. 145 ss., y *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Santiago, Alfabeto, 1999, pp. 333 ss.

En contraposición con el Estado de Derecho en su vertiente tradicional, es decir, legalista y providente, en el Estado social de Derecho se subraya su contenido o sustancia, sin quedarse en la virtualidad de las normas escritas. Por y para eso, la Constitución en el Estado social impone la descentralización integral en el ejercicio de las funciones públicas, abriendo así el ámbito de la participación, el control y la demanda de responsabilidad para los ciudadanos, los partidos y las organizaciones cívicas. Sin llegar, necesaria o únicamente, a la fórmula federal, esa descentralización integral presupone que la gestión de los asuntos públicos se haga por la ciudadanía, reduciendo la representación política a las decisiones más graves, a la vez que fomentando las intervenciones cívicas mediante las instituciones de la democracia semidirecta.

Podrán ahora ustedes comprender por qué el Estado social de Derecho, así entendido, nunca se ha concretado en América Latina. Quisiera, para corroborar esta afirmación, desestimar algunas tesis que, mal fundadas, suelen esgrimirse en contrario.

La caída de las democracias en nuestros países, frecuentes en la década de 1970, fue causada por múltiples factores, de los cuales resultó decisivo el fracaso de los ensayos de socialismos reales en ambientes de extremismo guerrillero o violentista. No se trataba, por ende, de instaurar el Estado social de Derecho, ni siquiera de perfeccionar el Estado de bienestar. La pasión revolucionaria, entendida con signo de ideologismo inoclaudicable, estaba comprometida en la instalación, por la vía armada, urbana o ruralmente emprendida, de organizaciones de fachada, típicas de la ya desacreditada democracia popular, modelada por los comunistas.

Tras breves y lamentables ensayos, en América Latina los socialismos reales cayeron antes que en la Unión Soviética, Europa Oriental y Asia Central. En lugar de esos regímenes, fue propugnada, por el constitucionalismo democrático europeo especialmente, la instauración en Latinoamérica del Estado social de Derecho que he descrito. En la prosecución de este magno objetivo, empero, el énfasis estuvo en la economía de mercado, más no en el despliegue de la sociedad civil ni en la modernización del Estado.¹⁹

Ha sido lento y no siempre exitoso el esfuerzo realizado para impregnar de sentido social a dicho modelo económico. Más difícil todavía consideramos evaluar positivamente lo hecho, que es muy poco, en favor del fortalecimiento de la sociedad civil frente al Estado clásico. Y, por último, este tipo de Estado tampoco se ha transformado para servir

¹⁹ HABERMAS, Jürgen, *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988, pp. 113 ss.

más y mejor a la persona humana, porque sigue siendo un aparato controlado por burocracias frondosas y costosas, ceñidas a procedimientos ritualistas y engorrosos, en cuyos cuadros suele anidar la corrupción, esto es, el flagelo más devastador para la democracia constitucional de nuestros países.

No puedo silenciar, al cerrar este capítulo, que esa resistencia al cambio por el Estado de Derecho tradicional puede ser vinculada al *dictum* de Galileo Galilei,²⁰ cuando sostuvo que ninguna estructura, compleja y poderosa, se reforma a sí misma, por lo que se torna siempre imperativo hacerlo desde su exterior. ¡Ni siquiera eso, sin embargo, hemos logrado en términos considerables a través de métodos democráticos!

4.

EL FUTURO

Con cautela entro en la parte final de esta exposición, dedicada al porvenir del Estado social de Derecho. Lo hago con cuidado porque las generalizaciones son a menudo inexactas, equivocadas o sin densidad empírica suficiente para justificar las aseveraciones.

Con esas prevenciones advertidas digo que, el horizonte del Estado social de Derecho en nuestra América, no lo diviso claro ni, menos, favorable. Esta afirmación, que calificaría de hipotética por los riesgos que ya fueron señalados, se funda en factores diversos, de los cuales aquí describiré algunos para realzar la labor de rectificación que podría ser hecha, especialmente educando a la juventud en el nuevo paradigma.

Desde luego, la instauración del Estado social de Derecho resulta ser un proceso de larga duración y difícil, porque su núcleo es cultural.²¹ Además, debemos admitir que el Estado de Derecho tradicional se levanta sobre la democracia mínima o procesalmente entendida, muchas veces ni siquiera practicada, legítimamente, en ese rasgo externo, casi ceremonial. De allí resulta que el Estado de Derecho se halla, en tercer lugar, controlado por los partidos de todo signo interesados en mantener el *statu quo*. En fin, el Estado ya no se modernizó, al menos suficientemente; su tamaño sigue siendo enorme; sus presupues-

²⁰ Citado por GARCÍA PELAYO, op. cit., p. 80.

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 211 ss.

tos han crecido; sus funciones son casi las mismas que treinta o más años atrás; sus pretensiones reguladoras del sector privado han crecido; por último, su ordenamiento jurídico no ha experimentado la constitucionalización que sustituye su médula, y la exégesis formalista es la escuela predominante en la interpretación normativa.

No quiero ni puedo ser pesimista. Consecuentemente, reconozco que la catarsis o el proceso de purificación de las estructuras políticas y jurídicas recién ha comenzado. Empero, admitamos también que la corrupción existe y que es difícil investigarla y castigarla, y que son casi infranqueables los bastiones del estatalismo.²²

En punto a la sociedad civil, han emergido de nuevo las críticas que la identifican con la economía de mercado, entendida como el foco de los egoísmos, de la desigualdad real y de la deficiente distribución de la renta nacional. En otras palabras, la objeción colectivista, ideológicamente sesgada, se presenta tan tradicional como el Estado al cual ella pretende preservar inmodificado. Ya advertí que el factor social en el Estado de Derecho no es mero adjetivo ni se reduce a la satisfacción, sólo por los órganos administrativos, de los derechos de la segunda generación. Por el contrario, ese rasgo social realza el rol que la sociedad civil debe servir en la entronización de la democracia participativa, regida por los principios de subsidiariedad y de solidaridad.²³

Por último, el ya realizado cambio cultural que presupone el Estado social de Derecho, es decir, una transformación sustantiva y de procedimiento, no se ha siquiera emprendido. En Chile, por ejemplo, hoy se habla de solidaridad y este término ha quedado incluido, como base institucional, en la reforma, introducida en 2005, al artículo 1 de la Constitución. Pero se trata de un principio cuya implementación se entrega al Estado, incluso a través de métodos coactivos. Con ello, llegamos a nuevas cargas públicas reales y personales, superlativamente aumentando las restricciones a los derechos y elevando los tributos, todo en nombre de la inversión social o en capital humano. Sorprendentemente, e ilustrando lo que digo con el caso chileno, en 2003 fueron reducidos o suprimidos los incentivos económicos para que se practicara el mecenazgo solidario en la sociedad civil,²⁴ y no han tenido éxito los esfuerzos para restaurarlos.

²² El rechazo del proyecto de la Constitución de Europa, por amplio margen, en los referendos celebrados en Francia y Holanda en mayo y junio de 2005, respectivamente, ha sido atribuido a causas diversas, de las cuales una y categórica es el temor a que así sea implantado un Estado nuevo, eximido de prodigar beneficios socioeconómicos con magnanimitad. Véase *El Mercurio*, Santiago, 1 de junio de 2005.

²³ BENDA, op. cit., pp. 480 ss.

²⁴ Ley nº 19.862.

5.

EPÍLOGO

Muchos en América Latina confían más en la intervención compulsiva o autoritaria del Estado que en la acción solidaria de la sociedad civil. Seguramente, se halla enraizada una convicción, aquélla según la cual podemos esperar del Estado múltiples prestaciones y presionarlo si no las recibimos. La sociedad civil, entonces, sigue siendo débil,²⁵ a pesar del tejido, en Chile, de casi noventa mil organizaciones identificadas que en el 2000 la integraban. Y creo que la coyuntura resumida es grave, porque la democracia comienza en la sociedad civil y se desarrolla en ella,²⁶ para después irradiarse en las instituciones estatales, y ahora esperamos que llegue también a manifestarse en la comunidad mundial.

Resulta sensible, por consiguiente, que el futuro del Estado social de Derecho en nuestra América no sea promisorio. Creo que en los próximos años el Estado de Derecho tradicional tendrá que enfrentar demandas serias de bienestar, articuladas por los sectores medio y bajo de la población, cada día más conscientes de sus derechos y resueltos a reivindicarlos. Y la satisfacción de esas demandas no será posible, plena y eficientemente, sin la colaboración de la sociedad civil. Pero a ésta no se la puede ya volver a situar en la posición de subordinada y siempre disponible para que el Estado extraiga de ella cuanto exige para la consecución de sus numerosos cometidos. El principio de subsidiariedad, entonces, tampoco se halla institucionalizado en nuestros países.

Probablemente, la confianza de la población en los favores del Estado tradicional sea tan determinante del futuro incierto del Estado social de Derecho como lo es la falta de incentivos y oportunidades de actuación que la Constitución y las leyes aseguren a la sociedad civil. En definitiva, temo que la satisfacción de los derechos de la segunda generación quede así en situación de ser sólo en parte cumplida, continuando con la tesis, para mí insostenible, de que se trata de meras aspiraciones o pretensiones cuya satisfacción incumbe sólo al Estado y en la medida en que disponga de recursos para hacerlo. Por lo ya

²⁵ PNUD: *Desarrollo humano en Chile 2000. Más sociedad para gobernar el futuro*, Santiago, Fyrma Gráfica, 2000, p. 130.

²⁶ DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 1967, pp. 55 ss.

dicho, temo también que los cimientos de la democracia y el constitucionalismo social sean frágiles, por referirse al Estado y no a la sociedad civil en que vivimos, menos a uno y otra armónicamente integrados en la consecución del bien común.

En última instancia, no cabe duda de que el Estado social de Derecho es un concepto constitucional y democrático en su acepción sustantiva. Pero, más todavía, trátase de un valor ético. Lo afirmo en dos sentidos: uno, que el Estado y la sociedad civil deben contribuir a la realización del bien común, en la sinergia que tipifica el Estado social de Derecho, y otro, que los destinatarios de esa acción benefactora tienen que asumir la responsabilidad de continuar prosperando con su propio esfuerzo, no conformándose con seguir recibiéndola como masa sumisa.

Y en tal perspectiva agrego, al terminar, que no existe mejor escuela, sobre todo para la juventud, que la del sacrificio, apoyado en la solidaridad, pero no sólo en ésta. Seguramente, una vía promisoria es forjar la igualdad de oportunidades, educando para levantar nuestro capital humano. Sin embargo, no volvamos de allí al Estado providente, porque si así lo hacemos habremos replegado o reducido los ámbitos de libertad en sociedad, cuyo despliegue es, sin embargo, el que singulariza al Estado del cual hemos hablado esta mañana.

¡Gracias por venir y escucharme!

Algunas reflexiones sobre el Estado social y democrático de Derecho.

*Ricardo Haro**

RESUMEN. Partiendo de los aportes de Van Mohl y Heller, señala la vinculación e integración de tres facetas en el Estado moderno: la social, la jurídica y la democrática. El Estado no es sólo de Derecho ni sólo social ni sólo democrático, sino que cada componente condiciona y nutre a los demás. Destaca y analiza el profundo sentido humanista que encierra el concepto de Estado social y democrático de Derecho, y la posición del Hombre (de carne y hueso) como verdad fundacional o núcleo no negociable, ya que fuera de él nada tendrá sentido. Desarrolla el concepto de "humanismo personalista", destacando sus cuatro dimensiones cardinales. Concluye que el Estado social y democrático de Derecho encuentra su fundamento y sentido en una sociedad personalista, solidariamente comunitaria, participativa y pluralista. Analiza con detenimiento la crisis de los partidos políticos, refiriendo a sus causas, a los problemas que ocasiona, e incluso ensayando algunas propuestas para revertir la situación. El trabajo finaliza con una recapitulación de la situación actual en la que se destacan algunas metas que es necesario alcanzar: la reconciliación entre la democracia y la ética, la reconciliación entre el Estado de Derecho y la democracia, la reconciliación entre la democracia y la justicia, entre otros aspectos.

ABSTRACT. Based on the contributions of Van Mohl and Heller, the paper shows the relation and integration of three facets in modern State: the social, juridical and democratic facet. The State is not only Rule of Law, neither only Social nor only Democratic, but every component conditions and nourishes the rest. The paper emphasizes and analyzes the deep humanistic sense comprised in the concept of social and democratic Rule of Law, and the

* Trabajo presentado dentro del marco de las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional celebradas en la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo, junio 2005.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

role of Man (flesh and blood) as a cornerstone truth or non negotiable nucleus, for nothing makes sense if not Man. It develops the concept of “personalistic humanism”, emphasizing its four cardinal dimensions. The article concludes that social and democratic Rule of Law finds its basis and sense on a personalistic, solidary, communitarian, participatory and pluralist society. It carefully analyzes the crisis of political parties, mentioning its causes, the problems it engenders and even suggests some proposals to revert the situation. The paper ends with a recapitulation of the current situation, emphasizing some goals to be reached: the reconciliation between Democracy and Ethics, between Rule of Law and Democracy, between Democracy and Justice, among other aspects.

PALABRAS CLAVE. Estado social y democrático de Derecho; humanismo; humanismo personalista; el hombre; democracia; partidos políticos; democracia y ética.

KEY WORDS. Social and democratic Rule of Law; Humanism; Personalistic Humanism; Man; Democracy; political parties; Democracy and Ethics.

SUMARIO. 1. El sentido humanista del Estado social y democrático de Derecho. 2. La crisis de representatividad de los partidos políticos. 3. Conclusiones a manera de recapitulación.

En primer lugar deseo expresar toda mi gratitud a la Universidad Católica del Uruguay y a los organizadores de estas magníficas Jornadas Interuniversitarias, por el honor que me han dispensado al invitarme a participar de ellas exponiendo algunas reflexiones.

En segundo lugar, no es fácil hablar, ya en la etapa final del evento, de temas que han sido tan aguda y enjundiosamente analizados por ustedes, jóvenes estudiantes amigos, y por distinguidos profesores. Por otra parte, debo respetar el escueto tiempo de veinte minutos que nos han asignado.

No obstante, trataré de ofrecerles, con especial referencia a los queridos jóvenes estudiantes, sólo algunas breves reflexiones, fundamentalmente en dos aspectos que considero de vital importancia, en el muy amplio y complejo tema del Estado social y democrático de Derecho.

No debemos olvidar que el Estado social y democrático de Derecho, como toda creación de la cultura humana, goza de las virtudes, pero también padece de las limitaciones y miserias de los hombres que integran cada país. Si miramos atentamente la realidad mundial, nos encontraremos con *Estados maduros*, lo que no significa que no existan dificultades aún en la madurez. Otros *Estados jóvenes*, abriéndose esperanzados hacia su realización. Finalmente tenemos los *Estados adolescentes*, con las crisis y rebeldías propias de su “pubertad política”.

Partiendo del *Estado de Derecho*, en la concepción de Robert VAN MOHL, seguida por MAYER, LABAND y tantos otros, transitando luego por la del *Estado social de derecho* de Hermann HELLER, se advierte que en las últimas décadas se tiende a cierta plenitud de dichas concepciones con el ingrediente de la *democracia*, mediante una adecuada profundización e integración en la moderna concepción del Estado, de las tres facetas: la

social, la jurídica y la democrática, pues, como afirmaba Manuel GARCÍA PELAYO al analizar la fórmula de la Constitución española, “en la situación histórica presente, ninguno de estos términos puede afirmarse sin interacción con los otros”, porque ni es sólo Estado de Derecho, ni sólo Estado social, ni sólo democracia, sino que cada uno de esos enunciados condiciona y nutre a los demás.¹

La democracia, en el pensamiento de Norberto BOBBIO expresado en su estupendo libro *El futuro de la democracia*, se afianza como principio de legitimidad, en tanto ella permite una *participación lo más amplia posible de los interesados, en los mecanismos para la toma de las decisiones colectivas* en todos los ámbitos y niveles de asociación.

De allí que esta participación no puede ceñirse solamente a los aspectos políticos, pues con Jacques MARITAIN (1882-1973) a comienzos del siglo pasado, entendemos la democracia como una “filosofía general” de la vida humana y de la vida política, y “un estado de espíritu” por el que “la opresión y la explotación del hombre por el hombre sean abolidas y en que cada uno pueda vivir una vida verdaderamente humana, realizando en la vida temporal la ley del amor fraternal y la dignidad espiritual de la persona humana, que es el alma de la democracia”.²

No puede ignorarse que uno de los signos de los tiempos es la irrefrenable vocación de los pueblos a una mayor participación en el *poder*, pero también en el *saber* y en el *tener*, pues sólo con adecuadas porciones de *poder*, de *saber* y de *tener* cada hombre podrá llegar a ejercer, con la mayor amplitud posible, el sagrado derecho de *Ser Hombre*. Para ello se requiere una democracia política que logre su plenitud al instalar también la democracia social, la cultural y la económica.

¹ TORRES DEL MORA, Antonio, *Principios de Derecho constitucional español*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992. Parecidas reflexiones formula Albrecht WEBER respecto del artículo 20 de la Constitución de Alemania, en *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, 1999.

² *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, 1952, págs. 41-43.

1.

EL SENTIDO HUMANISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Tenemos la más firme convicción de que, para la vigencia de un Estado social y democrático de Derecho es indispensable una conciencia cultural que afirme el principio de que el punto de partida fundamental y la meta de todo quehacer de la cultura y el Estado son *el Hombre y la Sociedad*. Es ese *yo y el nosotros* el fin último de todo Estado, de todo poder, de todo gobierno, de todo derecho, de toda educación, de toda economía, de toda globalización, etc. Esto debemos grabarlo a fuego en nuestras mentes y en nuestros corazones, pues se trata de una *verdad fundacional*, ese *núcleo no negociable* fuera del cual *nada* encontrará su sentido y nos perderemos en abismos.

Este Hombre, al decir de Miguel de UNAMUNO, no es una entelequia, ni una mera divagación filosófica. Es el *hombre real y concreto*, ese *hombre de carne y hueso* que nace, sufre y muere; el que piensa y el que quiere; el hermano, el verdadero hermano, sujeto y supremo objeto de toda filosofía, quiéranlo o no ciertos sedicentes filósofos.

Precisamente por ello, el Hombre es el *fundamento, el sujeto y el fin* de las instituciones en las que realiza la amplia variedad de sus formas de vida social.

Es el *fundamento*, pues su ontológica naturaleza social origina la sociedad, ya que ningún hombre lo podrá ser plenamente sino en la convivencia con los otros que *no son yo*, en el decir orteguiano. Es el *sujeto*, como hacedor social, protagonista y artífice de su propio destino y del de la sociedad. Y es el *objetivo*, porque el Hombre es el fin último a cuyo servicio deben estar dirigidas toda sociedad y todas sus manifestaciones culturales como acabamos de señalar.

Precisamente, es a partir de esta concepción de un *humanismo personalista* que el Estado debe constituirse a su servicio, no sólo como *gerente*, sino además como *garante del bien común*.

Es preciso hundir nuestras reflexiones en el *humanismo integral* de que nos habla MARITAIN, considerando al Hombre en la integridad de su ser natural y sobrenatural, y que se manifiesta, conjugando su pensamiento con el de Max SCHELLER, KANT y otros filósofos, en cuatro dimensiones cardinales.

1. *Dimensión individual*, el *yo* que procura una *relación de identidad consigo mismo*, de autenticidad, de coherencia; de ser plenamente *yo* y no *otro*.
2. *Dimensión social*, porque el Hombre es un *todo* abierto, que tiende por naturaleza a la vida social y a la comunión con los demás hombres, para ser pleno, en una *relación de fraterna solidaridad*.
3. *Dimensión cósmica*, que une al hombre con el cosmos, en una *relación de señorío*, de *dominus*, colaborando en el desarrollo y la conservación de los bienes de la naturaleza y el universo, que Dios nos entregó para nuestro legítimo uso y goce.
4. *Dimensión trascendente*, con el misterio del Ser, que al decir de Kant es *lo Absoluto* para el filósofo, y es el Dios Padre de los creyentes. Esta relación está inspirada en un humanismo teocéntrico configurado por una *relación de profundo amor filio-paternal*, del Hombre como *criatura rehabilitada por Dios* (MARITAIN).

Son estas cuatro dimensiones las que, como un abanico de posibilidades, se le abren al hombre para que pueda *ser persona* lo más plenamente factible, y en las que se encuentran implicados *todos los derechos humanos*: consigo mismo, con los hombres, con las cosas y el cosmos y con su Padre Dios.

Si se olvida esta *perspectiva humanista personalista*, caemos en la *cosificación* del Hombre, en su deshumanización y destrucción, porque dejó de ser *fin* para ser *instrumento* de una mera visión materialista y economicista del hombre, como una mercancía o un mero dato estadístico.

De no ser así, ¿cómo puede aceptarse que en el mundo millones de seres humanos vivan y mueran carentes de alimentos, de vivienda, de educación y de salud? ¿Cómo es posible que en mi Argentina, con capacidad para alimentar a 60 millones de personas, tengamos en una pobreza que afecta al 53% y una indigencia que alcanza al 25% de la población? Quizás entonces comprendamos la caída de la confianza en el sistema democrático que se registra en toda Latinoamérica, que del 61% en 1996, ahora está en un 53%. Quizás comprendamos el aumento del porcentaje de 16 a 21% de las personas que son indiferentes al sistema democrático por la falta de soluciones a sus problemas.

Por eso afirmamos con la más plena convicción que un Estado Social y Democrático de Derecho será sólo una falacia, una pura normatividad, si olvida esta superlativa

concepción humanista, pues sólo en ella encuentra su fundamento y sentido una sociedad que deberá ser *personalista, solidariamente comunitaria, participativa y pluralista*.

2.

LA CRISIS DE REPRESENTATIVIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

En teoría, nadie discute que los partidos políticos son células primarias del sistema democrático y que sus diversos aspectos organizativos y funcionales, junto con los sistemas electorales, constituyen piezas claves de un Estado social y democrático de Derecho, el cual, como afirma KELSEN en su conocido libro *Esencia y valor de la democracia*, “necesaria e inevitablemente requiere un “Estado de partidos. Si ellos no existiesen, habría que inventarlos”.

Pero asimismo nadie discute la profunda crisis de representatividad y de legitimidad en que se hallan inmersos. Lo vemos en los procesos electorales de nuestros países y de Europa. En mayor o menor grado, se observa que el pueblo, en impactantes proporciones, ha desertado de los partidos como vehículos de representación y canalización de sus inquietudes y demandas políticas.

Es notable constatar que en Latinoamérica, un *55 por ciento de electores declara no votar por ningún partido político*. Es de Perogrullo afirmar que este divorcio y esta falta de integración entre gran parte de la sociedad, su clase política y los partidos políticos deterioran sustancialmente el sistema democrático.

En consecuencia, es imprescindible y urgente que los partidos tengan la apertura necesaria, que permita que la sociedad los oxigene y *se incorpore* desde ellos al proceso político. De no ser así, perderán su sentido en el sistema político y quedarán solamente como estructuras organizativas y con oligarquías dirigenciales que constituirán un mundo aparte y ajeno a la realidad social, que buscará y transitará otros medios de expresión. *Piénsese, si no, en la significativa difusión de anárquicas protestas sociales, que vociferan y exigen sus demandas, ignorando y, más aún, denostando a los partidos políticos.*

Frente a esta lamentable realidad, pensamos que las *elecciones primarias abiertas*, como procedimientos para que en la *nominación* de los candidatos partidarios a las elec-

ciones generales puedan intervenir todos los ciudadanos que lo deseen, afiliados o no, si bien no constituyen *la solución* a la ardua problemática que afrontamos, sí es *una solución* a tener muy en cuenta.

¿Qué se percibe en la realidad y cuáles son los aportes de las elecciones primarias abiertas?

1. La realidad nos muestra una *difundida falta de credibilidad y escepticismo, en la mayoría de la gente*, respecto de los partidos y de sus dirigencias, a las que se observa en sectores importantes, salvo reales pero minoritarias excepciones, como irresponsables y corruptas, con desmedidas ambiciones de poder, enredadas en rencillas e internismos partidarios, habiendo caído en un autismo político que las aleja de los problemas y las demandas de la gente.

Ante ello, no dudamos de que las elecciones primarias abiertas son capaces de *promover en el ciudadano una mayor credibilidad e interés por la política*, al dejar de ser un invitado de piedra o un mero espectador y sentirse convocado a integrarse en el proceso electoral desde la nominación de los candidatos, nominación en la que puede y debe influir.

2. De otro lado, existe un *generalizado desconocimiento e ignorancia de los candidatos*, muchas veces ilustres desconocidos de una “boleta sábana”, lo cual genera la falta de adhesión y confiabilidad ciudadana por la despersonalización del candidato; un “voto al anonimato” que convierte la *relación representativa* en una parodia.

En cambio, creemos que las elecciones primarias abiertas *personalizan la elección de los candidatos*, por la posibilidad del conocimiento que de ellos tengan los ciudadanos, que les permita nominar a los “buenos” conocidos.

3. Todo lo que hemos señalado se manifiesta en una *marcada ausencia de participación* de los ciudadanos en la selección de los candidatos, impuestos por la dirigencia u “oligarquía” partidaria, por los caudillos, mientras que las elecciones primarias abiertas, por el contrario, *acrecientan la participación del ciudadano* no sólo en las elecciones generales, sino que a través de las primarias éste “participa” ya desde el mismo acto de la nominación de los candidatos.

4. Por último, frecuentemente *se observan graves falencias en la idoneidad tanto política como moral de candidatos*, porque lamentablemente se nomina a mediocres políticos, pero, eso sí, eficaces “punteros” y militantes que reclaman lo que consideran como “merecidos

ascensos y candidaturas” en el “escalafón partidario” que, nadie duda, difiere notablemente de las exigencias del “escalafón y de la meritocracia institucional”. André HAURIOU señala que los tiempos modernos, con la complejidad de sus problemas, no son ya tiempos para el “gobierno de los amateurs”.

En este ámbito, es verdad que las elecciones primarias abiertas *coadyuvan a la nominación de los mejores candidatos y a legitimar la mediación representativa de los partidos políticos*, dándoles mayor transparencia y credibilidad, mediante candidatos capaces y honestos, que serían lúcidos y eficientes gobernantes. Más allá de elucubraciones de gabinete, la experiencia nos demuestra acabadamente que el pueblo, el “hombre común”, tienen una percepción muy sagaz de quién es correcto o incorrecto, capaz o incapaz, responsable, negligente o falso.

3.

CONCLUSIONES A MANERA DE RECAPITULACIÓN

- Es imprescindible afianzar la *vigencia de un humanismo personalizante*, fundado en la dignidad humana natural y sobrenatural, y que posibilite el desarrollo de las cuatro dimensiones cardinales de la personalidad, mediante la instauración de un bien común que garantice el respeto y el ejercicio de sus derechos.
- Ante la vigencia de un sistema democrático degradado, *¡es urgente reconciliar la democracia con la ética!* Es bueno que nos preguntemos: ¿cuánta corrupción e impunidad resistirán nuestras democracias?, ¿cuánta ineficiencia para lograr soluciones políticas?, ¿cuánta frivolidad, cuánto autoritarismo enmascarado, cuánto engaño en gran parte de las dirigencias políticas y sociales?
- Asimismo, creemos que *es urgente reconciliar la democracia con un Estado de Derecho* en el que la división y el control entre los poderes del Estado sea una verdad en la República, y en el que tanto las instituciones como los dirigentes y el pueblo asuman el cumplimiento irrestricto de la ley, extirpando la anomia que destruye el valor de la seguridad jurídica, garantía esencial al Estado de Derecho.
- Igualmente, en muchas de nuestras realidades nacionales *es urgente reconciliar la democracia con las crecientes y justas demandas sociales* de una mayor participación en el *poder*, en la *cultura*, en la *riqueza*, mediante la implantación de

mecanismos que integren a los ciudadanos en el protagonismo y el control de las funciones partidarias e institucionales; como en la vigencia de la justicia social que posibilite el acceso a los bienes de la educación, la salud, la vivienda y la distribución de las riquezas. No sólo se debe convocar al pueblo a la *mesa electoral* del comicio, sino que es indispensable convocarlo a la *mesa del bienestar*, ¡el mayor que sea posible!

- También es urgente reconciliar el Estado social y democrático de Derecho con una *cultura del esfuerzo, del trabajo, del estudio y de las responsabilidades sociales*, mediante un sistema generalizado de premios y castigos, que destierre la cultura de la mediocridad, el populismo, la especulación, el facilismo, el *chanterío* y tantas otras lacras de nuestra sicología personal y social.
- Finalmente, es urgente, reconciliar la *democracia con la justicia*, que promueva el respeto a la ley y suprima tanto los atropellos estatales como la impunidad delictiva, que a menudo nos agobia junto con la falta de seguridad jurídica, que frustra la realidad vigente de los derechos y garantías constitucionales en nuestras vidas.
- Somos conscientes de que los problemas son complejos y de no fácil solución. Pero también lo somos de que, si el pueblo reconociese en las clases dirigentes más ética y responsabilidad en el compromiso y un firme e inteligente deseo de servir a la comunidad, habría una mayor credibilidad en el Estado social y democrático de Derecho.

Para concluir, bueno es recordar un párrafo de Charles PÉGUY, notable escritor francés fallecido a comienzos del siglo pasado, en el que con hondura y crudeza afirma:

La revolución social será moral o no existirá. No podéis transformar el régimen social del mundo moderno sino provocando al propio tiempo —y primeramente en vosotros mismos— una renovación de la vida espiritual y de la vida moral, ahondando hasta los fundamentos espirituales y morales de la vida humana, renovando las ideas morales que presiden la vida del grupo social como tal, y que despiertan la vitalidad de un ímpetu nuevo.

Queridos amigos y jóvenes estudiantes: A pesar de todo y ante el testimonio vigoroso de compromiso con que ustedes nos han enriquecido en estas tan gratificantes jornadas, tengo plena fe en el presente y en el futuro del Estado social y democrático de Derecho. Sigamos todos juntos haciendo el mismo camino, porque, como bien dijera un agudo intelectual, lo que hoy nos parece utópico y nos desalienta sólo requiere un poco más de esfuerzo y un poco más de tiempo. Muchas gracias.

Nuevas fronteras de la igualdad.

EL RECURSO AL DATO SOCIOLOGICO Y AL INTÉRPRETE EXTERNO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

Néstor Pedro Sagüés

RESUMEN. La idea de igualdad es una de las más cambiantes en la historia humana. El tema, inagotable, tiene una dimensión constitucional muy significativa.

La sentencia (año 2003) de la Corte Suprema de los Estados Unidos dictada en la causa *Lawrence versus Texas* versa sobre la constitucionalidad de una legislación penal de dicho Estado que castigaba las relaciones sodomíticas homosexuales practicadas entre adultos, en la intimidad y libremente consentidas. Revirtiendo el anterior criterio del tribunal, la mayoría de la Corte declara la inconstitucionalidad de esa ley. Para ello, concluye que hay un ámbito de privacidad exento del control de la moralidad pública; y que una discriminación contra homosexuales —por el hecho de ser así— es ya inconstitucional.

El discurso argumentativo de la Corte emplea varias veces el recurso al dato sociológico, con aportes contradictorios en el voto mayoritario y el minoritario. En otro orden de ideas, la Corte, tal vez por primera vez en su jurisprudencia, basa también (por mayoría) su veredicto en opiniones de otros tribunales extranjeros, en lo que podría llamarse *recurso al intérprete externo*, afirmándose como tribunal de derechos humanos.

ABSTRACT. The idea of equality is one of the most changing concepts in the history of humanity. This endless topic has a very significant constitutional dimension.

The Supreme Court of Justice of the United States in “*Lawrence versus Texas*” (2003) ruled that sodomy laws set forth in the criminal legislation of said state were unconstitutional. Said regulation punished adult homosexual relations in private and by mutual consent.

* Trabajo presentado dentro del marco de las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional celebradas en la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo, junio 2005.

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica Argentina.

Contrary to the prior decision, the majority of the Supreme Court held that said Sodomy law was unconstitutional and concluded that there is an aspect of privacy which is exempt from the control of public morality; and discrimination against homosexuals – just for that fact- is already unconstitutional.

The Court's arguments resorted to sociological datum, and had contradictions between majority and minority votes. Likewise, the Court, maybe for the first time in history, based its verdict (by majority) on the opinion of foreign courts, which could be addressed as resource to foreign interpreter, and was restated as a human rights court.

PALABRAS CLAVE. Principio de igualdad; derecho a la igualdad; interpretación; dato socio-lógico.

KEY WORDS. The principle of equality; the right of equality; interpretation; sociological datum.

SUMARIO. 1. Introducción. Una sentencia trascendente. 2. La tutela de los derechos. 3. El manejo de la doctrina de la constitución viviente. 4. El recurso al dato sociológico. 5. El recurso al intérprete externo. 6. Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN. UNA SENTENCIA TRASCENDENTE

Lawrence versus Texas, una muy comentada y polémica sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del 26 de junio de 2003,¹ es una muestra interesante de los debates que suscita, en materia de interpretación constitucional, el manejo de datos de la realidad, y la remisión al criterio de otros tribunales ajenos a los del país que interpreta su Constitución, para sustentar la tesis adoptada por este último.

El fallo analiza la constitucionalidad de una norma penal del estado de Texas que incriminó relaciones homosexuales entre adultos, libremente consentidas y practicadas en la intimidad. Lo que se discute es la constitucionalidad de dicha norma por su posible vulneración de los derechos de privacidad, del debido proceso sustantivo (una idea conectada también con la de razonabilidad) y de igualdad.

La sentencia atrae por varios motivos. Hay, desde luego, temas de Derecho constitucional de fondo, relativos al concepto mismo de Constitución (Constitución estatutaria-Constitución viviente) y a la incompatibilidad entre la norma punitiva local y los derechos constitucionales federales. Pero también hay aspectos muy estimulantes, propios de la

¹ Existe una traducción realizada por editorial La Ley, 2004, y un comentario sucinto de Germán J. BIDART CAMPOS publicado en el suplemento de Derecho Constitucional de la revista jurídica *La Ley*, Buenos Aires, diciembre de 2003.

interpretación constitucional (en particular, dos: el recurso al dato sociológico y al intérprete externo). Por lo demás, llama la atención el alto grado de disputa que se traba entre la mayoría de la Corte (seis jueces, que optan por declarar inconstitucional a la ley tejana) y la minoría (tres magistrados, que la reputan compatible con la Constitución).

2.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Aquí el debate es doble.

- a. Primero, con relación al derecho a la intimidad, y al debido proceso sustantivo, el interrogante planteado es si existe una zona privada que esté blindada para resistir la penetración de los criterios morales de la sociedad.

Apartándose de una tradición estadounidense bastante propicia a aceptar que las pautas de moralidad pública pueden interferir en los recintos íntimos de las personas,² el voto mayoritario concluye que efectivamente hay un ámbito de privacidad que no puede ser perforado por la moral pública: la desaprobación moral social no constituye, en ese espacio, un interés estatal relevante.

El voto minoritario, en cambio, especialmente subrayado por el juez SCALIA, destaca que la creencia social mayoritaria en que una determinada conducta es inmoral e inaceptable justifica su reglamentación. Para ello cita, siguiendo pautas del derecho estadounidense, los supuestos de incesto, adulterio, zoofilia —incluso masturbación— y obscenidad, que han merecido reproches penales o civiles, según los casos, aunque se desarrollaren en recintos privados. Para la minoría, la posición mayoritaria de la Corte puede generar “el fin de la legislación moral”.

- b. En segundo lugar, se discute si puede haber una legislación diferenciada para y contra los homosexuales. El voto mayoritario descarta la constitucionalidad de esas

² Véase sobre el tema LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, págs. 95 y ss.

normas que importan un supuesto de discriminación estigmatizante. La jueza O'CONNOR (que recientemente dimitió a su cargo en la Corte) apunta al respecto que la ley en cuestión, si castigase actos de pederastia, tanto hetero como homosexuales, podría quizás tener algún relativo y discutible andamiaje constitucional, pero que no lo posee si únicamente incrimina los actos de sodomía homosexual. En otras palabras, la ley de Texas trata a los homosexuales como delincuentes y como clase discriminada.

El voto minoritario parte del supuesto de que no existe un derecho constitucional fundamental a ser homosexual, y alerta sobre toda la legislación reputada constitucional por la Corte que de diverso modo descalifica en sí a la homosexualidad; en tal sentido, por ejemplo, la exclusión de las fuerzas armadas de quienes tengan esa orientación (tales normas en ciertos supuestos impiden el desempeño no solamente de homosexuales, sino también de quienes tengan la *intención* de serlo). El razonamiento de SCALIA lo lleva incluso a sostener que, si no se aceptase tal trato diferencial, caería el matrimonio heterosexual, ya que habría que admitir las bodas de tipo gay y lésbico.

3.

EL MANEJO DE LA DOCTRINA DE LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La utilización de esta teoría, que hemos adelantado en otra oportunidad,³ importa en *Lawrence versus Texas* una herramienta casi indispensable para que la Corte Suprema abandone la doctrina sentada en el caso *Bowers versus Hardwick*, cuando en 1986 el mismo tribunal había aceptado la constitucionalidad de una ley de Georgia relativamente similar a la de Texas ahora enjuiciada.⁴

³ Véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Sobre el concepto de constitución viviente", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año I, nº 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 58 y ss.

⁴ No obstante, la ley de Georgia cuestionada en *Bowers* reprimía por igual la sodomía entre personas de distinto o del mismo sexo, como lo destaca el voto del juez Kennedy.

Para posibilitar ese cambio, la mayoría reconoce, en términos generales, el error de *Bowers*. Un fundamento contundente para dejar *Bowers* es que la sociedad piensa ahora de distinto modo. El voto del juez KENNEDY está identificado con uno de los argumentos decisivos de la doctrina de la Constitución viviente (*living Constitution*), al sostener que “mientras exista la Constitución, las personas en cada generación podrán invocar sus principios en su propia búsqueda de mayor libertad”, y reconoce la presencia de cegueras axiológicas al exponer que “el tiempo puede cegarnos ante ciertas verdades”. También indica que las generaciones posteriores “pueden ver que las leyes que alguna vez fueron consideradas necesarias y apropiadas de hecho sirven sólo para oprimir”. El *argumento de las generaciones* (conectado asimismo con la tesis del *constituyente actual*) es, en efecto, uno de los más eficaces para justificar la aplicación de la doctrina de la Constitución viviente, al sostener que cada generación tiene el derecho de asumir a su modo la Constitución, sin encontrarse sometida al parecer de las generaciones precedentes, incluida la de la que sancionó el texto.⁵

Por el contrario, la minoría tiende a aferrarse a una visión segura y estática de la Constitución, en particular conforme a quien la hizo y a quien primero la interpretó: la necesidad de estabilidad y de certidumbre no tiene barreras, expone SCALIA. El peso del precedente es aquí enorme, y el valor del *stare decisis* tiende a ser casi pétreo, en homenaje a la seguridad jurídica.

⁵ Respecto del argumento de las generaciones, nos remitimos también a SAGÜÉS, op. cit., pág. 58.

4.

EL RECURSO AL DATO SOCIOLOGICO

Ambas partes, mayoría y minoría, van a motivar su veredicto recurriendo a la realidad. Para explicar el abandono de *Bowers*, la mayoría subraya el retraimiento de la legislación punitiva respecto de los homosexuales. En 1961 habría 50 estados represores; al dictarse el fallo *Bowers* (1986), serían 24. Ahora resultarían 13, en cuanto a sodomía, y solamente cuatro se perfilarían decididamente homofóbicos (antihomosexuales). Además, en la mayor parte de esos casos, tales leyes no se aplicarían, con lo que se habría operado, según se desprende de tales afirmaciones, una especie de costumbre cuasiabrogatoria o desuetudo. Paralelamente, hubo en la sociedad y en la literatura especializada numerosas y fuertes críticas al fallo *Bowers*.

La minoría contesta que, de todos modos, en muchos estados todavía se penalizan legalmente conductas homosexuales como las discutidas en *Lawrence versus Texas*, y que hay varios casos en que se aplican condenas. Y si de críticas se trata, también *Roe versus Wade* (la célebre sentencia que declaró inconstitucional la punición del aborto libre, declarando a éste un derecho de la mujer, dentro de ciertos plazos de la gestación y en determinadas condiciones) suscitó fuertes objeciones, las que no impiden que se continúe aplicando y conserve valor como precedente, conforme al principio del *stare decisis*. ¿Por qué *Roe* deberá seguir incólume, y no ocurre lo mismo con *Bowers*?

La escaramuza entre mayoría y minoría revela uno de los problemas más serios que provoca el recurso al dato sociológico: la discusión en torno a la veracidad y el contenido, la extensión y la profundidad de los hechos invocados. Bien dice ALEXY, en este tema, que las valoraciones de la sociedad no siempre pueden determinarse con exactitud, y que muchas veces no son concretas.⁶ La impresión que deja *Lawrence versus Texas*, además, es que los dos grupos de la Corte Suprema (mayoría y minoría) se han visto necesitados de recurrir a la realidad para argumentar su decisión, pero que alguno de ellos, o no está adecuadamente informado, o está manipulando información.

⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 31.

Aun con todas esas dificultades, la presencia del dato sociológico en el discurso argumentativo parece ser cada vez más ineludible. Tal constatación no debe extrañar, si se admite que el Derecho constitucional posee una dimensión fáctica o existencial que acompaña a la normativa y a la axiológica, y que naturalmente impacta en ambas. En tal sentido, ¿es acaso legítimo interpretar una regla constitucional ignorando cómo y cuánto es aplicada por los operadores del sistema, cosa que implica investigar su vigencia efectiva, y de qué manera —positiva o negativa— la percibe la sociedad? ¿Puede el intérprete-operador hacer funcionar una cláusula de la Constitución sin preguntarse si se encuentra realmente en vigor? Solamente una visión unidimensional-formalista del Derecho constitucional podría responder afirmativamente a estos dos interrogantes.

5.

EL RECURSO AL INTÉRPRETE EXTERNO

Sin embargo, la parte quizá más provechosa de *Lawrence versus Texas* es la actitud de la mayoría de la Corte Suprema al invocar jurisprudencia extranjera para interpretar derechos constitucionales nacionales.

Hemos visto con anterioridad que ciertas cortes supremas y tribunales constitucionales no tienen problema alguno en citar antecedentes de tribunales externos (supranacionales o nacionales) para fundar sus decisiones. En Argentina ello ha sido frecuente, en particular por la mención de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, entendida algunas veces como paradigmática en la materia. Aunque han existido vaivenes al respecto (esto es, períodos de mayor o menor seguimiento de esa jurisprudencia), dicha tendencia ha sido frecuente, y se explica tanto por la autoridad intelectual de la Corte norteamericana, como por la similitud entre uno y otro textos constitucionales.⁷

En Estados Unidos la situación ha sido muy distinta. La Corte Suprema ha practicado tradicionalmente una suerte de *autismo constitucional*, manejando solamente insumos locales para elaborar sus productos jurisprudenciales.

⁷ Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-1220.

No obstante, algunos fallos de la Corte Suprema norteamericana (y varios votos singulares de sus jueces) habían comenzado a tener en cuenta al intérprete externo, aunque cotizándolo “bajo la par” con relación al estadounidense. Así, en *Stanford versus Kentucky*, con relación a la calificación de ciertas penas como crueles o inusuales, señaló que los criterios imperantes en los Estados Unidos podían entenderse como dispositivos, mientras que los extranjeros solamente serían referenciales. En *Atkins versus Virginia*, al evaluar la constitucionalidad de la pena de muerte aplicada a retardados mentales, entendió que podía detectarse en el tema cierto consenso en Estados Unidos, compartido por otras naciones. Sin embargo, en *Foster versus Florida* la Corte Suprema pensó que ella no debería imponer verdades o modas extranjeras a los estadounidenses.⁸

Lawrence versus Texas implica una revolución copernicana en el tema, porque la mayoría de la Corte cita en su favor, para entender inconstitucional la ley de Texas aquí evaluada, la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos vertida en *Dudgeon versus United Kingdom*, alertando que dicho tribunal supranacional operaba al momento de esa sentencia sobre 21 naciones, mientras que ahora lo hace sobre 45. También menciona sentencias parecidas del mismo tribunal, el criterio de “otras naciones” y un dictamen de la Comisión Asesora del Parlamento Británico, de 1957, con igual orientación.

La minoría prefiere pertrecharse en la interpretación “nacionalista” de la Constitución, según las pautas ya citadas de *Foster versus Florida*.

Lawrence versus Texas vuelve a plantear el tema de si es bueno o no interpretar la Constitución nacional según pautas adoptadas en temas similares por un tribunal exterior. Muchos países adoptan esa actitud porque entienden que determinados tribunales extranjeros (la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, entre otros) poseen un rango y una legitimidad muy cotizados, y son dignos de imitarse. Esto podría llamarse el *argumento de la calidad*. Habría otro, complementario: el *argumento de la imparcialidad*, dado que la cita, por un tribunal nacional, del criterio de un tribunal extranjero parecería revestir al fallo del primero de mayor objetividad y neutralidad, en cuanto arrimaría razones esgrimidas por otros jueces en otros países, quienes se han expedido en circunstancias y en un contexto social distinto y, por ende, menos com-

⁸ Cf. sobre el tema, y como análisis pormenorizado de *Lawrence versus Texas*, SAGÜÉS, María Sofía, “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de Lawrence v. Texas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, Porrúa, México, 2004, págs. 205 y ss.

prometido con los intereses y las pasiones del país donde se emite el nuevo pronunciamiento.

No obstante, el recurso al intérprete externo no es fácil de aceptar en los Estados Unidos, que ha juzgado (literalmente) que su Constitución es la mejor de la Tierra,⁹ y cuya sociedad piensa que su Corte Suprema es seguramente también la más valiosa del planeta. Paralelamente, y no sin alguna razón, a la luz por ejemplo de la misma doctrina de la *living Constitution* (o Constitución viviente), podría sostenerse que, si la Constitución debe ser sentida conforme a los requerimientos y creencias de la sociedad nacional, no sería aconsejable hacer uso de patrones culturales provenientes de otras comunidades, que incluso pueden ser portadores de graves conflictos de legitimidad (vgr., entre lo que es *justo* o *injusto* para un grupo nacional o para otro, como es el que aplica en su territorio la interpretación constitucional “importada”).

El autismo constitucional norteamericano y la consecuente jurisprudencia “nacionalista” no son, pues, casuales. Sin embargo, también se ha detectado una cierta corriente “internacionalista” en la doctrina judicial estadounidense,¹⁰ que apurada por el fenómeno de la globalización (un proceso por lo visto no solamente económico, sino también cultural y por ende con proyecciones jurídicas) hace eclosión ahora en *Lawrence versus Texas*.

El recurso al intérprete externo por parte de la Corte estadounidense puede afirmarse o retraerse en el futuro, básicamente en función de los cambios que ocurran en la composición del tribunal, mutaciones que parecen apurarse a partir del 2005 y que pueden resultar ideológicamente muy profundas, atento el debate que al respecto se ha abierto en seno de ese país, precisamente a partir de la renuncia de la jueza O’GORMAN, en junio de este año, y la futura cobertura de ésa u otras vacancias que podrían producirse.

⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, voto en *Elkinson* del juez JOHNSON, quien califica a la constitución norteamericana como “el instrumento más maravilloso jamás creado por el hombre”. Véase CORWIN, Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, edición revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, Buenos Aires, Fraterna, 1987, pág. 13.

¹⁰ Sobre las tendencias “nacionalista” e “internacionalista” en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cf. HONGJU KOH, Harold, “On American Exceptionalism”, en 55 *Stanford Law Review*, 1479, cit. por SAGÚES, María Sofía, op. cit., págs. 206 y ss., quien también analiza las posiciones de William H. REHNQUIST y Charles LANE, entre otros.

6.

CONCLUSIONES

A todas luces, *Lawrence versus Texas* es un fallo importante. Implica una definición ideológica muy relevante en materia de derechos constitucionales, al adscribirse el voto mayoritario a una filosofía *liberal*,¹¹ en el sentido norteamericano de ese vocablo (esto es, de izquierdas, pero según la versión estadounidense). De todos modos, cabe alertar que esa mayoría no proclamó claramente que existiera un derecho constitucional fundamental a ser homosexual.¹²

También importa un refuerzo de la doctrina de la interpretación dinámica y evolutiva del Derecho constitucional, con intensas aproximaciones a la tesis de la Constitución viviente, para lo cual se acentuó el recurso al dato sociológico, y un nítido empleo del intérprete externo para la hermenéutica de los derechos personales nacionales. No falta quien haya advertido que tal sentencia contribuye a perfilar a aquella Corte Suprema como un tribunal constitucional y de derechos humanos.¹³ Puede predecirse asimismo que, a partir de esta sentencia, aquellas dos herramientas interpretativas cobrarán auge en dicha Corte y se proyectarán en otros tribunales constitucionales, aunque en el territorio estadounidense su afirmación dependerá de la futura composición de su Corte Suprema.

¹¹ Entre los críticos a esta postura, véase BARKER, Robert S., *La constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Gríjley, 2005, pág. 104, en nota, quien apunta que la invocación del principio del debido proceso para defender el homosexualismo y la sodomía implica un alejamiento del texto y sentido original de la Constitución norteamericana y de la civilización occidental.

¹² Véase en tal sentido LEGARRE, op. cit., pág. 181, nota 550.

¹³ SAGÜÉS, María Sofía, op. cit., págs. 215 y ss.

El Estado social de Derecho*

*Carlos Hugo Valdez**

RESUMEN. El autor realiza varios planteos respecto al Estado social de Derecho con diversas perspectivas. Analiza históricamente la aparición de los derechos de segunda generación y la tensión que se creó con los de primera, el choque de culturas jurídicas (especialmente proveniente del Derecho civil) y los problemas que se presentaron en la realidad. En este esquema analiza el fracaso del Estado liberal del siglo XIX y la respuesta del siglo XX bajo la forma del Estado social de Derecho. Se realiza además un importante análisis de la evolución en varios países europeos (Alemania, España, Italia, Inglaterra, etc.) y americanos (México, Brasil y Argentina), lo que enriquece considerablemente el estudio. Finaliza el análisis histórico con la pregunta de qué es hoy el Estado social de Derecho, analizando los cambios y desafíos que enfrenta en nuestros días, pero reafirmando su vigencia y trascendencia.

ABSTRACT. The author analyzes Social Rule of Law from different perspectives. He historically analyzes the appearance of second generation rights and the tension produced between these and first generation rights, the clash of juridical cultures (especially deriving from Civil Law) and the problems encountered in practice. Within this framework, the author analyzes the failure of the Liberal State in the 19th century and the response of the 20th century under social Rule of Law. In addition, an important analysis is made of the evolution of several European (Germany, Spain, Italy, England, etc.) and American countries (Mexico, Brazil and Argentina), thus considerably enriching the study. The historical analysis concludes with the question of what Social Rule of Law is nowadays, analyzing the changes and challenges faced in our time, reaffirming its validity and relevance.

* Trabajo presentado dentro del marco de las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional celebradas en la Universidad Católica del Uruguay; Montevideo, junio 2005.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Córdoba (Argentina).

PALABRAS CLAVE. Estado social de Derecho; Estado de Derecho; Estado liberal de Derecho.

KEY WORDS: Social Rule of Law; Rule of Law; Liberal Rule of Law.

SUMARIO. 1. Las antinomias de la evolución constitucional. 2. El proceso al capitalismo liberal. 3. Las propuestas totalitarias 4. La marcha hacia otro modelo. 5. El nuevo constitucionalismo. 5.1. América Latina. 5.1.1. México. 5.1.2. Brasil. 5.1.3. La experiencia argentina. 5.2. Europa. 5.2.1. Inglaterra. 5.2.2. Francia. 5.2.3. Italia. 5.2.4. Alemania. 5.2.5. España. 6. Conclusiones. ¿Qué es el Estado social de Derecho?

1.

LAS ANTINOMIAS DE LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

Las adjetivaciones que, en la frase del título, aparecen asociadas al concepto-núcleo o sujeto (*Estado*), en apariencia implican una contradicción. Ésta fue ya señalada por la doctrina en el sentido de que el *connubium* del Estado con las demandas de solidaridad social puede presentar incompatibilidades si lo remitimos al esquema originario del Estado de Derecho.

Trazar los límites no siempre resulta fácil, como lo demuestran las siguientes antinomias: autonomía privada y cogestión, libertad y planificación, orden de prioridades, pluralismo de intereses e interés público (salud, educación, cultura, investigación), asistencia social (estatal) y autoayuda, seguro y sistema previsional, subsidios sociales y ayuda familiar o propia, libertad y procesos de concentración en la prensa y en la economía, política de retenciones y capitalización. (Erwin STEIN)

El precedente histórico de estas antinomias estuvo, empero, en la evolución del constitucionalismo. Los derechos de la primera generación son los presupuestos de los de la segunda generación. Cuando en lugar de la arbitrariedad del gobernante con poder (físico y político) se afirmó la autoridad de las reglas, cualquiera fuera su fuente, se puede decir que hubo un comienzo histórico y jurídico para el Estado de Derecho. Lo fundamental, empero, consistió en que a las obligaciones que crean las normas para los ciudadanos

nos se sometió también el gobernante. Con razones muy atendibles se ha dicho que estuvo en la Prusia de Federico el Grande —donde un juez fue sancionado por haber fallado al margen de las normas— el *locus* inaugural de este nuevo tipo estatal, así como que el concepto de Estado de Derecho, articulado por la experiencia alemana, tiene su correlación sustantiva en la idea y la práctica del *rule of law* de fuente británica. Sostiene Norberto BOBBIO:

El Estado de derecho ha avanzado y sigue avanzando en la medida en que los poderes arbitrarios se sustituyen por poderes jurídicamente controlados, los órganos irresponsables por órganos jurídicamente responsables, en fin, en la medida en que el ordenamiento jurídico organiza la respuesta a la violación que proviene, no sólo de los ciudadanos particulares, sino también de los funcionarios públicos.¹

Una verdadera encrucijada se planteó, precisamente, cuando las demandas de políticas públicas, además de conservar la libertad personal y la igualdad formal ante la ley, implicaron actos del Estado que intervinieron en las relaciones humanas (sobre todo las de orden económico) más allá de los principios de prescindencia con que había definido su perfil el denominado Estado moderno. Dentro de esa matriz se presentó el llamado *sentido negativo* de la libertad, o sea, la idea de que el ejercicio de los derechos del ciudadano obliga al Estado a no interferirlos, y poco (¿la beneficencia?) o nada más.

Esto cobra especial trascendencia cuando se trata de la propiedad y los contratos. Recordemos que, según el artículo 544 del Código Civil francés, “la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas *de la manera más absoluta*”, teniendo presente, al respecto, de qué modo las instituciones del llamado Código de Napoleón han ejercido una larga influencia en el derecho de filiación liberal y, de paso, también en el de las otras. Sin que se le pueda imputar una posición tan extrema, para nuestro Código Civil la propiedad o dominio “es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. A propósito del efecto de los contratos, el mismo Código Civil establece que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (artículo 1197). Hizo falta, de todos modos, bastante esfuerzo para, en sentido de justicia, civilizar al *civil*.

Fueron precisamente esos dos institutos —de tanta trascendencia para las relaciones sociales, en particular si son de contenido económico— los que en su momento se vieron confrontados con la evolución jurídica de signo social en el siglo XX. El enfoque de

¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1994, pág. 119.

la *función social* del Derecho, acaso anticipado por las tesis de León DUGUIT alrededor de 1910, tuvo su expresión en verdad impactante con el constitucionalismo de la última posguerra mundial (Constitución argentina de 1949) y también, más adelante, con la Constitución española de 1978. En el ínterin, la sociedad había avanzado hacia el Estado (el progreso de la socialización del poder) y al mismo tiempo el Estado avanzó sobre la sociedad (los avances de la estatización sobre la estructura socioeconómica).

La autonomía de la voluntad en las obligaciones entre partes —el fundamento de la legitimidad de los contratos— fue cuestionada con relación a cierto tipo de interacciones socioeconómicas, atendiendo a la diferencia de *status* y posibilidades que produce la posición de los obligados en razón de su riqueza o patrimonio; también las situaciones que motivan las crisis estructurales, tal cual ocurrió con la de 1929-30 y sus graves repercusiones socioeconómicas. Fue precisamente en cuestiones de orden civil donde se produjo una suerte de ruptura en cuanto a la sacralidad de los contratos.

En la nación que lideraba el capitalismo, Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia (*Home Building versus Blaisdell*, 8 de enero de 1934) convalidó la constitucionalidad de una ley de emergencia que afectaba, con una moratoria, las cláusulas de los contratos hipotecarios. El fallo reconoció prioridad a “los intereses vitales de la comunidad” sobre los meramente individuales. En la Argentina, la Corte, en coincidencia con dicho precedente, hizo otro tanto a propósito de la ley 11.741, no sólo en cuanto a prórroga del plazo para el pago del capital de los préstamos hipotecarios sino además para la limitación de los intereses fijados en los contratos.²

Este acontecimiento jurisprudencial no suele ser mencionado cuando se hace la crónica de la evolución del Estado liberal hacia el Estado social. No puede negarse que representó un golpe muy duro al instituto de la propiedad en su tradicional sentido absoluto y, sobre todo, a su expresión aplicativa en los contratos. Tal afectación a la sacralidad de dichos elementos medulares del Estado de Derecho en la concepción originaria (*individualismo de posesión*) abrió una brecha de este lado del Atlántico y con ello un rumbo hacia lo que ocurriría más adelante. En la Argentina fueron estos cambios los que marcaron las diferencias profundas entre grandes jueces de la Corte Suprema, como Roberto Repetto, de un lado, y luego Tomás Casares, en el otro.

² *In re: Avico contra De la Pesa*, 7 de diciembre de 1934, *Fallos*, t. 172, págs. 29-97.

Fue, a no dudarlo, el cuestionamiento de la *ficción de la autonomía de las partes* —que se había mantenido dogmáticamente durante ciento treinta años, por lo menos— lo que estuvo en la superficie, madurando posiciones interpretativas, cuando llegó el momento en que las *relaciones laborales* fueron concebidas con criterios jurídicos que, en aspectos de fondo, ya no estaban en el Código Civil. Y no puede negarse que el replanteo de la legitimidad de los contratos que comprometen la posición del capital frente al trabajo resultó uno de los núcleos críticos del Estado social de Derecho. A ello dieron respuesta, con la afirmación de los derechos de segunda generación, las Constituciones europeas de 1945 en adelante, y esto al margen de los buenos deseos de los antecedentes formales.

2.

EL PROCESO AL CAPITALISMO LIBERAL

El Derecho liberal —propio del Estado moderno— había creado una esfera de libertad y de reserva en beneficio de las personas (individuos y sociedades por ellos formadas) a la que el Estado no podía acceder salvo por motivos de orden público o por causa de “utilidad pública”, previa indemnización y mediando las garantías del debido proceso (artículos 17, 18 y 19 CN y 2511 CC). Muy difícilmente tenían lugar allí las relaciones socioeconómicas.

Tal cual en su momento lo había diseñado Tomás HOBBES (1651) sobre las facultades de cada gobierno (entonces personificado en un rey absoluto), regía el anatema de que “lo que no está prohibido por una ley entonces está jurídicamente autorizado”. Éste fue el *campo de reserva* para que floreciera el esquema básico del liberalismo: de un lado el derecho de propiedad como signo principal de la libertad al afirmarse el carácter dominante de la clase burguesa, y conjuntamente la limitación al Estado en el sentido de no transformar su ámbito de decisiones en la negación del que corresponde al individuo. Al Estado, llegó a sostener el autor del *Leviatán*, le caben plenos poderes en lo que hace a sus funciones de conductor y organizador de la sociedad, bien que con notable amplitud, pero no más allá. Semejante acotamiento del poder estatal iría casi a un extremo cuando a fines del mismo siglo John LOCKE retomara la doctrina de la división de poderes que venía de

la Grecia antigua y predicara la tesis de que las leyes únicamente debían ser sancionadas por el Parlamento.

Casi al mismo tiempo se estableció el principio y la práctica de la independencia de los jueces y normas de procedimientos (el debido proceso) que instituyeron garantías severas en beneficio de los ciudadanos. De éstos, ciertamente, fueron los miembros de la clase propietaria —la burguesía y una parte de la nobleza, asociadas— los principales beneficiados en esa etapa histórica. Se formó y consolidó, consecuentemente, un régimen en el que la libertad de los derechos políticos se practicó, progresivamente, en estrecha ligazón con los derechos civiles, o sea, ante todo la propiedad privada. Por algo que está en la naturaleza humana, en el corazón de esta alianza se instaló el *sentido utilitario* de las relaciones sociales, es decir, el egoísmo como trinchera de los derechos económicos y, a la vez, motor del dinamismo que pronto se expresó en la revolución industrial y en la expansión del comercio en lo interior y en lo internacional. Tal fue la matriz sociológica e histórica del *individualismo de posesión*.

En la etapa *moderna*, al avanzar el tiempo, fueron consagrados también los derechos políticos y civiles, con una amplitud sin precedentes; pese al carácter gradual, acaso trabajoso, con que en la práctica se dio su extensión hacia *la plebe*, en la tendencia estuvo inscripta la crítica y la transformación del sistema político básico. Estos derechos comprendieron tanto a los miembros de la burguesía cuanto a los de la pequeña burguesía y también a los trabajadores. De otro modo, sería una incógnita la evolución del Derecho electoral y los cambios que esto produjo en la formación y el desarrollo de partidos democráticos, entre ellos la conocida variedad de socialismos (socialdemocracia, comunismo, etc.) y luego otras corrientes igualmente “progresistas”, del tipo de la democracia cristiana, en Europa, América y Asia hasta llegar al siglo XX. En la Argentina citamos entre otros al socialismo, al radicalismo y, en lo fundamental, al justicialismo.

Con el comienzo del siglo XIX, sin embargo, al grueso de la población europea le llegó la hora de *la gran decepción*, cuando aquello de *libertad, igualdad y fraternidad* no se hizo presente en las realidades. El industrialismo estimuló el crecimiento de la población y, además, su concentración en las ciudades y otros centros de actividad económica, buscando fuentes de trabajo para millones de seres. Como respuesta, las fábricas, la minería, el transporte y el comercio se brindaron con amplitud a esa demanda, pero en condiciones muy duras, donde el hacinamiento en viviendas precarias o carentes de servicios sanitarios, los salarios muy limitados y además subordinados a las variaciones del mercado, ejercieron una tremenda presión (hacia abajo) sobre el *nivel de humanidad* de las personas

y las familias. El auge del llamado *capitalismo primitivo* fue notorio y expansivo, pero impuso un precio muy caro a las masas. A HEGEL, varias décadas antes de MARX, correspondió la disección de la *sociedad civil* y la afirmación de que se mantenían casi intactas las carencias de los siervos de la gleba.

Fue un hecho, sin embargo, que la alianza con tal sistema económico de parte de los gobernantes con poder político se planteó al mismo tiempo que se hacía del *pueblo* el titular de la soberanía y, además, en climas relativos de libertades democráticas. No faltaron entusiastas de esa novedad, quienes imaginaron que la *representación* daba respuesta técnica a los dilemas de Rousseau, y que por vía de la acción parlamentaria se ejecutaría racionalmente el programa ambicioso de la *igualdad* —algo, por otra parte, que alarmó a los estamentos dominantes.

De ahí, pues, la necesidad de controlar esa evolución, como ocurrió a partir del fallo del juez John Marshall con que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1803, limitó las amplísimas competencias que algunos soñaron para el Congreso, y que convirtió al Alto Tribunal en guardián del sistema socioeconómico liberal (y dejamos sin tocar el problema de la esclavitud, pese a su inexcusable condición de *mano de obra gratis*). En Francia, la restauración de la monarquía en 1815 y hasta 1871 hizo de gran parte del siglo XIX un ciclo de duras represiones para los movimientos que pretendían anular la *propiedad privada*.

Con lo anterior señalamos una importante contradicción entre los lemas igualitarios de las revoluciones democrático-burguesas de los siglos XVII y XVIII, por un lado, y la práctica del *individualismo de posesión (possessive individualism)* que había formulado John LOCKE:

Consiste éste en que todos los intereses del individuo y hasta la libertad personal, son articulados en el lenguaje de la propiedad. El individuo es esencialmente propietario de su propia persona y de sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad.³

Cuando en 1838 la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió (*in re Dred Scott*) que la liberación de un esclavo había violado el debido proceso legal en razón de que afectaba el derecho de propiedad, quedó a la vista un fenómeno de corrupción del Estado de Derecho y una grave desviación respecto al espíritu con que lo había concebido y

³ KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 283.

establecido la revolución liberal antiabsolutista. Como ya se vio, las cosas en Europa, aunque por otras vías y procedimientos, no eran muy diferentes.

3.

LAS PROPUESTAS TOTALITARIAS

Al avanzar el tiempo, la impugnación al sistema económico se confundió, pues, con la del propio sistema político; las llamadas corrientes revolucionarias —unas en pro de la igualdad, otras reivindicando los valores tradicionales o, directamente, la nación— cuajaron en formaciones antidemocráticas. A la vez que pretendían demoler la propiedad privada, predicaban y practicaban el aniquilamiento de los derechos políticos. Tales fueron los movimientos comunistas, de tipo leninista, el fascismo y sus parientes cercanos; para esas ideologías la formulación de una respuesta global, más allá de sus diferencias, miraba hacia la teoría y la práctica del totalitarismo. Unas y otras, como lo registró la historia, compartieron la obsesión por desalojar al individuo de las decisiones sociales y políticas. En su lugar, pensaron e hicieron, todo debía preverse y reglamentarse; por eso, en Rusia y Alemania llegaron a la militarización de la sociedad.

Esto hizo surgir una segunda y severa contradicción con respecto a las corrientes que cuestionaban el *individualismo de posesión*, incluso la libertad de mercado en sentido absoluto, pero se opusieron a renegar de las conquistas políticas de las revoluciones democrático-burguesas de los siglos anteriores. Con el surgimiento de la socialdemocracia en Alemania y del laborismo en Inglaterra, se exigieron límites importantes al ejercicio de la propiedad privada, aunque sin aceptar la pérdida de la democracia y de las condiciones de dignidad humana que la acompañan. El Estado de Derecho había echado raíces tan profundas como para no resignarse a renegar de ellas al momento de reclamar, aunque con otros nombres, un Estado social.

En la Sociedad Fabiana —fuente de las principales tesis laboristas— había un fuerte apego a la tradición parlamentaria y persistió la convicción de que las grandes decisiones deben pasar por la voluntad de una mayoría, así como que, por encima de la confrontación de las clases, la *representación* es una defensa irrenunciable contra la arbitrariedad del poder.

4.

LA MARCHA HACIA OTRO MODELO

Sin adherir a la lucha de clases —profetizada y alentada por el marxismo en el Viejo Continente— la entonces trascendente autoridad del papa León XIII se comprometió en 1891 con la descripción severa de las condiciones socioeconómicas del capitalismo, condenando sus vicios e injusticias y reclamando cambios de fondo. Una línea de la Iglesia que ratificó cuatro décadas más tarde el papa Pío XI a través de la encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), documento que molestó a Benito Mussolini por su crítica a la estatización de los estamentos intermedios, en lo cual estaba empeñado el fascismo.

Frente al socialismo, el pontífice defendió la propiedad privada afirmando que ésta “emana no de las leyes humanas sino de la misma naturaleza; la autoridad pública no puede por tanto abolirla; sólo puede atemperar su uso y conciliarlo con el bien común”. Frente al liberalismo, a la vez, reclamó un papel activo del Estado en defensa de los trabajadores:

Porque la clase de los ricos se defiende por sus propios medios y necesita menos de la tutela pública; mas el pueblo indigente, falto de riquezas que le aseguren, está peculiarmente confiado a la defensa del Estado. Por tanto, el Estado debe dispensar sus cuidados y providencia peculiares a los asalariados, que forman parte de la clase pobre, en general.⁴

De todos modos, siempre se mantuvo e intensificó la incompatibilidad entre los frentes originarios: la defensa de la economía de mercado sin interferencias estatales, de un lado, y el reclamo creciente de cambios y regulaciones, de otro. De esto se notificaron los constitucionalistas de las primeras décadas del siglo XX. Primero una nación latinoamericana, México, en 1917; enseguida la Constitución de Weimar (Alemania, 1919), luego la Constitución de la segunda república de España (1931).

La polémica indicada llegó, empero, hasta la mitad del siglo anterior. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) tomó forma la división de la humanidad en dos bloques principales: el capitalismo de las sociedades abiertas frente al “socialismo real”

⁴ LEÓN XIII, *Encíclica. Rerum Novarum*, 15 de mayo de 1891, n. 29

configurado por la antigua Unión Soviética, China y otras naciones de esa órbita. La hipótesis de la guerra atómica mantuvo las cosas en estado de indefinición, consumiendo una proporción extraordinaria de energías entre los pueblos comprometidos y sobre todo en otros que, siendo campo fértil para la violencia, no decidían la suerte del mundo.

En Europa tomó forma el empeño por encontrar un rumbo constructivo. A eso respondió, precisamente, que se ligara la convicción de mantener las libertades y garantías de la primera generación, con los derechos sociales de segunda generación. Es decir, el modelo del *Estado social de Derecho* que había preanunciado el proceso sociopolítico de las naciones occidentales y cuya fórmula semántica se atribuye al profesor alemán Hermann HELLER. Junto con el jusfilósofo Gustav RADBRUCH, ambos habían sido militantes jóvenes de la socialdemocracia.

Conviene advertir que el Estado social no se expresó, finalmente, en un socialismo que hiciera concesiones sustantivas al capitalismo, y tampoco en un capitalismo que aceptara renunciar a sus institutos fundamentales —por caso, la propiedad privada y las condiciones de una economía relativamente libre—. Las primeras Constituciones en que cobró cuerpo dicho rumbo fueron la de Francia (1946), la de Italia (1948) y la de Alemania Federal (1949). En las tres se inscribieron, no obstante, algunas cláusulas decididamente audaces en cuanto a socialización o nacionalización de sectores importantes de la economía, y ello produjo un llamativo entusiasmo en las agrupaciones de izquierda.

La Constitución vigente de Francia (V República) se aprobó en 1958, incorporando el Preámbulo de la anterior (IV República, 1946), donde se estableció que “todo bien o toda empresa cuya explotación adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe convertirse en *propiedad de la colectividad*”. La Constitución de Italia (1948) por su artículo 43 prescribió que “con fines de utilidad pública la ley puede reservar originariamente o transferir (mediante expropiación y con indemnización) al Estado, a entidades públicas o a *comunidades de trabajadores* o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresa que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a monopolios y que tengan carácter de preeminente interés general”.

Puede estimarse que el concepto implícito en las anteriores citas legales apareció con mayor profundidad y extensión en el artículo 15 de la Carta de Bonn (Alemania Federal) de 1949: “La tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán, con *fines de socialización*, ser transferidos a la propiedad pública u otra forma de economía *colectiva* mediante una ley que regulará la modalidad y la cuantía de la indemnización”.

Cabe tener presente que estas normas respondieron, en parte, a convicciones arraigadas en algunas de las fuerzas cívicas nacidas unas en la segunda mitad del siglo XIX y otras en el XX. Pero también fueron impuestas, luego de la derrota del fascismo, por el *proceso de negociación* que instauró la posguerra entre las diversas corrientes políticas que habían participado en la resistencia durante la contienda o que, al instalarse la paz y ponerse en marcha la reconstrucción, mostraron en las naciones de Europa una destacada capacidad electoral, unas por el volumen de sufragios y otras, menores, por su participación y arbitraje en las coaliciones gubernativas (tal el caso de los demócratas libres en la Alemania Federal y de los socialistas de Bettino Craxi en Italia).

Los Estados reorganizados luego de la Segunda Guerra se gobernarón mediante combinaciones de partidos y agrupaciones de derecha, centro e izquierda. De ahí que las fórmulas constitucionales hayan incluido contenidos normativos de uno y otro signo, como fruto de transacciones que tuvieron en cuenta, entre otros elementos decisivos, la necesidad de reconstituir la convivencia interna a fin de presentar un rostro de unidad exterior. Era la vía para lograr superar los problemas de la ocupación extranjera o graves situaciones de tensión que podían llevar a la guerra civil y a la desmembración.

De todas maneras, la idea compartida de un Estado social y que además fuera de Derecho no agotó las expectativas ideológicas. Francia e Italia presentaban una estructura política y social más penetrada por la idea de planificación y control del Estado sobre la economía. En ambos países la capacidad electoral de los partidos Comunista y Socialista competía casi en equilibrio con fuerzas de derecha y centro (republicanos, gaullistas, democristianos), lo cual impuso concesiones recíprocas a fin de convertir al emergente *statu quo*, relativamente precario, en un proceso de consolidación hacia adelante.

Con ello no se privaron empero algunos sectores, en particular los de izquierda, de reclamar una profundización de aquellos contenidos normativos de las constituciones que mejor se compadecían con sus posiciones doctrinarias. De modo especial en Alemania, donde los favores del electorado dieron mayoría largamente a la Unión Demócrata Cristiana, liderada por Konrad Adenauer, aunque se mantuvo una fuerte capacidad de crecimiento y de presión opositora por parte de la Socialdemocracia, conducida por Kurt Schumacher. Ya en 1961 fue evidente que al gobierno de Adenauer se le tornó necesario incorporar al minoritario Partido Demócrata Libre para sostenerse mediante una coalición.

Hubo corrientes radicalizadas que reclamaron la aplicación del citado artículo 15 de la Constitución —algunas de ellas netamente políticas y otras desde el sindicalismo—; o sea, avanzar en un proceso de socialización de la estructura económica. No tuvieron

éxito, ciertamente, ante todo por la posición del Tribunal Supremo Federal, cuya jurisprudencia cubrió de suficientes garantías a la propiedad privada de los medios de producción.

Contra esa orientación de la justicia se expedieron calificados medios políticos e intelectuales de filiación marxista, entre los cuales se destacaron los miembros del Instituto de Sociología y Ciencia Política de la Universidad de Marburgo. Impugnaron, por ejemplo, la interpretación extensiva del artículo 14 (“Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine”), cuya consecuencia, afirman, fue “pasar conscientemente por alto las normas contenidas en los arts. 15 y 20”⁵.

Es que la intención original del legislador no consistía precisamente en conservar el orden económico del capitalismo liberal en sentido estricto, sino en dejar abierta la posibilidad de una modificación de las condiciones de propiedad y de un eventual paso de la sociedad económica del capitalismo desarrollado hacia otra de carácter socialista.⁶

El caso alemán es, pese a todo, significativo. El aumento de la productividad y las inversiones extranjeras estimularon la consigna de *producir para vender*, lo cual repercutió en la expansión de las exportaciones. Junto con ello la economía de mercado, políticamente liderada por Adenauer e implementada técnicamente por su ministro Ludwig Erhard, ofreció a las masas un inédito incremento del nivel de vida. De manera que ellas tuvieron causas concretas para no sentirse demasiado agraviadas cuando se frustraron los planes de estatización de las grandes industrias y los proyectos no ya de cogestión sino de intervención avanzada de los delegados sindicales en la conducción de las empresas.

Entretanto, en 1959 la socialdemocracia abjuró del marxismo, mientras la clase dirigente de la nación rehacía sus ideas: a ninguno de los liberales, fuerte sector de la democracia cristiana, se le ocurrió que su patria podía funcionar sin la participación del sindicalismo ni, menos, reduciendo los salarios o eliminando el avanzado programa de seguridad social inaugurado por los primeros gobiernos de la posguerra. Habría implicado una actitud antihistórica que, con los años, se daría en otras partes del mundo. Lejos de ello, la economía de mercado de Adenauer se implantó asociada a leyes y medidas típicas de un régimen de *bienestar social*: elevación creciente de los salarios, viviendas, limitación

⁵ DIETRICH, Barbara, *Función de las instituciones judiciales*, Barcelona, Anagrama, 1968, págs. 238 y ss.

⁶ Ibídem, pág. 239.

de la jornada de trabajo, seguro de desempleo, protección de la niñez, en particular los huérfanos y viudas de guerra, servicios educativos y sanitarios, vacaciones pagadas, capacitación laboral, etcétera.

En las otras naciones principales —Francia e Italia— la intervención del Estado se compadeció más con una estructura socioeconómica donde el peso de las fuerzas políticas y sindicales impuso mayores determinaciones. Las nacionalizaciones en estos países concedieron un papel avanzado a la planificación y a las entidades gubernativas de control, así como a la estatización de sectores básicos de la economía, en el terreno de la industria, la energía y otros.

Pero en ninguno de ellos se dio un *socialismo de posguerra*, como habían vaticinado algunos profetas de la izquierda, acaso porque los nuevos regímenes constitucionales y las formas participativas aplicadas en la reconstrucción de Europa contuvieron suficientes garantías a los *derechos sociales* e importantes restricciones a *la propiedad* en sentido tradicional como para satisfacer la expectativa de las mayorías. La clase empresaria mostró que, en muchos factores, había aprendido la lección y que una recaída en el *individualismo de posesión* ponía a la sociedad en la ruta del triunfo de los partidos comunistas o de las corrientes socialistas de izquierda.

En Italia el empate electoral entre la derecha y la izquierda, pese a los costos de guerra y a la inflación, impuso a los partidos políticos una atención privilegiada a la *questión social*. Y no puede ignorarse la influencia de la Iglesia en esa materia ni, además, su peso en las opciones electorales de la población. Las coaliciones gubernativas entre el partido preponderante (Democracia Cristiana) y otras agrupaciones, inclusive socialistas moderadas, dio larga estabilidad a la democracia y a sus realizaciones sociales. Fue decisiva la separación del socialismo (Pietro Nenni) respecto a la estrategia del comunismo; en las elecciones de 1946 ambas fuerzas habían sumado 9 millones de sufragios (39%) contra 8 millones (35%) de la democracia cristiana. En 1948, en cambio, la fuerza liderada por Alcide De Gasperi alcanzó el 48,4%, contra el 31% de la extrema izquierda (partidos Socialista y Comunista).

5.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

5.1. AMÉRICA LATINA

En la experiencia política e institucional del siglo XX está en América Latina la primera marca de un nuevo sentido para el primer nivel del sistema normativo, del cual se deriva la legitimidad de las leyes y reglamentos que dan forma al Estado social de Derecho. Nos referimos a la Constitución de México de 1917.

Nos parece adecuado, por ello, ocuparnos primero del proceso de *constitucionalización* del Estado social en esta parte del mundo, pero sin olvidar que, a uno y otro lado del Atlántico, en ese mismo año recrudecieron las situaciones de crisis, de violencia y de revoluciones, extendiendo sus causas y efectos a los años que siguieron.

La *questión social* es decididamente crónica en América Latina, desde los tiempos de la estructura colonial y de las formas primitivas de producción y apropiación, que avanzaron trabajosamente hacia el dualismo económico (agro + industrialización). Sobre ese soporte, consiguientemente, estuvo y está el hecho de una población cuyos estratos mayoritarios fueron y son, en alta proporción, los *sumergidos socialmente*. De ahí la variedad de los experimentos intentados en orden al signo ideológico (socialismo, populismo, socialcristianismo, neoliberalismo, etc.) y su tránsito, a veces sangriento, cruzando etapas revolucionarias o de rebeliones armadas, y por numerosos y sucesivos regímenes políticos con democracias relativamente orgánicas, aún realizadas mediante el *clientelismo* o por caudillajes de fuerte raíz popular, cuando no los regímenes militares y/o de facto.

Cualesquiera hayan sido los pasos adelante —que no pueden negarse— o los retrocesos, en materia de desarrollo el subcontinente, a lo largo de los dos siglos que se iniciaron con la independencia de los países que lo integran, exhibe marcas determinadas y significativas de progreso material y cultural. Tal proceso estuvo acompañado por el crecimiento de la población y su concentración en ciudades, localidades, aldeas y villorrios, todo lo cual implicó una demanda constante y en aumento de fuentes de trabajo, o su solución mediante las llamadas *economías informales*; también supuso la necesidad de respuestas sociales: empleo, vivienda, sanidad, educación, seguridad, transporte y otras.

Se puede afirmar que América Latina, con sus acotamientos en orden al desarrollo económico, alcanzó, empero, una medida muy elevada de desarrollo social si se la compa-

ra con la capacidad de aquél, tanto para ofrecer niveles básicos de subsistencia cuanto para permitir un crecimiento autosostenido. Dentro de ese marco, las *masas* no son meros observadores o víctimas resignadas del atraso o las carencias; lejos de ello, su organización en partidos políticos, sindicatos o, asimismo, en los denominados *movimientos*, se viene expresando a través de procedimientos pacíficos y legales, pero igualmente por medios violentos, donde la mera protesta social aparece asociada a contenidos ideológicos de signo revolucionario, también vinculados a intereses especiales (contrabando, narcotráfico). Todo esto se traduce en climas de desarticulación socioeconómica y en movilizaciones que suelen insertarse en las formas institucionales de la ley o, en numerosos casos, en situaciones de inestabilidad cuya persistencia no puede menos que afectar la *gobernabilidad* de cada país o región.

5.1.1. México

En homenaje a los méritos intelectuales e históricos del pueblo de México —de sus juristas, en este caso—, me permito destacar que, entre otros, a su Constitución de 1824 se le debe una de las primeras formulaciones del derecho-garantía del amparo. Lo citamos:

Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre lo que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare.⁷

México es una nación que por dos veces debió conquistar su independencia: primero al desvincularse de la monarquía de Fernando VII (1821) y luego al derrotar y expulsar a las fuerzas del emperador francés Napoleón III (1862-1867). En el ínterin, sufrió la desmembración de una parte de su territorio en la guerra de 1846 con los Estados Unidos, y atravesó graves crisis intestinas cuya superación le llevó casi otro siglo, hasta estabilizar su *status* institucional en la década de los años treinta del pasado siglo XX.

⁷ Artículo 25 de la Constitución mexicana de 1824.

La Constitución vigente —con numerosas reformas— fue sancionada el 5 de febrero de 1917 por una convención constituyente durante el régimen de Venustiano Carranza y comenzó a regir el 1º de mayo del mismo año. La nacionalización de las tierras y el agua, la educación laica y los derechos sociales son los asuntos que dieron su impronta a esa Constitución y cuyas pautas y valores fundamentales se mantienen al presente.

Por su sistema institucional, México es “una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental” (artículo 40 CN). “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo” (artículo 39 CN).

El título primero de la citada Constitución Política del país se refiere a las garantías individuales, y de ellas destacamos:

- a. derecho para todo individuo de recibir educación, con un criterio democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (artículo 3);
- b. igualdad ante la ley del varón y la mujer; protección de la familia y de los niños; servicios de salud, vivienda digna, medio ambiente adecuado (artículo 4);
- c. libertad de elección del trabajo o profesión; propiedad del fruto del trabajo de cada persona; prohibición de trabajo personal sin consentimiento y no retribuido (artículo 5).

Estado y sociedad (artículo 25). *Desarrollo*: Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

Planeamiento: El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y el fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución.

Participación del sector social: Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el *sector social* y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

Sector social: La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del *sector social*: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

Trabajo y previsión social: Por el título VI, artículo 123, la Constitución realiza una detallada especificación de los asuntos relativos al trabajo y a la previsión social: empleos, salarios, jornada máxima, menores, mujeres embarazadas, igualdad de remuneraciones sin discriminar por sexo o nacionalidad, participación en utilidades de las empresas, viviendas, capacitación, accidentes, derecho de huelga, arbitraje, indemnización por despido, patrimonio familiar, asistencia sanitaria, asociación, etcétera.

Propiedad de las tierras y aguas (artículo 27): Corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada. Las *expropiaciones* sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

5.1.2. Brasil

La independencia data de 1822, en que fue proclamada por el emperador Pedro VI; en 1888 finalizó el ciclo monárquico y de la esclavitud; en 1891 se sancionó la Constitución republicana. Como otros pueblos de Sudamérica, los brasileros atravesaron ciclos de confrontaciones, de lucha contra regímenes oligárquicos y de revoluciones.

El alto nivel cultural y económico de buena parte de su dirigencia, radicada especialmente en *la costa*, contrastó, empero, con situaciones de atraso y explotación de los trabajadores. La esclavitud fue eliminada en 1888, pero la discriminación de la población de origen africano se mantuvo largamente y en muchos aspectos. La música y la literatura reflejaron con marcada elocuencia la problemática social del país. Con todo, Brasil se convirtió gradualmente en una verdadera potencia, y se destaca su expansión territorial.

A la nación la afectó notablemente la Gran Crisis (1929-1930) y ello condicionó su estabilidad política con el surgimiento de corrientes cuya diversidad ideológica trató de superar el ex gobernador del estado de Rio Grande do Sul Getulio Vargas, quien llegó a ejercer poderes dictatoriales pero avanzando hacia posiciones *populistas* que cuajaron en la fundación del *Estado novo*.

De todos modos, las crisis internas —aun los ciclos dictatoriales— fueron sucesivamente superadas por un proceso de crecimiento que, en sentido estructural, transformó a Brasil en una *potencia emergente*. La industrialización avanzó sin pausas, desarrollando el mercado interno, hasta ocupar posiciones importantes en el mercado internacional por la exportación de productos manufacturados. Con la normalización institucional, cerrado el largo ciclo militar iniciado en 1964, la elección por el Congreso en 1985 de Tancredo Neves como presidente civil habilitó posteriormente que se reuniera una convención constituyente que sancionó en 1988 la Carta Magna en vigencia. En ese marco, restaurada la democracia y renovada la dirigencia política en alta medida, Brasil encaró una política de desarrollo y apertura que, con sus altibajos, llega hasta el presente.

Conforme a su actual Carta Magna, de 5 de octubre de 1988, Brasil es una República Federativa, “formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, constituida en Estado democrático de Derecho” (artículo 1º). No hay dudas de que, sin proceder a la estatización en cuanto a la propiedad de las tierras y las aguas como hizo México, la república brasileña entró decididamente en el Estado social de Derecho.

Entre sus fundamentos constitucionales figuran: a) la soberanía; b) la dignidad de la persona humana; c) los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa. “Todo poder emana del pueblo”. El artículo 3 fija los *objetivos fundamentales*, entre ellos: a) construir una sociedad libre, justa y solidaria; b) erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales.

En el título II (“De los derechos y garantías fundamentales”), y dentro de éste en el capítulo I (“De los derechos y deberes”), la pauta general (artículo 5) establece que “todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileros y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, en los términos siguientes” (referimos los pertinentes a nuestro tema):

Igualdad de derechos y obligaciones de hombres y mujeres; el libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión; libertad de asociación y la autorización a éstas para representar a sus afiliados; creación de cooperativas; defensa del consumidor; el recurso de amparo para las entidades sindicales en defensa de asociados.

El capítulo de los *derechos sociales* está en los primeros tramos normativos; lo especifica el artículo 6: la educación, la salud, el trabajo, el ocio, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados.

Sin desmedro de lo anterior, la Constitución garantiza (artículo 6) “el derecho de *propiedad*”, imponiéndole conjuntamente el deber de “atender a su *función social*”. En cuanto a la “desapropiación”, es norma que el procedimiento lo establezca una ley y que sea “por necesidad o utilidad pública”, mediante una “justa y previa indemnización *en dinero*”. Sobre esto último se exceptúan “los casos previstos en esta Constitución”.

Respecto a dichos casos excepcionales, puede mencionarse el artículo 184, relativo a la “reforma agraria”, para cuyo fin pueden resultar expropiados los inmuebles que no estén “cumpliendo su función social”; en tal caso, la previa y justa indemnización se pagará en “títulos de la deuda agraria”, aunque con cláusula de preservación de su valor real y en un plazo de veinte años. Acorde con el artículo 186, la condición de *función social* se considera cumplida cuando la propiedad rural responde a requisitos como el aprovechamiento racional y adecuado, la observancia de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo, la explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

El título VIII (“Del orden social”) contiene normas que especifican aspectos relevantes en el Estado social. El artículo 193 fija la pauta general: “El orden social tiene como base el primado del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social”. Seguidamente se establecen las especificaciones en materia de seguridad social, salud, previsión social y asistencia social (artículos 194 a 204).

5.1.3. La experiencia argentina

La *cuestión social* tiene en la Argentina antecedentes de proyectos y leyes por lo menos desde comienzos del siglo XX, en los que se destacaron gobiernos provinciales como los de Córdoba (administraciones de Ramón J. Cárcano y Amadeo Sabattini, entre los principales), sin desmerecer otras legislaciones y medidas administrativas en el orden nacional y en el resto del país. De las leyes nacionales seguramente la más importante fue la nº 11.729 (de Empleados de Comercio), verdadero código de protección a los *derechos sociales*, que posteriormente sirvió de matriz a las normas del trabajo industrial. Dicha ley fue sancionada en 1935.

Se produce un verdadero *cambio cualitativo* —atendiendo al contenido político de la voluntad estatal— cuando en 1944 se instala en el poder una generación que hará de los *derechos sociales* uno de sus paradigmas. Junto con ello se pone en ejecución una política audazmente industrialista, que legitima el planeamiento e impone una función social a la propiedad. Esta tendencia cuajará en la reforma constitucional de 1949, a través de la cual

tomará forma el Estado social de Derecho. Y ello sin ignorar las resonantes disidencias que plantea la oposición de los partidos tradicionales, que denuncia las faltas en la ortodoxia jurídica de los procedimientos. El lamentado profesor Helio Juan ZARINI supo concentrar en pocos puntos el carácter de dicha reforma:

A pesar de la amplitud de las reformas de 1949, la Constitución siguió con su misma sistemática. Preámbulo, parte dogmática y parte orgánica. El Preámbulo sufre dos agregados. Las enmiendas doctrinarias más importantes se introducen en la parte dogmática, que es subdividida en cuatro capítulos: I) forma de gobierno y declaraciones políticas; II) derechos, deberes y garantías de la libertad personal; III) derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y cultura; IV) función social de la propiedad, el capital y la actividad económica.⁸

Según registra la historia, el *constitutionalismo social* en la Argentina fue objeto de una *proclama militar* que el 27 de abril de 1956 lo dejó sin efecto. Al año siguiente el régimen de facto convocó a una nueva reforma; los convencionales electos se dividieron y la asamblea quedó disuelta por “falta de quórum”. Pero antes convalidó *de hecho* el ucase militar del año anterior, el cual declaraba que la Constitución que regía era la tradicional de 1853, con sus modificaciones de 1860, 1866 y 1898 y con exclusión de la de 1949.

También alcanzó a sancionar un artículo nuevo (14 bis), que quedó incorporado al texto declarado vigente con un capítulo de normas protectoras del trabajo en materia de jornada limitada, descanso, vacaciones, retribución justa, igualdad de remuneración por igual tarea, participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección, el despido, la estabilidad, la organización sindical libre, los convenios colectivos, el derecho de huelga, la conciliación y el arbitraje, la seguridad social, el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones, la familia y la vivienda.

En 1994, ya funcionando el régimen constitucional-democrático, tuvo lugar una reforma constitucional con participación de todas las expresiones partidarias y sin proscripciones. La convención aprobó sus conclusiones en la sede de sus deliberaciones, la ciudad de Santa Fe, el 22 de agosto de 1994. Quedaron sancionadas algunas cláusulas nuevas, sobre todo de carácter programático relacionadas con el trabajo, la familia, la niñez, los ancianos y las personas con discapacidad. Acaso lo más importante fue la incorporación *con jerarquía constitucional* de una serie de convenciones internacionales que, entre otros valores, protegen y regulan las cuestiones del trabajo y ampliamente los aspectos sociales.

⁸ ZARINI, Helio Juan, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 169.

Entre ellas mencionamos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, Nueva York, 19 de diciembre de 1966), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA, Bogotá, 30 de abril de 1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de san José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969) y otros. Damos por reproducidos sus textos y remitimos al artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

5.2. EUROPA

5.2.1. Inglaterra

El programa de socialización con que el Partido Laborista llegó al poder en julio de 1945 lo condujo Clement Attlee, nuevo primer ministro, un ex mayor del ejército que hizo su carrera política más en el área administrativa que como militante de una fuerza política que contenía líneas extremas, pero que en su conjunto era más inglesa que revolucionaria. Sin olvidar su experiencia de gobierno al integrar el *gabinete de guerra* durante la segunda contienda mundial, al luego *sir* Attlee se lo ha calificado como de temperamento moderado pero de mucha firmeza en sus convicciones y adopción de decisiones. Se ha dicho bien que “el gran problema que el Partido Laborista afrontó en 1945 fue organizar un Estado de bienestar en un país casi arruinado por la guerra”.⁹

Hasta 1951 los laboristas estuvieron al frente del poder y se dedicaron a construir un *Estado social de Derecho* que incluyó la planificación de sectores estratégicos de la economía. Allí el *Welfare State* se realizó mediante un régimen de controles que incluyó la nacionalización del carbón, el acero, el gas y la electricidad, los transportes, el Banco de Inglaterra, agrupados todos estos rubros en una corporación estatal.

También se estatizaron la sanidad y todo lo relativo a seguridad social, con especial dedicación a la problemática de la niñez. No hubo una imitación del modelo soviético, pese a que la presidencia del comité central del Labour Party la ejercía Harold Laski, por entonces en pleno extremismo socialista; pero se impuso sí una importante modificación entre la renta del capital y la de los salarios, una tendencia que ya venía de la etapa de guerra. “De 1938 a 1950 en Inglaterra la porción del rendimiento nacional que va a los salarios pasó del 37% al 47%, al tiempo que la compensación del capital pasó del 37% al 25%”.¹⁰

⁹ LAQUEUR, Walter, *La Europa de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Vergara, 1994, pág. 52.

¹⁰ GRIMALDI, Ugoberto, *El socialismo en Europa*, México, UTEHA, 1961, pág. 36.

Cuando en 1951 el Partido Conservador volvió a tener mayoría en la Cámara de los Comunes, lo que causó un nuevo ciclo de Winston Churchill, se desnacionalizó el acero, pero en casi todo lo demás se mantuvo el sistema impuesto por el gobierno de Atlee. Acaso el principal argumento, no siempre justo, contra el *experimento social* fue una severa crítica a los niveles de eficiencia de la administración y la necesidad de estimular las inversiones, junto con el desmantelamiento de controles excesivos sobre la producción y los negocios. En esto sí los *torys* introdujeron cambios. Es que, en opinión de sus altos voceros liberales y conservadores, enjuiciando la gestión socialista, “es posible hacer reformas excelentes en forma pésima”.

Para ayudar a comprender la lógica interna del Estado social de Derecho en naciones avanzadas, a propósito de ese primer ciclo laborista en Inglaterra, vale tener presentes algunas conclusiones de GRIMALDI:

El *Welfare State* es al propio tiempo *managerial State*, o sea, que el Estado asistencial es asimismo el Estado de los dirigentes, el Estado centralizador que, con las nacionalizaciones, los planes y los controles, pone las palancas de la economía en manos de una clase reducida de técnicos, de administradores y de burócratas. El poder sustraído a los propietarios privados no se transfiere a manos de los obreros: va a los ejecutivos o *managers*.¹¹

5.2.2. Francia

La Constitución vigente es la llamada *de la V República*, sancionada el 5 de octubre de 1958, bajo la presidencia del general Charles De Gaulle. Define el artículo 2º:

Francia es una república indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. La soberanía nacional pertenece al pueblo.

A la fecha citada, la nación se encontraba inmersa en una crisis global, en parte a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, a los desastres militares que llevaron a la pérdida de colonias importantes (Argelia e Indochina) y a una verdadera parálisis del sistema económico. Al terminar la guerra, el gobierno de coalición de la IV República reflejó el pluralismo de fuerzas y partidos, lo que junto con los otros factores ejerció suficiente presión sobre el sistema político como para deteriorar sus condiciones de eficacia.

¹¹ Ibídem, pág. 40.

Cabe advertir que a la carta de 1958 quedó incorporado el Preámbulo de la de 1946, donde se establecen las pautas y principios que expresan al Estado social de Derecho. Mencionamos los principales y más pertinentes:

Cualquier persona tiene el deber de trabajar y el derecho de tener un empleo. Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo en razón de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias. Todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses por la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección. El derecho a la huelga. Participación en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas. Nacionalización (propiedad de la colectividad). Protección de la familia, niños y ancianos.

Hay una norma u objetivo que pone de manifiesto la fuerte presencia de líneas de izquierda (e incluso del nacionalismo de preguerra) respecto al rol del Estado: nacionalización (propiedad de la colectividad) de los servicios públicos nacionales o de monopolios de hecho. En Francia la conversión en empresas estatales fue importante en la posguerra (por caso, la industria automotriz y los principales servicios públicos), una tendencia que se aminoró con el paso del tiempo, pero que revivió con mucha energía cuando los socialistas ganaron las elecciones de 1981 y François Mitterrand se convirtió en presidente.

El gobierno socialista atravesó los obstáculos de la economía (inflación, recesión, desempleo) más la presión de millones de inmigrantes de origen norafricano. A mitad de camino, Mitterrand se mantuvo en la presidencia pero una derrota electoral de su partido ante la derecha le impuso *cohabitar* con un gobierno presidido por Jacques Chirac. De todos modos, el Estado social de Derecho no declinó su vigencia, ni se echó por la borda la Constitución de De Gaulle.

Por el artículo 34 de la Constitución de 1958 se habían consignado las atribuciones legislativas en materias como régimen de la propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales, derecho laboral, derecho sindical y de la seguridad social; también que mediante leyes de programa se determinarían los objetivos de la acción económica y social del Estado.

5.2.3. Italia

Luego de las elecciones de 1946 Italia se constituyó en una “república democrática basada en el trabajo” (artículo 1º de la Constitución de 1948). Bien se ha señalado el carácter fundamental del artículo 3º:

Todos los ciudadanos tienen igualdad de derechos sociales [...] Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país.

Es evidente que el Estado dio un paso adelante, superando la teoría y la práctica del *laissez faire, laissez passer* del liberalismo, aunque sin incurrir en la estatización de todo lo que se mueve, propia del fascismo.

En primer lugar, en la Carta Magna figura el reconocimiento a “todos los ciudadanos” del derecho al trabajo, así como el deber de promover las condiciones que lo hacen efectivo; dentro de ello, la protección a cuestiones relativas a la familia, niños, salud, educación.

En el título sobre *relaciones económicas* se establece que la república tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones (retribución suficiente para asegurar al trabajador y a su familia una existencia libre y digna, jornada máxima, descanso semanal y vacaciones, igualdad de derechos de la mujer, tutela del trabajo de menores, accidentes y discapacidad). Se incluyen la organización sindical libre, el derecho de huelga y los convenios laborales con eficacia obligatoria

En cuanto al *régimen económico*, por el artículo 41 la iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse si se opone a la utilidad social o cuando cause daños a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. La ley determina los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda orientarse y coordinarse con los fines sociales.

La *propiedad* es pública o privada (artículo 42). Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a particulares. Se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y de disfrutarla y sus límites, con la finalidad de asegurar sus *funciones sociales* y de hacerla accesible a todos. La propiedad privada puede ser expropiada en los casos que prevé la ley y, salvo indemnización, por motivos de interés general.

Nacionalizaciones: Según el artículo 43, con fines de utilidad pública la ley puede reservar originariamente o transferir (mediante expropiación y con indemnización) al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a monopolios y que tengan carácter de preeminentemente de interés general.

La ley reconoce la función social de las *cooperativas* con carácter mutuo y sin finalidades de especulación privada (artículo 45). *Ahorro popular-accionariado* (artículo 47): La república fomenta y tutela el ahorro en todas sus formas; favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad rústica y a la directa o indirecta inversión en acciones de las grandes empresas productoras del país.

Cogestión (artículo 46): Para la elevación económica y social del trabajo y en armonía con las exigencias de la producción, la república reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar, en la forma y dentro de los límites establecidos por la ley, en la gestión de las empresas.

La república fomenta y tutela el ahorro en todas sus formas; disciplina, coordina y controla el ejercicio del crédito (artículo 47), favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad rústica y a la directa o indirecta *inversión en acciones* de las grandes empresas productoras del país.

5.2.4. Alemania

El proceso de reconstrucción en la patria de Hegel y Goethe, al finalizar la guerra en 1945, es ciertamente original por lo complejo. Un tercio de su población y territorio quedó en la zona que controlaba la Unión Soviética; las ciudades y las industrias estaban en la ruina; los huérfanos, las viudas y los lisiados sumaban millones. Sin embargo, diez años más tarde Alemania tendría la presencia de una locomotora en el Viejo Continente. De ahí que se hablara de un *milagro*, máxime porque a sus vencedores europeos en la terrible contienda les costaría mucho más la recuperación.

El 23 de mayo de 1949 entró en vigencia la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, o sea, la Constitución de la parte occidental, que los aliados (Inglaterra, Estados Unidos y Francia) auspiciaban con más o menos entusiasmo:

1. La República Federal Alemana es un Estado Federal democrático y social. 2. Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución o de jurisdicción. 3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho.

Lo original se vio cuando la reconstrucción del país se hizo mediante la convocatoria del gobierno (el canciller o primer ministro era el ex intendente de Colonia, *herr*

Konrad Adenauer) a los empresarios, a los trabajadores y, sin decirlo, al capital extranjero. Alemania pensó (y así lo hizo) restablecer su economía haciendo lo propio con la sociedad, y el programa fue una eficiente política de seguridad social asentada en una economía de mercado. No fue ciertamente fácil llevarla a cabo, entre otros motivos porque al frente de la principal fuerza de la oposición, la socialdemocracia, figuraba Kurt Schumacher, que representaba la última etapa del marxismo, módula ideológica de los socialistas. En esos días recibía el apoyo del gobierno laborista inglés. Recién en 1959 se daría el desguace del materialismo histórico.

La Constitución, con el triunfo de la democracia cristiana liderada por Adenauer y la posición de los demócratas libres (en verdad liberales) como *camaradas de ruta*, impuso la tesisura del oficialismo. El Estado social de Derecho se realizó con ese *mix* entre derechos sociales y economía capitalista, acaso porque los directores técnicos de la economía, el Dr. Ludwig Erhard y sus colaboradores, profesaban ideas tan antiliberales como antiestatistas, y proponían en cambio lo que llamaban *economía de mercado social*. Con ello se empeñaron en que debían caminar juntas la mejora del nivel de vida de las masas y el reajuste del proceso económico a las exigencias políticas y sociales de ese momento histórico —o sea, aumento de la productividad hora-hombre en beneficio del consumidor—. De acuerdo con los precedentes y las encontradas corrientes ideológicas de la posguerra, tal programa se parecía mucho a una aventura. Les salió bien.¹²

Las cláusulas socioeconómicas de la Constitución tienen una orientación del tipo de *aproximación indirecta*: van hacia la creación de condiciones para que se den los objetivos antes que imponer los medios. Veamos las principales:

Derecho de asociación y de trabajo: Todos los alemanes tendrán derecho a constituir asociaciones y sociedades. Todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación (artículos 9 y 10).

Propiedad. Función social: Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine. La propiedad *obliga*. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, *el bien común*. *Expropiaciones*: Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley que determinará su modalidad y alcance. La indemnización se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y de los afectados. En caso de conflicto se dará curso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización.

¹² Cf. RAMOS OLIVEIRA, Antonio, *Historia social y política de Alemania*, México, FCE, 1952, págs. 226 y ss.

Socialización: A esta altura no deja de ser llamativa la *cláusula de socialización* que se insertó en la Constitución cuando ésta fue sancionada. Como otras cosas en el Derecho público, hay que considerarlas atendiendo al momento histórico y, dentro de éste, configurándolo, a la relación de fuerzas imperantes. El artículo 15 estableció:

La tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán, con fines de *socialización*, ser transferidos a la propiedad pública u otra forma de economía colectiva mediante una ley que regulará la modalidad y la cuantía de la indemnización.

Una tal avanzada jurídica hacia el ideal colectivista estimuló las ambiciones políticas de las corrientes de izquierda, que en esos momentos formaban en el ya decadente Partido Comunista, en un sector de la Socialdemocracia y con cierta presencia en la Democracia Cristiana (la línea de *herr Jakob Kaiser*). La pared con la cual se estrellaron no estuvo sólo en la resistencia del gobierno a promover leyes estatizantes, ya que se limitó a tolerar una ley de codeterminación de los sindicatos en el campo del acero, el hierro y el carbón. Un Poder Judicial acusado de conservador y proburgoés hizo de la jurisprudencia el muro principal. Sin perjuicio de ello, con el tiempo, algunos sindicatos se capitalizaron lo suficiente como para ser dueños de empresas.

Cómo se realizaría el Estado social en los planos concretos quedó confiado a la acción del Poder legislativo. El artículo 74 confiere las facultades pertinentes tanto al Estado federal cuanto a los *Länder*:

La legislación concurrente se extiende a los campos siguientes: [...] 12. El derecho del trabajo, incluyendo la organización de la empresa, la salvaguardia del trabajo y las oficinas de colocación, así como la seguridad social, con inclusión del seguro de desempleo. [...] 15. La transferencia de la tierra y del suelo, de recursos naturales y medios de producción a la colectividad o a otras formas de explotación comunitaria.

Según HORN:

[Este rol de la legislación hace que] la ley sea el principal instrumento del Estado de Derecho, y es asimismo la principal herramienta para concretar la meta del Estado social. Por eso, la legislación social en Alemania excede claramente el ámbito de una política social en sentido estricto (seguro social, sistema previsional, asistencia social). Está referida a múltiples áreas y problemáticas del orden social y económico (por ejemplo: derecho laboral, derecho económico, política de capitalización, servicios públicos, cultura y educación, protección ambiental, etc.).¹³

¹³ HORN, Wolfgang, *Estado de Derecho y Estado social, y Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997, pág. 175.

El principal obstáculo para las aspiraciones colectivistas, a todo esto, estuvo (y está) en la jurisprudencia, y bien se ha dicho que el poder de la justicia operó, incluso, como un freno a las incursiones del Parlamento más allá de los límites constitucionales; en especial, las tesis del Tribunal Supremo, sin duda avaladas por las posiciones de la Corte Constitucional Federal. Conforme a las denuncias de las agrupaciones de orientación marxista, para el Tribunal Supremo¹⁴ cabe hablar de “una garantía supralegal de la propiedad, que sólo permite la expropiación de forma excepcional bajo severas premisas”.¹⁵

5.2.5. España

Una vez clausurado el largo período del régimen de Francisco Franco, quien falleció el 20 de noviembre de 1975, la nación española se dio un sistema de monarquía parlamentaria. La Constitución sancionada en 1978, en su artículo 1º, define su dirección política y jurídica: “España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*”.

Durante el período de *transición* los partidos políticos, sin exclusiones y sin desconocer el rol de los factores de poder, elaboraron un acuerdo de base a fin de no generar una ruptura del Estado. Si bien hubo un empeño generalizado por superar el aparato y los hábitos institucionales de la autocracia precedente, primó en la dirigencia una actitud de prudencia y realismo que dio finalmente sus frutos. Los denominados Pactos de La Moncloa establecieron un acuerdo en los asuntos vitales con un sentido pragmático que, sin embargo, salvaguardó los valores esenciales de una democracia. Dos aspectos debemos rescatar a propósito del tema central de este trabajo:

Los derechos sociales

El *trabajo* fue consagrado por el artículo 35: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo. 2. La ley asegura un estatuto de los trabajadores”. A esto se ligaron disposiciones relativas a la seguridad social, tercera edad, familia y niñez, participación, salud y educación.

En este enfoque jurídico aparece el derecho de asociación como elemento medular. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de empresas contribuyen a la defensa y

¹⁴ BGHZ 6, pág. 275.

¹⁵ DIETRICH, op. cit., pág. 238.

promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios; con ello se instituye el derecho a sindicarse libremente y al ejercicio del derecho de huelga (artículo 22) A ello se liga la competencia de las asociaciones (de trabajadores y empresarios).

Propiedad y economía de mercado

La Constitución reconoce expresamente “el derecho a la propiedad privada y a la herencia”. Asimismo, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Una pauta fundamental es que el ejercicio de tales derechos está condicionado por su *función social*, cuya correspondencia con el sistema global delimitará dichos contenidos jurídicos de acuerdo con las leyes.

Papel del Estado. Planificación: Pese a la fuerte presencia política de las agrupaciones socialistas, España no ingresa a un sistema de estatización o de planeamiento centralizado, incluso porque agrupaciones como el PSOE muestran un alto nivel de madurez y adecuación a las realidades del país y de Europa en general. En su momento, al ejercer la jefatura del gobierno, el socialista Felipe González debió resolver las críticas de sus propios partidarios del PSOE. Pero tampoco, al instalarse la democracia, hubo posibilidad de imponer un liberalismo *démodé*. De ahí que el principio de la función social de la propiedad y de las empresas privadas, así como la *economía de mercado*, resultaran establecidos en el marco de un Estado activo y responsable.

Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y los derechos citados, así como la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Con ello, según el artículo 40, los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal, en el marco de una política de estabilidad económica.

Es para dichos fines que la Constitución legitima la función planificadora de los poderes públicos, algo que seguramente en su momento no fue simpático a las cofradías del liberalismo ortodoxo. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (artículo 131).

6.

CONCLUSIONES. ¿QUÉ ES EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO?

Los grandes logros de las naciones europeas que en la última posguerra se organizaron como Estados sociales —y que, salvo excepciones, no tienen paralelos en América Latina— no admiten una confusión entre la evolución económica y la sociopolítica. El Estado social de Derecho se mantiene intacto, acaso perfeccionado en diversos aspectos, pero ha debido compartir la suerte de sistemas productivos que, a lo largo de medio siglo, atravesaron los problemas de la recesión, de la expansión, de la inflación, del pleno empleo y de cifras preocupantes de paro. Sirven estos fallos, entre otros, para fundar la esperanza en la Unión Europea cuyos orígenes se remontan a 1951, cuando el horizonte fue imantado por las ideas y la predica de Jean Monnet.

A los cambios operados en la economía —como fue el caso, en alguno de los países, de rectificaciones importantes al estatismo o a ciertas experiencias de socialización— no siguieron caídas en la legitimidad del Estado social. No ocurrió, por ejemplo, cuando el *reaganismo*, personificado en la gestión gubernativa de la primera ministra Margaret Thatcher en Gran Bretaña, debió asumir medidas rigurosas de control sobre el presupuesto y modificaciones tecnológicas (la robotización, entre otras) en las industrias. Tampoco cuando esta misma política produjo una disminución llamativa del poder de los sindicatos.

Crisis de inflación, desocupación, caída del PBI y otras cuestiones fueron afrontadas, igualmente, por Francia, Italia, Alemania y España. No obstante, las correcciones necesarias para garantizar la eficacia del Estado no han conmovido, hasta el momento, la construcción política que luego de 1945 fue liderada por De Gasperi, Schuman, De Gaulle y Adenauer.

Podemos, pues, afrontar ciertas conclusiones sobre lo que es el Estado social de Derecho. La más lúcida exposición fue hecha, a nuestro criterio, por Manuel GARCÍA PELAYO, prestigioso constitucionalista y político español. Y ello sin perjuicio de los inestimables aportes de pensadores de otros países europeos y americanos.

En términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y posindustrial con sus nuevos y

complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas y organizativas para enfrentarlos.¹⁶

Es decir, la nueva formación no viene a renegar de los valores básicos del Estado democrático-liberal: la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. De lo que se trata, ahora, es de superar la oposición individuo-sociedad. “La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley han de ser complementadas con la seguridad de unas condiciones vitales mínimas y con una corrección de las desigualdades económico-sociales”.¹⁷

En una fórmula más sintética —remitiendo al papel del Estado lo esencial del modelo—, H. P. IPSEN sostiene que “el Estado social significa la disposición y la responsabilidad, la atribución y la competencia del Estado para la estructuración del orden social”.¹⁸ Con ser verdad lo relativo a los amplios poderes que asume el Estado contemporáneo, y que no han impedido sino en aspectos puntuales los supuestos liberales, pensamos sin embargo que el concepto de Estado social, conforme a la teoría y a la praxis occidental, resulta incompleto o contradictorio si se lo divorcia de la *legalidad*, o sea, de su alojamiento en los límites y en las posibilidades del Derecho, como Estado social de Derecho. Ante todo para diferenciarlo de la pretensión que en su momento tuvieron el sistema marxista soviético y sus parientes ideológicos, de presentarse como la versión auténtica de un Estado social.

El Estado social de Derecho no sólo está compelido a actuar *en el marco de la legalidad*, sino que es, como algo distinto de sus antecesores, un ejecutor de normas jurídicas, o sea, de los mandatos que recibe de la Constitución para operar como una organización activa a fin de hacer realidad los valores de orden socioeconómico que están ahora de por medio. La acción *en la legalidad* no se opone a que, en esta nueva dimensión, el Estado no esté solamente recluido en un sistema jurídico dominado por las leyes *de carácter general*. El constitucionalismo social lo habilita, precisamente, para adoptar una dimensión *operacional*, y con ello equiparse, además de ese tipo de legislación abstracta, con otra que la desarrolla y/o complementa mediante decretos, ordenanzas, reglamentos e inclusive *proyectos* que resultan insertos en las leyes y en los reglamentos. Es decir, por objetivos que

¹⁶ GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, pág. 1597.

¹⁷ GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pág. 26.

¹⁸ *Enteignung und Sozialisierung*, Heft 10 (1952), pág. 74.

deben cumplimentarse a fin de satisfacer el mandato global y que, en tanto éste ofrezca la suficiente precisión y razonabilidad, descarta el uso arbitrario o caprichoso de las competencias pertinentes.

No está de más tener presente que esta nueva característica de la legalidad del Estado social, donde el carácter operativo de los actos del gobierno viene a modificar sus relaciones con la sociedad, con la perspectiva de afectar los derechos fundamentales, ha impuesto que tomaran forma expresa institutos de protección al ciudadano que se tipifican como amparos y sus variantes (hábeas corpus, hábeas data, etc.). En el mismo proceso se puede comprobar el notorio crecimiento del espacio adquirido por el Derecho administrativo, dirigido precisamente a regular y/o normalizar la conexión del sistema de servicios (administración) con la actividad y los derechos de las personas y entidades.

Viene a propósito la opinión de GARCÍA PELAYO, para quien:

[...] cuando el Estado ha de utilizar la legislación, no sólo para crear un orden general para la acción, sino también como instrumento de acción, entonces las leyes no pueden tener siempre carácter general y abstracto, sino frecuentemente específico y concreto, de acuerdo con la singularidad y, a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir. Ello está, por lo demás, acorde con la idea de racionalidad típica de nuestro tiempo: con la llamada racionalidad instrumental, funcional, sistemática, operacional, etc., que desconoce un orden racional objetivo y para la cual no hay más que racionalidades subjetivas. Con arreglo a ella, es racional aquello que, dada una relación más o menos compleja entre fines y medios, sirve para lograr un objetivo [...]¹⁹

La persistencia del nuevo modelo quedó inscripta en las Constituciones y ejerció significativa influencia en muchas naciones del planeta, incluso de Asia y África. Se nos ocurre citar el artículo 1 de la Constitución de Córdoba (Argentina), según la cual “la Provincia, con los límites que por derecho le corresponden, es parte integrante de la República Argentina, y se organiza como *Estado social de Derecho*, sujeto a la Constitución Nacional y a esta Constitución”.

Entre nosotros, el profesor Néstor Pedro SAGÜÉS se ha esforzado —nos parece que con bastante logro— para especificar los elementos que son comunes a los distintos tipos estatales que se legitiman por el *constitucionalismo social*. Dicho autor selecciona los siguientes:

¹⁹ Ibídem, pág. 63.

a) Concepto positivo de libertad: el derecho a realizar una pretensión lograble; b) concepto sustancial de la igualdad: además de la formal (individualista) reclama asimismo una relativa igualdad de hecho entre los seres humanos, no una sociedad injusta; c) participación política: a la democracia representativa se agrega aquella en la que la comunidad interviene también en la adopción de ciertas decisiones políticas y económicas (referendos, consejos económico-sociales, etc.); d) dignificación (ética y política) del trabajo y de los trabajadores: el trabajo derecho-deber; en lugar de devaluar a los trabajadores se procura recotizarlos; e) función social de la propiedad: debe atender necesidades sociales, no ser empleada con fines antisociales ni mediante un manejo caprichoso de su titular.

Y además y conjuntamente: f) dignidad de vida: el Estado social promete brindar a todos un nivel decoroso de vida resolviendo necesidades mínimas; g) la solidaridad como deber jurídico: el goce y la satisfacción de una serie de apetitos y necesidades personales debe posponerse a la previa solución de una serie de carencias grupales básicas; h) justicia social: una justicia protectora de los carentes y débiles, lo que respeta básicamente a la dignidad humana; i) intervencionismo estatal: el Estado debe asumir un rol protagónico en la vida económica y social.²⁰

La pregunta que surge no persigue una respuesta definitiva, pero sí plantear una cuestión fundamental: ¿El Estado social de Derecho fue o es una formación sincrética, o se le puede adjudicar una entidad sustancial como fueron otros tipos, por caso el Estado absolutista, el Estado liberal-capitalista o el Estado comunista..? La idea de que, en todo caso, estamos en presencia de una “síntesis”, o sea, un *mix* de elementos que concurren, cada uno por su cuenta y de diferentes fuentes, parecería una solución. Pero siempre quedaría sin aclarar la persistencia histórica con que viene siendo y subsistiendo desde su instauración en la posguerra. Y esto sin perjuicio de que la “identidad” de las formaciones políticas no admite, en general, su inteligencia mediante conceptos puros o cerrados.

Para GARCÍA PELAYO “el Estado social significa una corrección no superficial, sino de fondo; no factorial (parcial) sino sistemática (total) del *statu quo*, cuyo efecto acumulativo conduce a una estructura y estratificación sociales nuevas, y concretamente hacia un socialismo democrático” (p. 23, *Las transformaciones...*).

Nos permitimos advertir que la afirmación final (“hacia un socialismo democrático...”) contradice en alta media los conceptos previos (o premisas mayor e intermedia) del pensamiento de dicho autor. El hecho de que en el Estado social se hallen presentes ele-

²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, págs. 12 y ss.

mentos que provienen de ciertos precedentes ideológicos e históricos no desmiente el hecho decisivo de que el Estado social de Derecho importó un procesamiento que, en su producto sistémico, *superó* esos precedentes y plasmó “una estructura y estratificación sociales nuevas”, lo cual engendró y colocó en la superficie no una formación mixta sino una nueva. Aunque no sea fácil sostenerlo, dada la distancia temporal que media, puede decirse que, con la constitución del Estado social de Derecho, el agotamiento del modelo comunista acontecido en 1989 se anticipó en cuatro décadas. Del mismo modo, la relación entre los actos de la vida sociopolítica (los individuos frente al Estado y los individuos entre sí), parida y desarrollada por el liberalismo, sobre todo en su estilo de *individualismo de posesión*, cerró su largo ciclo cuando fue imaginada y aplicada la tesis de que los derechos fundamentales tienen una inexcusable dimensión *social*.

El rol y la posición del individuo habían sido predicados para la totalidad del grupo social, aun con diferencias filosóficas en su exposición, ya por Thomas HOBBES, John LOCKE o Jean-Jacques ROUSSEAU. Todo indica, sin embargo, que la crisis del poder del Estado generada por la caída del absolutismo dejó librada la sociedad civil a su suerte, de donde emergió una admirable potencia de crecimiento material y cultural pero en el marco de un escenario descontrolado. La libertad en su movimiento no avanzó hacia la totalidad como imaginó HEGEL, sino hacia la fragmentación. Esto naufragó en el siglo XX cuando dos tremendas guerras mundiales no sólo sembraron el mundo de víctimas y ruinas sino que le dieron un final a la legitimidad de ese tipo de liberalismo. Lo que viene luego no es más individualismo liberal ni liberalismo individualista; le falta el ingrediente principal: el *laissez faire, laissez passer*. Con sus más y sus menos el Estado reasume la *conducción* y con ello su misión eminente de factor *constitutivo* de la sociedad.

De su parte, el socialismo fue pensado *ab-initio* para negar la propiedad privada acusándola de negar al individuo real y, por derivación, a la sociedad. Donde hay propiedad privada no hay socialismo; de otro modo, Marx no tendría nada que hacer en la historia. Tampoco el socialismo es simplemente planeamiento o intervencionismo del Estado; son aspectos importantes pero secundarios, no lo definen. Esto fue lo que estalló en 1989 con la URSS; pero antes, cuatro décadas antes, el ideal colectivista en las naciones occidentales pasó a retiro, sobre todo cuando los propios socialdemócratas (1959) renegaron del marxismo.

El Estado social de Derecho puede llevar el lastre de sus precedentes, pero no se identifica con cada uno ni con ambos a la vez. El Estado de Derecho en 1950 no es, para nada, el del siglo XIX ni del fin del XX. La extensión y autenticidad de los derechos

fundamentales lo hacen, ahora, otra cosa. El Estado social tampoco es —aun acumulando todos los *derechos sociales* imaginables— lo que habían imaginado los autores ideológicos o las experiencias del “socialismo real”. Donde hay propiedad privada no hay socialismo, y donde ésta falta no hay Estado de Derecho, tal cual lo exhibieron largamente Rusia, Rumanía, Alemania Oriental o Hungría. El crisol fundió los precedentes y de ello salió algo distinto. ¿China es un Estado de Derecho pese a sus grandes progresos socioeconómicos?

Una cuestión importante se refiere a los Estados “en desarrollo” que construyeron las formas políticas del Estado social pero sin el soporte de la industrialización avanzada. A poco andar lo social (el desarrollo de las fuerzas sociales), su efectiva incidencia sobre el *statu real* de la población se tornó incompatible con el Derecho proclamado y sancionado, al menos para una alta proporción de los ciudadanos. Mientras tanto, desde las naciones desarrolladas los poderes económicos exportaron hacia el escenario internacional los criterios del *laissez faire* en sus relaciones comerciales y financieras con la periferia. Surgió, consecuentemente, una contradicción que no está resuelta. De ahí que en las zonas no desarrolladas del planeta el Estado social de Derecho suele ser precario o parcial. El proteccionismo sobre productos agropecuarios y materias primas, junto con el *dumping* y otras estrategias que practican *hacia afuera* las grandes potencias, tiene algo que ver al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- BESSON, Ricardo, *La idea del Estado social de Derecho*, Caracas, COPRE, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1994.
- COMBELLAS, Ricardo, *La idea del Estado social de Derecho*, Caracas, CIEDLA, 1996.
- DIETRICH, Barbara, *Función de las instituciones judiciales*, Barcelona, Anagrama, 1968.
- DI TELLA, Torcuato S., *El sistema político brasileño*, Buenos Aires, Cari-Abra, 1995.
- GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- GRIMALDI, Ugoberto, *El socialismo en Europa*, México, UTEHA, 1961.
- HORN, Wolfgang, *Estado de Derecho y Estado social, y Rasgos básicos del Estado de Derecho según la Ley Fundamental alemana*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, “El régimen político francés”, en ídem, *Los regímenes políticos contemporáneos*, Madrid, Tecnos, 1960.
- JOHNSON, Paul, *Tiempos modernos. Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Vergara, 1988.
- KRIELE, Martín, *Derechos humanos y división de poderes*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LAQUEUR, Walter, *La Europa de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Vergara, 1994.
- LEÓN XIII, *Encíclica. Rerum Novarum*, 15 de mayo de 1891.
- Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano* (vol. 1), Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, Caracas, 1996.
- PÍO XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, Buenos Aires, Paulinas, 1979.
- RAMOS OLIVEIRA, Antonio, *Historia social y política de Alemania*, México, FCE, 1952.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993.
- SIMON, Helmut, *Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho*, Buenos Aires, CIEDLA, 1997.
- VAUSSARI, Maurice, *La Democracia Cristiana (Italia)*, Buenos Aires, Ciudad y Espíritu, 1959.
- ZARINI, Helio Juan, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA N.º 80

MINISTRO REDACTOR :
DOCTOR ROBERTO PARGA LISTA

Montevideo, veinte de abril de dos mil cinco.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados “ÁLVAREZ, ARIEL – Desacato – CASACIÓN PENAL” Ficha: 99-38/2004.

RESULTANDO:

I) La sentencia de segunda instancia Nº 157, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno, revocó la sentencia apelada y en su lugar, absolvió a Ariel Álvarez de la imputación del delito por el cual fuera condenado en primera instancia (fs. 189 v.).

La sentencia de primer grado Nº 15, de fecha 16 de marzo de 2004, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 5º Turno, había condenado a Ariel Álvarez como autor penalmente responsable de un delito de desacato cometido a través de un medio de comunicación, a sufrir la pena de cinco meses de prisión, sin descuento de la preventiva que no sufrió y de su cargo las accesorias legales previstas en el artículo 105, literal “e” del Código Penal. Asimismo, se otorgó al encausado, el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (fs. 127).

La Fiscal Letrado Nacional, en lo Penal de 9º Turno, interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sala penal, sosteniendo en lo medular:

- se ha vulnerado el art. 7 de la Constitución Nacional, que consagra al honor, como uno de los derechos fundamentales del hombre, ya que se desconoce

que se lesionó el honor de Aguerre, cuando se afirma que las expresiones del denunciado fueron fuertes, inconvenientes, pero que no tuvieron idoneidad suficiente para llamar a responsabilidad penal.

- los servidores públicos no están privados del derecho al honor por lo cual, al no protegerlo, se estaría violando el art. 8 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de igualdad ante la ley.
- se vulneró también, el art. 29 de la Carta Magna, que reconoce el derecho a la libre expresión de pensamiento pero dispone la responsabilidad que eventualmente puede darse por el abuso de dicho derecho.
- discrepa con la afirmación de la Sala de que en el caso concreto, no existió voluntad de injuriar o difamar, de que no existió dolo por parte del denunciado ya que éste, ofendió a Aguerre y lo hizo más de una vez.
- se vulneró el art. 18 del Código Penal ya que fue clara la intención puesta de manifiesto por Álvarez. Las expresiones empleadas por él, a saber: “algo oculto”, “mala fe”, “acomodo”, seguidas de la afirmación de que prefería creer que el denunciante tenía que volver a la escuela para aprender a leer, revelan que, burlonamente, está diciendo que prefiere pensar que el Dr. Aguerre es un ignorante y no que acomodó el contrato en beneficio de la empresa. Por ello, está clarísimo que se dirigió a Aguerre, que sabía muy bien lo que decía y a quién se lo decía.
- asimismo, se infringió el art. 174 del Código de Procedimiento Penal, pues el Tribunal enmarca las expresiones del Cr. Álvarez en la crítica política, infringiendo de tal forma la sana crítica pues no se debe confundir la libertad de crítica que es legítima con la crítica ofensiva (fs. 196/202).

Conferido el pertinente traslado, la Defensa del encausado lo evacuó, postulando el rechazo del recurso (fs. 214/216).

El Sr. Fiscal de Corte, evacuando la vista conferida, por las razones que expuso, estima que procede desestimar el recurso de casación interpuesto (fs. 221/224).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de votos de sus integrantes naturales, hará lugar al recurso de casación interpuesto, por entender que el agravio relativo a la vulneración del art. 18 de Código Penal, es de recibo.

Cabe rechazar de plano los agravios referidos a que el “ad quem”, habría infringido los art. 7, 8 y 29 de la Constitución Nacional.

La Sra. Fiscal recurrente, a juicio de la Corporación, parte de una premisa errónea según la cual, el Tribunal habría absuelto al encausado por considerar que el derecho a la libertad de expresión tiene preeminencia sobre el derecho al honor.

En efecto, el Tribunal de Apelaciones actuante absolvió al encausado por entender, básicamente, que éste no tuvo intención y voluntad de menoscabar al funcionario denunciante (ver en tal sentido consideraciones formuladas por el Fiscal de Corte a fs. 222 v./223), lo que deja sin sustento el reproche ejercitado.

II) Resulta asimismo de rechazo el motivo de succumbencia fundado en la infracción a las reglas de la sana crítica (art. 174 del C.P.P.), en cuanto la casación penal queda ceñida exclusivamente a la errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma (art. 270 del C.R.P.).

El error en la apreciación de la prueba no es revisable en Casación, en la medida que no se puede discutir “acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados” (Cf. E. Vescovi “El Recurso de Casación”, pág. 83).

Además, corresponde precisar que las consideraciones desarrolladas en el artículo de autoría del Dr. Van Rompaey (que no comparte la mayoría), al que se hace referencia en la impugnación (ver fs. 199 v./200 v.), no resultan aplicables al subexamine, puesto que refieren al alcance del art. 270 del C.G.P. y por ende, exclusivamente a la valoración de la prueba en la casación civil.

III) En cambio, como se adelantara, el agravio central de la recurrentia, a juicio de la Corporación, es de recibo legal.

Cabe señalar, con carácter previo, que la afirmación de la Sala de mérito relativa a que las críticas del denunciado “fueron dirigidas genéricamente y no con la expresa y única finalidad de ofender o atentar contra el honor del Sr. Subsecretario” (fs. 188), por lo que, en su conducta “no existió la voluntad de querer ofender” (fs.

189), así como que el Tribunal no advirtió “que haya existido la voluntad expresa de querer injuriar o difamar y como tal, falta en el análisis de la conducta, el elemento intencional (dolo) que desvanece absolutamente, todo atisbo de culpabilidad” (fs. 189), a juicio de la Corte, es cuestión revisable en casación (art. 270 inc. 2º del C.P.P.).

Siguiendo a Barrios de Angelis (“Distinción de las cuestiones de hecho y de derecho, en casación, con especial referencia al proceso penal, en R.U.D.P., 1976, Nº 2, Pág. 53), la intención es cuestión, vale decir, pensamiento lo que “... permite su identificación con el derecho que es, por definición, pensamiento”.

Por su parte, en pronunciamiento Nº 680/96, la Corporación, expresó al respecto: “La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho, la concretización de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho... La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de una conducta humana, contenida en la ley penal: matar, hurtar, incendiar, abusar deshonestamente, la premeditación, la alevosía, el ardid, son conceptos jurídicos y no simples hechos”.

“Para deslindar lo que puede ser materia de la casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación; el objeto material alcanzado por el concepto o por el instituto, es decir el hecho histórico y concreto, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia”.

A ello se agrega que, revisando el criterio de la S. Nº 326/03, la calificación de la conducta como intencional o no intencional, no ingresa a los poderes discrecionales del Juez. Porque no se trata de un concepto vago o indeterminado desde que existe una regulación específica del derecho penal (Art. 18 C.P), que excluye toda posibilidad de indeterminación.

En ese enfoque la conclusión del Tribunal es, a juicio de la Corporación, absolutamente errónea, pues surge, palmaria, la voluntad de injuriar, al decir —sin ambages— que el Subsecretario del Ministerio de Transporte y Obras Públicas “o actúa de mala fe o está en algún acomodo”, agregando que “tiene que volver a la escuela para aprender otra vez a leer”. Como sostiene el Dr. Lombardi en su fundada discordia:

“Léase como se las lea, las expresiones emitidas por Álvarez y recogidas por la prensa referidas a Aguerre, lo tratan de acomodado en el sentido vulgar de ‘coimero’ y de ignorante, a quien manda a aprender a leer” (fs. 193). Voluntad de injuriar que a la luz de las propias declaraciones del denunciado en autos, aparece como carente de todo fundamento válido, a punto tal que su propia defensa hizo salvedad “del respecto (sic) que en el plano ético, intelectual y profesional le merece la persona y trayectoria de la parte denunciante” (fs. 105).

Lo que descarta, de plano —y la Corporación se apresura a expresar desde ya, por lo que se dirá— toda operatividad en el caso de la “*exceptio veritatis*”, que hubiera podido invocarse (y probarse) (art. 336 inc. 2º, apt. 1º).

IV) En efecto, la Corte no comparte la tipificación de los hechos de autos en la figura de desacato por ofensas, pues entiende que aquellos se adecuan al tipo penal consignado en el art. 334 del C. Penal, en la medida que las expresiones emitidas por el Cr. Álvarez, están dirigidas a ofender, dañar o menoscabar el honor o el decoro del Dr. Aguerre.

El objeto jurídico específico del delito de injuria es el interés del Estado en proteger la personalidad moral del hombre, contra el que ofenda su honor, rectitud o decoro, fuera de los casos que constituyen difamación (Cf. Camaño Rosa, Antonio, “Difamación e Injuria”, trabajo publicado en L.J.U., sección doctrina 1, Tomo 51).

En cambio, en el delito de Desacato por ofensas, el dolo está orientado a menoscabar la función pública que desempeñan los funcionarios identificados y a quienes se atribuye determinadas conductas (Cf. T.A.P. de 1º Turno, sentencia publicada en L.J.U., caso 14.649, tomo 128, año 2003).

En este sentido, la Corporación se encuentra facultada para revisar con absoluta libertad la calificación jurídica realizada por los órganos de mérito e incluso por el Ministerio Público al deducir acusación.

Concretamente, en pronunciamiento N° 22/04, se expresó: “El principio iura novit curia es una potestad irrenunciable del magistrado que opera como transacción entre el principio de legalidad y el sistema acusatorio. El juez no puede corregir los hechos articulados en la demanda, pero sí el derecho (v. sent. 122/95, T.A.P. 2º Turno) (Tomassino, “Principios”, Págs. 28 y 35) (R.U.D.P., pág. 119)”.

V) En consecuencia, se procederá a casar la sentencia y condenar al encausado, bajo la imputación del delito de injuria a la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, con lo que se deja a salvo el principio non reformatio in pejus (fs. 104).

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por unanimidad,

FALLA:

ANÚLASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU LUGAR, CONFIRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMER INSTANCIA, SALVO EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DELICTUAL, QUE SE MODIFICA, IMPUTÁNDOSE AL CR. ARIEL ÁLVAREZ LA COMISIÓN DE UN DELITO DE INJURIA.

LAS COSTAS DE OFICIO
Y DEVUÉLVASE.

DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DR. ROBERTO J. PARGA LISTA
MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DR. LESLIE A . VAN ROMPAEY
MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DR. HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI
MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DR. PABLO TROISE ROSSI
MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DRA. MARTHA B. CHAO DE INCHAUSTI
SECRETARIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

El honor de los funcionarios públicos ante cuestionamientos a su actuación

(COMENTARIO DE LA SENTENCIA N° 80 DEL 20/4/2005
DICTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA)

*Adriana Di Giovanni Nicola**

RESUMEN. Con motivo de la denuncia por difamación que el Dr. Juan Aguerre, ex subsecretario del MTOP, promoviera contra el Cr. Ariel Álvarez, ministro del Tribunal de Cuentas, por expresiones vertidas en su contra en un medio de comunicación, se inició un juicio oral conforme lo dispuesto en la ley n° 16.099, en el que se dictó sentencia condenando al Cr. Álvarez por un delito de desacato por ofensas, posición diferente a la de la Fiscalía, que estaba a favor del delito de difamación. No obstante, en segunda instancia Álvarez fue absuelto, por lo que el Ministerio Público presentó un recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia (en adelante SCJ). Dicho cuerpo admitió la recursiva por violación al artículo 18 del Código Penal (en adelante CP) y revocó este último fallo, por entender que se había configurado un delito de injurias, a la vez que mantuvo la pena oportunamente impetrada con suspensión condicional. Posteriormente se suscitó una polémica pública sobre los efectos de dicha condena, esto es, sobre si el Cr. Álvarez podía o no continuar en su cargo, ante lo cual se sucedieron diversas interpretaciones jurídicas. Las principales consistieron en, por un lado, aplicar el artículo 80 de la Constitución *ipso facto* e inhabilitar a Álvarez; por otro, se entendía que el delito estaba extinguido en virtud de la aplicación del artículo 11 de la ley 17.726 y, por ende, aquél podía continuar en su cargo, lo que finalmente aconteció.

ABSTRACT. As a consequence of the libel complaint filed by Mr. Juan Aguerre (Attorney at Law), former Deputy Secretary of the Ministry of Transport and Public Works against Mr. Ariel Álvarez (Chartered Accountant), Minister of the Government Auditing Board, due to the statements made against his person in the media, legal action was started in oral trial

* Profesora asistente (grado 2) de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

pursuant to Act No. 16.099 where a decision was held sentencing Mr. Álvarez for contempt of court. This position differs from the Plaintiff's, which favored libel. Nevertheless, Mr. Álvarez was absolved in second instance; and upon this decision the Plaintiff filed an appeal of cassation (extraordinary appeal to a supreme court challenging a sentence of a superior court contrary to the law) before the Supreme Court of Justice (SCJ). The SCJ admitted the appeal on the grounds of violation of section 18 of the Penal Code (PC) annulling the judgment on the grounds of libel defamation but sustained the previous sentence under the form of suspended sentence. Subsequently, public debate arose on the effects of the sentence as to whether or not Mr. Álvarez could stay in office and this gave rise to several juridical interpretations. Most of them favored the application of section 80 of the Constitution ipso facto disqualifying Mr. Álvarez; on the other hand, others construed that the wrongful act was extinguished by virtue of section 11 of Act No. 17.726 by which Mr. Álvarez could stay in office, which is what finally prevailed.

PALABRAS CLAVE. Recurso de casación; delito de comunicación; delito contra el honor; difamación; injurias; desacato por ofensas; suspensión condicional de la pena.

KEY WORDS. Appeal of Cassation; Defamation; Honor offence; Libel; Slander; Contempt of court; Suspended sentences.

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Principales argumentos jurídicos vertidos en las distintas instancias. 2.1. A favor del delito de difamación (posición del Ministerio Público). 2.2. A favor del delito de desacato por ofensas (sentencia de 1^a instancia). 2.3. A favor de la absolución (posición de la Defensa). 2.4. Contestación a los agravios formulados por el señor defensor. 2.5. Argumentos del TAP 2^º turno a favor de la no existencia de delito. 2.6. Argumentos de los ministros discordes a favor de la existencia de delito. 2.6.1. Posición del Dr. Alfredo Gómez Tedeschi. 2.6.2. Posición del Dr. Eduardo Lombardi. 3. Análisis de la sentencia dictada por la SCJ. 3.1. Admisibilidad del recurso de casación interpuesto. 3.1.1. Fundamentos jurídicos desarrollados por el Ministerio Público para la interposición del recurso de casación. 3.1.2. Fundamento jurídico en que la SCJ se basó para admitir el recurso de casación. 3.2. Análisis desde el punto de vista sustantivo (posición de la SCJ a favor del delito de injurias). 3.3. Comentario que nos merece la sentencia de la SCJ. 3.4. Sobre los cuestionamientos que se suscitaron respecto los efectos jurídicos de la sentencia en estudio. 3.4.1. Planteo. 3.4.2. Problema interpretativo planteado en la ley 17.726 sobre el punto de partida para el cómputo del plazo de vigilancia de la suspensión condicional de la pena.

1.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2004, el Dr. Juan Luis Aguerre Cat, subsecretario en su momento de la cartera de Transporte y Obras Públicas, presentó denuncia penal contra el Cr. Ariel Álvarez, ministro del Tribunal de Cuentas, por expresiones vertidas contra su persona en varios medios de prensa. La denuncia fue tramitada ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 5º turno, cuyo titular es el Dr. Daniel Tapié, y dio lugar al expediente caratulado “Álvarez, Ariel - Desacato por ofensas”, ficha IUE 99-38/2004.

2. Las expresiones agraviantes consistían en: “[...] o no sabe leer, o hay algo oculto. Están actuando de mala fe, o están en un acomodo. Lo repito con todas las letras: o están en un acomodo”; “Prefiero creer que el Subsecretario tiene que volver a la escuela para aprender otra vez a leer” (publicado en el diario *La República* en su edición del 15/1/2004, página 3, bajo el titular: “Ariel Álvarez: ‘El Subsecretario del MTOP o actúa de mala fe o está en algún acomodo’”). Asimismo, en otra publicación del mismo periódico, de fecha 17 de enero de 2004 (en la cual se publica por error una foto del hijo del Dr. Aguerre), con el título “Controversia sobre si hubo ‘acomodo’ y ‘mala fe’ en peajes se dirime ante el juez”, el Cr. Ariel Álvarez expresó: “[...] Los términos de lo que dije los ratifico, acá o se actuó de mala fe, o se actuó acomodando las cosas en beneficio de la empresa concesionaria del peaje [...]”, y en cuanto a su afirmación de que “debería volver a la escuela porque no sabe

leer”, también la ratificó: “ya que no se puede explicar una equivocación tan flagrante como decir que se había levantado la observación del Tribunal, cuando es todo lo contrario”.

3. El fondo del asunto tenía que ver con la aprobación por el Poder Ejecutivo de un convenio con la empresa Consorcio del Este, por el que se disponía la reinstalación del cobro de peaje en la ruta Interbalnearia en ambos sentidos de circulación. El Tribunal de Cuentas había observado en dos oportunidades por ilegal la habilitación de dicha medida, en tanto que el ex subsecretario había dicho a la prensa (concretamente en una entrevista que concedió al diario *El País* el 14 de enero de 2004) que el referido organismo “había cambiado su posición” y “aceptado su error” avalando finalmente la autorización a la empresa concesionaria de cobrar peaje a la ida y a la vuelta. Según el Dr. Aguerre, al no existir un pago o gasto con el nuevo convenio, desde el punto de vista técnico no había habido “observación” del Tribunal de Cuentas, y por ello aquél se había aprobado.

A raíz de esos dichos fue que el denunciado salió a la prensa y se sucedieron las dos publicaciones con las expresiones mencionadas *ut supra*. A juicio del Cr. Álvarez, decir que el Tribunal de Cuentas había cambiado su observación “era un verdadero disparate”, y ratificó los informes que el Tribunal había realizado al respecto.

4. En su denuncia, el Dr. Aguerre expresó que los dichos del Cr. Álvarez no se limitaron a tratar el tema del asunto del peaje, sino que configuraron una ofensa real, no sólo a su persona, sino a su condición de subsecretario de Estado, con motivo o causa de la función que ejercía, lo que significaba un verdadero ataque a su honor de funcionario público y, como tal, un menoscabo a la función pública que ejercía.

Asimismo, agregó que no había participado en las tratativas con los integrantes de la empresa concesionaria mencionada, que no conocía a éstos y que al nuevo acuerdo se llegó por un principio de oportunidad, porque era más provechoso para el Estado no someterse a un arbitraje con los consiguientes costos y porque, además, el régimen general en todo el país era el cobro del peaje ida y vuelta.

5. En audiencia oral y pública conforme lo dispuesto por la Ley de Prensa, nº 16.099, el Cr. Álvarez dijo que su intención no fue agraviar al Dr. Aguerre, que cuando se refirió a que no sabía leer “lo dijo como una ironía” y que de ninguna manera eso podía entenderse como un agravio. En cuanto al término “acomodo”, expresó: “[...] no me referí en ningún momento a ningún beneficio personal de ningún miembro del Ministerio de Trans-

porte [...] acomodo quiere decir a lo que pide la empresa y es condescendiente el Ministerio, a pesar de la resolución del Tribunal de Cuentas [...]. “De mala fe lo daba en el sentido de mala interpretación, que no correspondía, en el sentido de querer cambiar los términos de una resolución del cuerpo. Algo oculto, en el sentido de que la actividad que se realizaba era para cambiar los términos del contrato”. Agregó que sus expresiones no estaban dirigidas a agraviar al denunciante sino que “fue una reacción espontánea de que frente a dos resoluciones, la segunda más contundente que la primera, se manifestara que el Tribunal había autorizado cambio de las condiciones del pliego y del contrato vigente”.

6. La Fiscalía Letrada Nacional en lo Penal de 9º turno interviniente, a cargo de la Dra. Mónica Ferrero, centró la cuestión en analizar si las manifestaciones del Cr. Álvarez eran injuriosas o agraviantes y si con ellas se había cometido un delito en perjuicio del honor del Dr. Aguerre a través de un medio de comunicación.

En fundado dictamen, solicitó se condenara al Cr. Álvarez como autor penalmente responsable de un delito de *difamación* agravado por la continuidad y por la circunstancia de haberse cometido a través de un medio de comunicación, y mitigado por la confesión y la primariedad absoluta, a la pena de cinco meses de prisión.

7. En sentencia de primera instancia (nº 15 de fecha 16 de marzo de 2004), el sentenciante estuvo de acuerdo con el Ministerio Público en condenar a Álvarez por sus dichos, pero se apartó del dictamen fiscal en cuanto a la tipificación, entendiendo que, en la especie, se trataba de un delito de *desacato por ofensas*, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 CP.

8. En segunda instancia, por la interposición del recurso de apelación promovido por el señor defensor, Dr. Gonzalo Fernández, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno dictó la sentencia nº 157 del 12 de mayo de 2005 (ministro redactor fue el Dr. Dardo Preza Restuccia), en la que se entendió que no había mérito para la existencia de un delito, por lo que revocó la sentencia apelada y absolvió al Cr. Ariel Álvarez de la imputación del delito por el cual fuera condenado en primera instancia, con dos votos discordes, de los ministros Alfredo Gómez Tedeschi y Eduardo Lombardi.

9. Finalmente, el Ministerio Público presentó un recurso de casación que dio motivo a la sentencia nº 80 del 20 de abril de 2005, en el que se entendió que el denunciado había incurrido en el delito de *injurias*, y cuyo análisis motiva la presente.

2.

PRINCIPALES ARGUMENTOS JURÍDICOS VERTIDOS EN LAS DISTINTAS INSTANCIAS

2.1. A FAVOR DEL DELITO DE DIFAMACIÓN (POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO)

Luego de desarrollar los hechos y analizar la prueba reunida, la distinguida fiscal expresó:

[...] analizados los términos injuriosos en el contexto de la nota periodística, por sí mismos, a la luz de lo que establece el art. 174 C. Penal, es indudable que en forma pública, a través de un medio de comunicación, *el denunciado difamó al denunciante, al atribuirle un hecho determinado que de ser cierto puede dar lugar contra el mismo a un procedimiento penal o disciplinario o exponerlo al odio o al desprecio público*. En efecto, la primera vez, podrá alegar que estaba “sorprendido”, pero *su calidad funcional y sus estudios, determinan que es capaz de calibrar el alcance de sus acciones mejor que otra persona sin estudios y con menos rango, o sea sabía lo que decía*, y tan así lo sabía, que en audiencia reconoció expresamente que debió “callarse la boca”. Pero no lo hizo, no se calló la boca una vez, sino que por dos veces le imputó el mismo hecho infamante a Aguerre, y aquí sí, no puede alegar sorpresa alguna [...] Y a nuestro juicio, al querer explicar las mismas, en esta sede judicial, tratando de quitarle antijuridicidad a su conducta, por el contrario, *reafirmó su culpabilidad, al insistir que lo que quiso decir es que el Ministerio acomodó el acuerdo con la empresa concesionaria para favorecer los intereses de la misma, aún en contra de la opinión del Tribunal de Cuentas*, que como ya sabemos, no es vinculante en este caso.¹

En cuanto al tema de fondo que motivara los dichos, la Fiscalía expresó:

El tema en su momento generó gran alarma pública, gran disconformidad social, y las declaraciones sobre el punto nacieron en distintos ámbitos, en especial, el político. Ahora bien [...] Aguerre se expresó sin calificar con agravios el contenido del segundo dictamen, sino interpretándolo. Interpretación —que mal o bien— en ningún momento —si se lee atentamente la publicación del diario El País del 14/1/04— distorsiona lo dicho por el Tribunal de Cuentas. Él interpretó que expresamente se había corregido un error del

¹ El destacado es nuestro, así como todos a lo largo del artículo.

dictamen anterior y que si bien dicho Tribunal se mantenía en su posición jurídica sobre la inmutabilidad de los contratos, los efectos de ese pronunciamiento habían cambiado. En los hechos, ese cambio se materializó en el sentido de que el convenio se cambió contemplando lo planteado por Consorcio del Este y, además, fue aprobado por resolución del Presidente de la República [...] *Las frases dichas por Álvarez, en el contexto de la nota periodística, sin duda conlleva a la “sospecha” de que hay “algo oculto” que motivó un “arreglo” para favorecer a los particulares con intenciones desconocidas pero evidentemente no legales.*

Concluye, pues, que lo manifestado por el denunciante:

[...] se interpreta de un solo modo, y no de otro, Álvarez da a entender que aún siendo el dictamen del Tribunal contrario a la posición del MTOP, se firmó igual el convenio favoreciendo los intereses privados, porque se “acomodó” el mismo en tal sentido [...] esto sin duda desacredita al Subsecretario como tal y lo somete al desprecio público, ya que torna para nada creíble sus dichos anteriores, aún cuando lo que explicó fue técnicamente jurídico.

A juicio de la Fiscalía:

[...] Álvarez, pudiendo aclararlo y decir específicamente que no se trata de acomodo por dinero o cualquier otro interés particular, sólo se limitó a decir que “se actuó acomodando las cosas en beneficio de la empresa concesionaria del peaje”, y en audiencia dijo “que el Ministerio fue condescendiente con la empresa”, e insistió con la mala fe y, en momentos de gran alarma pública por el cambio ocurrido en el cobro del peaje, la primer reacción pública es de desprecio contra Aguerre, eso sin duda.

Finalmente, hace hincapié en que los motivos del agente son irrelevantes, para lo cual refiere a la sentencia nº 201 del 18/9/1997 del TAP 1^{er} turno, que analizando el tema de los *animi*, expresa:

Por más que el encausado sostenga que no estaba en su ánimo la intención de agraviar, ello resultará irrelevante si los dichos y acciones no admiten más que una sola lectura, ontológicamente agravante, menoscabante del honor de la persona ofendida, expuesta a un juicio penal o al desprecio público.

2.2. A FAVOR DEL DELITO DE DESACATO POR OFENSAS (SENTENCIA DE 1^a INSTANCIA)

Luego de un breve desarrollo sobre el bien jurídico del honor y su vinculación con los delitos de difamación e injurias, el magistrado actuante sostuvo:

Si bien la distinguida Representante del Ministerio Público al efectuar su demanda acusatoria encartó la conducta de Ariel Álvarez en la figura penal edictada por el art. 333 del

C. Penal (Difamación), a juicio del sentenciante en cambio, y aplicando el principio Iura Novit Curia, *el accionar desarrollado por el denunciado queda atrapado por la hipótesis delictiva prevista en el art. 173, inc. 1º del C. Penal (Desacato por ofensa), figura que en definitiva constituye una injuria calificada y que se integra con una agresión al honor del funcionario público y concomitantemente a su dignidad funcional.* La solución parece aún más clara cuando advertimos la existencia de un nexo causal entre la ofensa y la función que opera como antecedente psicológico de aquella determinando de tal forma un desplazamiento de cualquier ilícito contra el honor hacia la figura del Desacato.

Asimismo, destaca el contexto en el cual fueron vertidas las expresiones ofensivas, así como las personas involucradas:

En este clima, de excitación, de opiniones encontradas, es meridianamente claro, en el criterio de este Magistrado, que manifestar que el Sub Secretario del MTOP actúa de mala fe o está en algún acomodo o hay algo oculto, volviendo a ratificar dichas expresiones dos días después, constituye la atribución a una persona de hechos determinados, que desembocan en una agresión al honor del funcionario al que se dirigen y a la dignidad de que está investido como representante del Estado en la función pública. [...] Si bien coincidimos con el denunciado cuando refiere haber utilizado un giro irónico al tiempo que expresa “... tiene que volver a la escuela para aprender a leer otra vez...”, a juicio del sentenciante, atribuirle a un funcionario público de la jerarquía del denunciante estar en un “acomodo” o en “algo oculto”, tiene virtualidad agravante [...] Y es que la expresión “acomodo” en el ámbito en que fue expresado tiene una sola lectura y dice relación con la conveniencia o beneficio, con una negociación censurable o inmoral, con el actuar inspirado en la obtención de un provecho a todas luces incompatible y ajeno al deber-ser inherente a la función de un Sub Secretario de Estado.

Se concluye pues:

[...] la conducta desarrollada por el Contador Ariel Álvarez a través de sus declaraciones en la prensa escrita se adecua típicamente a la figura del Desacato por Ofensa toda vez que a través de un medio de comunicación se expresó en términos agraviantes respecto de un funcionario público refiriéndose a actos que éste habría cumplido en el desempeño de sus funciones, atacando concomitantemente el proceder de la Administración Pública. Con su accionar, conjugó el verbo de la figura incriminada en tanto empleó términos menoscabantes que causaron mengua o descrédito en la reputación y dignidad del funcionario la que fue apta para afectar el prestigio de la Administración.

Dicha imputación se le incriminó en calidad de autor y a título de dolo directo. Respecto este último, la sede fundamentó:

[...] en el sub exámine consiste en la conciencia de la calidad del paciente de la conducta y de que lo expresado se divulgaba públicamente en la prensa escrita causando descrédito en la honra o reputación del funcionario afectando así el prestigio de la Administración Pública.

2.3. A FAVOR DE LA ABSOLUCIÓN (POSICIÓN DE LA DEFENSA)

El Dr. Gonzalo Fernández, siguiendo antecedentes jurisprudenciales (como por ejemplo: TAP 1º, sentencias nº 168/1997 y nº 10 del año 2000), sostiene en lo sustancial “que no existen expresiones ofensivas ‘in re ipsa’, que todo depende de la interpretación que se le confiera y por supuesto en esta cuestión semántica, el lenguaje está atado al cambio social y más que nunca en el caso de autos, a las controversias políticas vinculadas a los asuntos públicos”.

Cinco son los agravios en los que fundamenta su pedido de absolución:

- a. *Atipicidad penal de la conducta* (con relación a la figura penal prevista en el art. 173 CP). No puede hablarse de desacato entre funcionarios públicos no subordinados entre sí. Hay a su juicio “una restricción en el círculo de posibles sujetos activos, que no está impuesta por el texto de la ley sino por la interpretación teleológica de la norma, porque la Administración Pública no puede ofenderse a sí misma y que, luego, [...] entre iguales no hay injuria”.
- b. *Falta de ofensa*. Las expresiones vertidas por su defendido (“tiene que volver a la escuela, para aprender otra vez a leer”), responden a un “giro irónico”, propio de los cuestionamientos políticos que se hacen en los asuntos públicos. Y en cuanto a la expresión, también atribuida a su defendido: “o se actuó de mala fe o se actuó acomodando las cosas en beneficio de la empresa concesionaria”, dice que no hay una referencia específica a un acto puntual y concreto, sino que “hay el empleo de un giro indeterminado y plural”. El denunciante “ha realizado una interpretación personalísima propia de la elevada susceptibilidad de un hombre digno y probo, pero no es la interpretación media que se impone en los dichos, en el marco del contexto social”. “Los dichos del imputado no admiten una lectura unívoca como se afirmó en la sentencia de primera instancia, y menos si eso es valorado en el contexto de conmoción política que el acto aparejó [...].” Concluye que se requiere, pues, una interpretación restringidísima porque se da la incidencia de “esa cosa tan aleatoria del lenguaje y de la sensibilidad”.

c. *Desde el punto de vista de la valoración de la antijuridicidad.* Refiere que Álvarez “[...] actuó en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, causa de justificación amparada y contemplada en el art. 28 CP, porque el denunciado está buscando cumplir el deber que cree le incumbe como miembro del Órgano de contralor”. En sustento de su posición citó la sentencia nº 63/99 del TAP 1^{er} turno: “Que debe permitirse la libre discusión de los asuntos públicos, el debate sobre los asuntos públicos deber ser decidido, robusto y francamente abierto, así como él debe incluir ataques vehementes, cáusticos y algunas veces desagradablemente punzantes al gobierno y sus funcionarios”.

d. *Inculpabilidad por falta de dolo*, pues se requiere la intención de difamar y la intención mediata de lesionar el bien jurídico tutelado en la norma, y el dolo se debe inferir de hechos objetivos. En el caso de autos, el Dr. Fernández dice que a su defendido “jamás le pasó por la cabeza pensar o hipotizar o soñar con la coima, con la que se agravia el denunciante”, y concluye que el señor juez habría incurrido en un error de hecho sobre las circunstancias constitutivas del delito, que amparado en el artículo 22 del CP funcionaría como causa de exclusión de la culpabilidad.

2.4. CONTESTACIÓN A LOS AGRAVIOS FORMULADOS POR EL SEÑOR DEFENSOR

A la expresión de agravios de la Defensa, contestó el denunciante, Dr. Juan Aguerre, que las expresiones agraviadoras en cuestión tenían una única interpretación:

Acá hubo una imputación de coima, involucrada en esto. Y en la opinión pública, acomodo es sinónimo de coima. Y acomodo es sinónimo de gobernante que saca ventajas en el ejercicio de su función y no puede haber otra interpretación [...] Para beneficiar a la empresa tiene que cobrar una coima.

Por su parte, la representante del Ministerio Público argumentó:

[...] lo que está en juego es la dignidad de la función pública y el respeto que por la misma debe guardarse, que debe ser preservada en aras del interés común, y las controversias que surjan en su ámbito, deben subsanarse por las vías correspondientes.

En cuanto a la culpabilidad, esto es, si aquellas expresiones perseguían o no una finalidad ofensiva, expresó:

Si convenimos que el dolo es la comisión del hecho, con conocimiento de las circunstancias de éste, que pertenecen al tipo legal y asimismo el querer la realización del tipo penal, no puede exiliarse el elemento subjetivo del accionar del encausado, cuando éste atribuye a su conducta, la capacidad de lesionar el bien jurídico tutelado, que en la especie, es el interés de la Administración Pública en preservar la dignidad y el respeto que debe estar rodeada su función. Si como dijo el Contador Álvarez hubo acomodo para beneficiar a la empresa de los particulares, el descrédito en la función es notorio y Aguerre fue víctima de un ilícito.

2.5. ARGUMENTOS DEL TAP DE 2º TURNO A FAVOR DE LA NO EXISTENCIA DE DELITO

El Tribunal, luego de destacar la importancia del principio de inmediación instaurado por la Ley de Prensa a través de la audiencia pública para este tipo de delitos, que permite calibrar el contenido potencialmente ofensivo del mensaje que se trata de juzgar, y luego de resaltar la conducta moral del denunciante en la que tanto las partes como los letrados intervenientes fueron contestes, acota el marco de la discusión en los siguientes términos, conforme el voto del ministro Dr. Bonavota:

[...] algunas de las expresiones del denunciado son fuertes e inconvenientes, indudablemente excesivas, descomedidas y apasionadas. Otra cosa es juzgar si las mismas configuran ofensas con idoneidad suficiente, para llamar a responsabilidad penal al denunciado.

A continuación, hace una breve reseña del alcance del derecho al honor en contraposición con la libertad de expresión y, en lo que al caso en cuestión refiere, parte de la premisa de que:

[...] la acritud, la censura ácida y sin cernidor debe ser amparada, porque no vulnera el orden penal vigente en primer término y porque no ha sido otra que la historia de la humanidad.

Luego, citando una sentencia del TAP 1^{er} turno, que a su vez remite a otra dictada por la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional de Argentina, refiere que “la garantía se vincula fundamentalmente a la libre discusión de los asuntos políticos”, que el debate sobre éstos “debe ser desinhibido, robusto y francamente abierto”, aceptando ataques vehementes y punzantes. Así, concluyó:

Los límites aceptables de crítica son más amplios cuando se refieren a un político actuando en su capacidad pública que en relación a un particular.

Pasan luego los señores ministros a analizar el caso en sede de culpabilidad, y se preguntan, siguiendo al profesor Hassemer, “qué se debe entender por ‘significado real de las palabras’ y cómo debe ser averiguado este significado en el caso concreto”.

Respecto la expresión “No sabe leer o hay algo oculto”, el Tribunal entendió que configura una manifestación “sin duda infeliz, pero que no es ajena a la dialéctica propia de los hombres públicos y de la Política”.

Evidentemente, decir que determinada persona no sabe leer, implica diversas interpretaciones: No sabe leer, no significa necesariamente, tratar al destinatario de analfabeto; simplemente, que interpreta las cosas de modo diferente a como lo hace el declarante. No significa tratarlo de burro o incapaz [...] Del mismo modo, decir que hay algo oculto, puede significar muchas cosas pero no necesariamente querer adjudicar al destinatario, un propósito espurio en su accionar público.

En cuanto a la otra frase ofensiva (“Están actuando de mala fe o están en un acomodo”), expresó:

[...] “acomodo” no significa específicamente que determinada persona haya actuado de determinada manera, por el hecho de haber recibido una coima [...] del tenor de las declaraciones recogidas en el órgano periodístico —con titulares que no reflejan cabalmente lo que el entrevistado quiso expresar— y finalmente expresó, no surge ni por asomo, que se haya atribuido al Dr. Aguerre la condición de coimero o que, concretamente, haya incurrido en algún tipo de cohecho o algún otro delito contra la Administración Pública.

También argumentó:

[...] la atribución es de carácter plural, no singular [...] cuando el denunciado formula críticas a lo actuado en el tema del peaje, éstas fueron dirigidas genéricamente y no con la expresa y única finalidad de ofender o atentar contra el honor del Sr. Subsecretario [...]

Agrega que las expresiones del señor Álvarez no estaban referidas a su persona, a tal punto que conoció al contador Aguerre recién en el juicio.

En cuanto a la intencionalidad del denunciado respecto a la cual el Tribunal expresamente le preguntó si había tenido la intención de agraviar, a lo que, obviamente, respondió negativamente, los señores ministros concluyen:

El Tribunal no advierte en el análisis del caso concreto, que haya existido la voluntad expresa de querer injuriar o difamar y como tal, falta en el análisis de la conducta, el elemento intencional (dolo) que desvanece absolutamente todo atisbo de culpabilidad.

Por los motivos reseñados, se resolvió revocar la sentencia apelada y absolver al Cr. Ariel Álvarez de la imputación del delito por el que fuera condenado en primera instancia.

2.6. ARGUMENTOS DE LOS MINISTROS DISCORDES A FAVOR DE LA EXISTENCIA DE DELITO

2.6.1. Posición del Dr. Alfredo Gómez Tedeschi

A su juicio, en la especie, “no se puede hablar de desacato entre autoridades porque el contador Álvarez emitió su parecer a título personal. En efecto, [...] se trata de una opinión emitida por el integrante de un sector político opuesto al Gobierno”. Y como tal, su crítica se refuerza por su condición de ministro, integrante del Tribunal de Cuentas. Y ello es lo decisivo en la opinión del señor ministro discordante: “[...] es con ese telón de fondo, con esa directa ligazón, que se dice, lo que se dice, y se dice de determinada forma”. Si bien reconoce que hoy día, en general se entiende que el personaje público debe soportar o tolerar determinadas críticas que sean fruto o tengan causa directa, en el desempeño de sus funciones o trabajo, precisamente, en atención a su posición preferente a la hora de poder defenderse, refiere que ello “respira una cosmovisión no democrática de la sociedad”. Y continúa:

Así se constata que la notoriedad, la preeminencia social por cualquier razón, da pie, sirve de fundamento para cualquier ataque a la honra o intimidad del personaje en cuestión. Es decir, pues, se pone la Constitución para arriba, y la diferencia de talentos y virtudes viene a constituir el pretexto del calvario.

Con base en estas ideas, el Dr. Gómez Tedeschi concluye:

[...] las declaraciones cuestionadas, no pueden considerarse sino ofensivas, por cuanto se excedió la mera crítica, se efectuaron varias apreciaciones, con un fin torticero, que no perseguían otra cosa que provocar el descrédito del denunciante.

En lo que a la interpretación de las expresiones ventiladas en el juicio concierne, expresó:

Se está diciendo que desde su cargo político, el Doctor Agüerre está torciendo, aviesamente (“... se actuó acomodando las cosas...”) los términos de la concesión, para

favorecer a la empresa privada concesionaria y perjudicar al ciudadano de a pie (o, más bien de auto).

En realidad, a su juicio, el denunciado utilizó la ironía “para descalificar y reforzar la idea del ‘acomodo’”.

[...] Se apeló a una forma sutil, pero quizás más peligrosa y dañosa, se caricaturiza, se tinelliza, al adversario. Esa es la esencia de decir que hay que mandarlo a la escuela; para evidenciar lo flagrante, lo indiscutible de la interpretación torcida del Subsecretario, palmaria prueba del acomodo.

A juicio del ministro discordé:

[...] en el lunfardo, que de esto se trata, el término “acomodar”, es sinónimo de comportamiento éticamente reprobable, espurio; implica un “arreglo”, para obtener un resultado que, por los caminos normales o lícitos, no se obtendría.

En el caso del contador Álvarez, se trata de un distinguido profesional, “no es un recién llegado a la arena política” o un “incauto ciudadano que se deja llevar por la pasión del momento”. Es así, según el señor ministro, que el denunciado:

[...] nada dejó sobreentendido en cuanto a que el cambio del cobro del peaje se trató de un negocio para favorecer a Consorcio del Este [...] El Contador Álvarez expresó diáfanaamente aquello que pensaba, dijo, exactamente aquello que quería decir y, utilizó las palabras en un lenguaje vulgar para su inequívoca comprensión, de modo que la opinión pública entendiera lo que estaba pasando : a) con el cambio del contrato; b) con el beneficio a la empresa privada; c) con el comportamiento ilícito del Sub Secretario.

6.2. POSICIÓN DEL DR. EDUARDO LOMBARDI

El Dr. Lombardi también entendió que debía confirmarse la sentencia de primera instancia. En primer lugar, porque:

[...] las expresiones emitidas por Álvarez y recogidas por la prensa referidas a Aguerre, lo tratan de acomodado en el sentido vulgar de “coimero” y de ignorante, a quien manda aprender a leer [...] De nada sirve que luego diga que no tenía intención de ofender (*animus injuriandi*) ya que, como se ha dicho hasta el cansancio —el tema se trató extensamente durante el proceso— el ánimo que presidió el exabrupto no incide en la determinación del hecho como ilícito (Cf. Rompani, S., “Delitos de Difamación e Injurias”, pág. 176; Soler, S., “Derecho Penal Argentino”, T. III, pág. 207 y ss).

Continúa el señor ministro:

La esencia del elemento subjetivo (art. 18 CP), se encuentra en la conciencia de que las palabras dichas respecto de otra persona tienen aptitud para ofenderla, y la voluntad de proferir esas palabras. Y de que eso ocurrió en autos no cabe duda. Álvarez es un profesional universitario, de edad madura, que ha ocupado y ocupa cargos públicos; de manera que no puede desconocer que decir de un Sub Secretario de Estado que “está en un acomodo”, que “están actuando de mala fe”, que “no saben leer o hay algo oculto” y recomienda al destinatario que vaya a la escuela para aprender a leer otra vez, *constituyen expresiones potencialmente ofensivas*. Y además lo dijo con plena conciencia de su significado y de la investidura del destinatario, con lo cual se perfecciona el dolo requerido para la figura imputada.

Así, concluye el Dr. Lombardi que el encausado tuvo oportunidad de actuar de otra manera. Desde su posición de ministro del Tribunal de Cuentas pudo expresar su opinión a través de las resoluciones del Tribunal, o inclusive rebatiendo públicamente con argumentos técnicos,

[...] pero a lo que no le asiste derecho es a agraviar al intérprete equivocado, insinuando que es un coimero al decirle acomodado, de mala fe e ignorante. Si le constaba que Aguerre asumió aquella actitud para justificar un interés ilícito, debió denunciarlo a la Justicia; pero si no tiene pruebas de ello, debió abstenerse de publicitar su opinión del modo que lo hizo, en tanto la misma tenía un claro contenido ofensivo.

3.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SCJ

3. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto

Antes de analizar los aspectos sustantivos que llevaron a los miembros de la SCJ a casar la sentencia de segunda instancia y a decidir una tipificación penal diversa de las reseñadas *ut supra*, es interesante detenernos en cuál fue el fundamento jurídico de admisión del recurso impetrado que dio mérito a la sentencia en estudio.

3.1.1. Fundamentos jurídicos desarrollados por el Ministerio Público para la interposición del recurso de casación

El Ministerio Público planteó diversos argumentos jurídicos que, a su juicio, hacían viable la presentación del recurso de casación. A saber:

- a. *Vulneración del artículo 7º de la Constitución nacional*, que consagra el honor como uno de los derechos fundamentales del hombre. En el caso, no se admitió la lesión al honor del denunciante al afirmarse que las expresiones del encausado, si bien eran fuertes e inconvenientes, no tuvieron idoneidad suficiente para llamar a responsabilidad penal.
- b. *Violación de artículo 8º de la CN*. Si los servidores públicos no están privados del derecho al honor, al no ser éste protegido, se vulnera el principio de igualdad ante la ley.
- c. *Vulneración del artículo 29º de la CN*, que reconoce el derecho a la libre expresión del pensamiento pero establece expresamente la responsabilidad que eventualmente pueda corresponder por el abuso de dicho derecho.
- d. *Existencia de dolo por parte del encausado*. A juicio de la Fiscalía, sí hubo intención, manifestada en varias oportunidades por el encausado.
- e. *Vulneración del artículo 174 del CPP*, pues el Tribunal enmarcó las expresiones ofensivas en la crítica política, infringiendo de esa manera la regla de la sana crítica, pues no se debe confundir la libertad de criticar, que es legítima, con la crítica ofensiva.
- f. *Vulneración del artículo 18 del CP*, pues fue clara la intención de Álvarez de imputar al denunciante la condición de “coimero”. Las expresiones “algo oculito”, “mala fe”, “acomodo”, etc., que pronunciara el denunciado revelan, burlonamente, que prefiere creer que el Dr. Aguerre es un ignorante, a pensar que acomodó el contrato en beneficio de la empresa. Sabía pues muy bien lo que decía y a quién se lo decía.

3.1.2. Fundamento jurídico en que la SCJ se basó para admitir el recurso de casación

La SCJ hizo lugar al recurso de casación interpuesto, tomando como único fundamento de admisibilidad *la vulneración del artículo 18 del C. Penal*.

Los restantes argumentos manejados por el Ministerio Público fueron rechazados. Los reseñados con los numerales *a*, *b*, *c* y *d* porque, a juicio de la corporación, la señora fiscal parte de una premisa errónea, según la cual el tribunal habría absuelto al encausado por considerar que el derecho a la libertad de expresión tiene preeminencia sobre el derecho al honor. Sin embargo, aquél lo absolvío “por entender, básicamente, que el en-

causado no tuvo intención y voluntad de menoscabar al funcionario denunciante [...], lo que deja sin sustento el reproche ejercitado". El mencionado en el numeral e, porque "la casación penal queda ceñida exclusivamente a la errónea aplicación de normas de derecho en el fondo o en la forma (art. 270 CPP). El error en la apreciación de la prueba no es revisable en casación, en la medida que no se puede discutir acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados (Cf. Vescovi, E., "El Recurso de Casación", pág. 83)".

En definitiva, el principal agravio, la violación a lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, fue la única causal de recibo legal para la admisión del recurso de casación interpuesto (artículo 270, 2º CPP), y ello es algo a destacar en la sentencia que estamos analizando.

El TAP 2º había entendido que las críticas efectuadas por el encausado "fueron dirigidas genéricamente y no con la expresa y única finalidad de ofender o atentar contra el honor del señor Sub Secretario". Es decir, que el Tribunal no encontró "que haya existido la voluntad expresa de querer injuriar o difamar y como tal, falta en el análisis de la conducta, el elemento intencional (dolo), que desvanece absolutamente, todo atisbo de culpabilidad".

En el criterio de la SCJ, ello es revisable en casación (artículo 270 inciso 2º del CPP), pues, siguiendo un pronunciamiento de la corporación (nº 680/96):

La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho, la concretización de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho [...] La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de una conducta humana, contenida en la ley penal: matar, hurtar, incendiar, abusar deshonrosamente, la premeditación, la alevosía, el ardido, son conceptos jurídicos y no simples hechos. [...]

[Es así que] para deslindar lo que puede ser materia de la Casación (derecho), de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la Casación: el objeto material alcanzado por el concepto o por el instituto, es decir, el hecho histórico y concreto, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia. (Cf. Sentencia de la SCJ Nº 680/96).

Por tanto, se concluye:

[...] la calificación de la conducta como intencional o no intencional, no ingresa a los poderes discrecionales del Juez. Porque no se trata de un concepto vago o indeterminado

desde que existe una regulación específica del derecho penal (art.18 CP), que excluye toda posibilidad de indeterminación.

3.2. ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO (POSICIÓN DE LA SCJ A FAVOR DEL DELITO DE INJURIAS)

En el enfoque referido, los señores ministros de la SCJ establecen:

[...] la conclusión del Tribunal, a juicio de la Corporación, es absolutamente errónea, pues surge, palmaria, la voluntad de injuriar, al decir —sin ambages— que el Sub Secretario del Ministerio de Transporte y Obras Públicas “o actúa de mala fe o está en algún acomodo”, agregando que “tiene que volver a la escuela para aprender otra vez a leer”. Como sostiene el Dr. Lombardi en su fundada discordia: “Léase como se lea, las expresiones emitidas por Álvarez y recogidas por la prensa referidas a Aguerre, lo tratan de acomodado en el sentido vulgar de ‘coimero’” [...]

Hubo pues para la SCJ voluntad de injuriar, la cual,

[...] a la luz de las propias declaraciones del denunciado en autos, aparece como carente de todo fundamento válido, a punto tal que su propia defensa hizo salvedad “del respeto (sic) que en el plano ético, intelectual y profesional le merece la persona y trayectoria de la parte denunciante”.

Asimismo, la Corte se aparta de la tipificación de los hechos en la figura del desacato por ofensas, también del delito de difamación por el que la Fiscalía formuló su requisitoria, por entender que los hechos se adecuan a la figura penal prevista en el artículo 334 CP, esto es, el delito de *injurias*, pues “[...] las expresiones emitidas por el Cr. Álvarez están dirigidas a ofender, dañar o menoscabar el honor o decoro del Dr. Aguerre”.

En tal sentido expresó que la corporación se encontraba facultada para revisar con absoluta libertad la calificación jurídica realizada por los órganos de mérito, pues:

El principio Iura Novit Curia es una potestad irrenunciable del Magistrado que opera como transacción entre el principio de legalidad y el sistema acusatorio. El juez no puede corregir los hechos articulados en la demanda, pero sí el derecho (Cf. Sents. N° 22/04; 122/1995 TSP 2º; Tommasino, “Principios”, págs. 28 y 35).

En el delito de desacato por ofensas, el dolo está orientado a menoscabar la función pública que desempeñan los funcionarios identificados y a quienes se atribuye determinadas conductas (Cf. ATP 1º turno, sent. Publ. en LJU, caso 14.649, T.128, año 2003). [En

cambio,] el objeto jurídico específico del delito de injurias, es el interés del Estado en proteger la personalidad moral del hombre, contra el que ofenda su honor, rectitud o decoro, fuera de los casos que constituyen difamación.

En consecuencia, con base en los fundamentos expuestos, la SCJ decidió casar la sentencia de segunda instancia y condenar al encausado, bajo la imputación del delito de injurias, a la pena impuesta en la sentencia de primera instancia.

3.3. COMENTARIO QUE NOS MERECE LA SENTENCIA DE LA SCJ

1. Lo primero a destacar es la relevancia que presenta la sentencia a estudio, en cuanto a la reivindicación de la tutela del honor como bien jurídico penalmente protegido, independientemente de la imputación penal que hubiere recaído.

En el plano constitucional, se reconoce el honor como un derecho fundamental, inherente al hombre, consagrado junto con otros derechos de igual trascendencia previstos en nuestra Carta en el artículo 7. Por su parte, en el ámbito penal se destaca su importancia como bien jurídico, tanto en el aspecto subjetivo como objetivo. No obstante, cuando se confronta con otro derecho de la misma jerarquía, como lo es el de la libre expresión del pensamiento y, en particular, la libertad de prensa o, más amplia, de información, los límites se hacen más difusos, hasta el punto de que son mayoría los fallos judiciales que exoneran de responsabilidad en aras de este último, o porque, como en el caso a estudio, se entiende que no hay intención de agraviar, o porque las personas involucradas están más expuestas, por su cargo o función pública, a que se las juzgue con mayor severidad o se les increpen con vehemencia sus actos, decisiones o dichos.²

² Al respecto, en su *Curso de derecho penal y procesal penal* (Del Foro, Montevideo, 2001), el Prof. Dr. Miguel LANGÓN refiere: “Hasta el año 1992, en que fue derogada, la defensa del honor en buena medida estaba en manos de los propios ofendidos según la ley 7.253 de 6/8/1920, que consagraba el llamado lance caballeresco o duelo regular. El art. 38 del Código Penal, por su parte, establecía una excusa absolutoria para todo el que actuara en un duelo de esas características [...] Todas esas disposiciones fueron derogadas por el art. 1º de la ley 16.294 de 6/7/1992, a partir de cuyo momento la defensa del honor está exclusivamente en manos de la justicia, lo que redobla su responsabilidad. El único escudo defensivo del honor es el Poder Judicial independiente, y si los estrados judiciales no amparan el honor de las personas (o lo subordinan a pretendidos bienes jurídicos supraindividuales, presuntamente prevalentes), este importantísimo bien jurídico quedará insatisfecho, en forma conculatoria de los principios básicos del sistema constitucional”.

Si bien es cierto que para calibrar la afectación del honor se debe analizar cada situación en particular, existen ciertas pautas generales que deben tenerse en cuenta para ello. En tal sentido, IRURETA GOYENA expresaba:

Es el Magistrado el que según la cultura moral e intelectual de las personas ofendidas, según la idiosincrasia de la clase social a que pertenecen y según también las ideas y hasta prejuicios de la misma sociedad, determinará en cada situación, si realmente ha habido difamación o no. Lo esencial es tener presente que debiendo la difamación consistir en la imputación de hechos que dejan mal a la persona respecto a la sociedad, el carácter de los hechos no puede apreciarse según el grado de susceptibilidad de la persona ofendida sino de acuerdo con la manera de ser y de sentir de la misma sociedad.³

A ello agregamos que es importante tener en cuenta el contexto y lugar donde se realizan las manifestaciones, su tenor o significado, su grado de difusión o potencialidad, los sujetos a quienes van dirigidas, la intencionalidad de quienes las dicen, todo lo cual lleva a una valoración objetiva de tal afectación, que salva así la sensibilidad o el subjetivismo que invariablemente ostenta la persona agravuada.

Debemos considerar, además, la propia naturaleza jurídica de los delitos contra el honor tipificados en nuestro Derecho, esto es, los de difamación e injurias concretamente. En efecto, se trata de delitos de peligro y, como tales, basta que pongan en riesgo el bien jurídico protegido (el honor), sin que sea necesario acreditar que éste sufrió menoscabo. Es suficiente, pues, la idoneidad de la conducta, de la cual puede resultar una objetiva probabilidad o posibilidad de producir el daño que se busca evitar, para que el delito quede consumado, y no sólo es determinante la aptitud causal de ésta para producir la lesión, sino también, y sobre todo, la dirección de la voluntad hacia esa producción.⁴

Aun así, hay situaciones, como las que mencionamos en la confrontación aparente con el derecho al honor, que dan lugar a interpretaciones más laxas. Es así que, cuando se trata de comentarios a la tarea o a un acto administrativo puntual de un funcionario público, máxime si ocupa un cargo de jerarquía, o se trata de un adversario desde el punto de vista político, por más ácidos o ríspidos que sean aquéllos, se ha admitido por la jurisprudencia que no configuran ofensas con idoneidad suficiente de llamar a responsabilidad penal, pues se ha entendido que “[...] el debate sobre los asuntos públicos debe ser

³ Cita del TAP 2º turno, sentencia comentada *ut supra*.

⁴ Cf. ibidem, pág. 159.

desinhibido, robusto y francamente abierto, así como que él debe incluir ataques vehe-mentes, cáusticos y algunas veces desagradablemente punzantes al gobierno y sus funcio-narios”.⁵ Así se expidió también el TAP 2º turno en la sentencia que finalmente fuera casada.

Si bien compartimos en general tales aseveraciones, creemos que el análisis de las expresiones presuntamente ofensivas tampoco debe realizarse en forma aislada del signifi-cado que las propias palabras ostentan desde el punto de vista gramatical. En tal sentido, coincidimos con los argumentos vertidos por los ministros discordes del Tribunal, en cuanto a que los términos utilizados por el denunciado (“acomodo”, “se actuó de mala fe”, “hay algo oculto”) tienen una única interpretación, refieren inexorablemente a un compor-tamiento espurio y, por ende, reprochable. Si a ello sumamos el marco en que las expresio-nes fueron emitidas —esto es, en la discusión de un contrato de concesión otorgado por el Estado a una empresa privada—, no hay dudas de que uno solo era el significado, tendien-te a desacreditar al funcionario público, el subsecretario de la cartera de Transporte y Obras Públicas que intervino en él.

En definitiva, cualquier cuestionamiento de índole política o técnica, por más apa-sionado que sea, no justifica el avasallamiento de un bien jurídico fundamental atinente a la personalidad humana como lo es el honor, cuya lesión, siguiendo las palabras del minis-trero Gómez Tedeschi que hacemos nuestras, “terminará con el propio sistema socio-políti-co que se pretende salvaguardar, y en especial, con la libre expresión del pensamiento, como valor fundamental, cuyo ejercicio, bueno es recordarlo, no conlleva el derecho a ofender”.

2. Otro aspecto a resaltar de la sentencia que se viene analizando lo constituye el fundamento por el cual se admitió el recurso de casación, esto es, la interpretación que debe hacerse del alcance del artículo 18 del Código Penal en cuanto a si es una cuestión de hecho o de derecho.

Dicha disposición, como tal, podría decirse que es de interpretación subjetiva en cuanto refiere a la intencionalidad en el accionar de una conducta. No obstante, siguiendo prestigiosa doctrina como la del Prof. BARRIOS DE ANGELIS, la SCJ entendió que la inten-ción como tal era una cuestión identificable con el Derecho, por cuanto la norma penal

⁵ Sentencia nº 63/99 del TAP 1^{er} turno.

contenía una regulación abstracta de la conducta humana. Por consiguiente, la valoración de la conducta como intencional no depende del criterio del magistrado, porque no se trata de un concepto indefinido, sino que, por el contrario, el artículo 18 CP expresamente lo regula con un alcance determinado. En consecuencia, concluyó que el agravio relativo a la vulneración del referido artículo 18 era de recibo en esa instancia (artículo 270, inciso 2º CPP).

Ello es de suma trascendencia, sobre todo en delitos contra el honor, en los cuales en la mayoría de los casos como el de autos se alega que no hubo intención de ofender o injuriar. Hoy día, la llamada *teoría de los ánimos* dice relación con los motivos que impulsan a la acción, que actualmente se consideran disociados del dolo. En el marco de la concepción de la imputación objetiva y, en particular, en la concepción compleja del tipo, se entiende que el dolo consiste simplemente en la voluntad de realización del tipo objetivo, con conciencia de lo que se hace. Lo que antes, pues, se mencionaba como dolo específico, hoy se considera como elementos subjetivos del tipo, que no se exigen en las figuras de la difamación e injurias.

Antecedentes jurisprudenciales y de doctrina citados por la propia Fiscalía ya sosténían que no era necesario escudriñar en la “intención misteriosa”:

[...] por más que el encausado sostenga que no estuvo en su ánimo la intención de agraviar, ello resultará irrelevante si los dichos y acciones no admiten más que una sola lectura, ontológicamente agravante, menoscabante del honor de la persona ofendida [...] ⁶

3. Finalmente, y en lo que respecta a la tipificación penal que fue impetrada al Cr. Álvarez, los señores ministros entendieron que se trataba de un delito de injurias.

En tal sentido, analizados los hechos que motivaron la denuncia a estudio y los argumentos esgrimidos en las distintas instancias, nos inclinamos por la posición de la Fiscalía, a favor del delito de difamación.

Compartimos los argumentos vertidos en cuanto descartar el delito de desacato por ofensa. No se buscó menoscabar el bien jurídico de la Administración Pública —si bien en forma mediata éste pudo verse afectado—, pues los dichos del denunciado apuntaban indefectiblemente a la persona del Dr. Aguerre, al salir éste públicamente a hacer comen-

⁶ Cf. sentencia nº 201 del 18/09/1997 del TAP 1^{er} turno.

tarios sobre un informe de un órgano de contralor del Estado. No hay duda de que las expresiones agraviantes tales como las de “coimero”, se referían a aquél como funcionario “interviniente” en el acto administrativo cuestionado. Asimismo, no puede hablarse de dependencia entre funcionarios públicos de igual jerarquía, como bien señaló la Defensa.

Tampoco nos parece de aplicación el delito de injurias, como tal, figura penal residual, aplicable fuera de las hipótesis de difamación. En la especie, se expresaron conceptos sobre la persona del Dr. Aguerre relacionados, indudablemente, con un hecho determinado, como lo es la renovación de un contrato de concesión a la empresa Consorcio del Este que habilitaba el cobro de peaje ida y vuelta. El tenor de los dichos del Cr. Álvarez, que involucraban al denunciante en ese acto como obteniendo un provecho injusto en su favor o concediendo un beneficio económico a la empresa, pudieron dar lugar, “si fuera cierto”, “a un procedimiento penal o disciplinario o exponerlo al odio o al desprecio público”, conducta perfectamente encartable en la figura penal de la difamación. En la injuria, en cambio, se penaliza el atribuir a alguien una condición genérica (ladrón, deshonesto, corrupto, etc.), o simplemente se trata de ofender genéricamente el honor, y aun la mera rectitud o el decoro de alguien, insultándolo de cualquier manera, sin una relación directa con un hecho en concreto.⁷

3.4. SOBRE LOS CUESTIONAMIENTOS QUE SE SUSCITARON RESPECTO LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA EN ESTUDIO

3.4.1. Planteo

Dada la condición de ministro del Tribunal de Cuentas que ostenta el Cr. Álvarez, con posterioridad a la sentencia que venimos de analizar se suscitó una polémica en el ámbito político, que trascendió a la opinión pública, en cuanto a si éste podía o no continuar en el cargo que estaba desempeñando. El problema se planteó debido a que, si bien en el caso a estudio hubo una sentencia de condena, la pena se suspendió condicionalmente, lo que dio mérito a diversas interpretaciones.

Por un lado, se sostuvo que con una sentencia condenatoria se encontraría inhibido *ipso facto* de acceder a cualquier cargo público, conforme el artículo 80.4º de la Constitución, que establece que la ciudadanía se suspende cuando ha recaído una “condena”.⁸ Otros enten-

⁷ Cf. ibidem, pág. 151.

⁸ Artículo 80 de la Constitución: “La ciudadanía se suspende: [...] 4º) Por sentencia que imponga pena de destierro, prisión, penitenciaría o inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos durante el tiempo de la condena”.

dieron que no era de aplicación la disposición mencionada, pues se dijo que, en el caso, “el Ministro no ha sido procesado por delito en que pueda resultar pena de penitenciaría; ni se ha dictado sentencia que le imponga pena alguna; por el contrario, la propia sentencia estableció una pena de cinco meses, pero resolvió expresamente no imponerla, sino suspender su imposición”,⁹ por lo que, el Cr. Álvarez podría seguir en su cargo.

En realidad, la discusión se centraba en los efectos que se generan con una sentencia de condena, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 80 CN), como desde el punto de vista penal (suspensión condicional de la pena), que tienen alcances, según veremos, totalmente distintos.

En el caso que nos ocupa, la mayoría de los miembros de la Corte Electoral entendió de aplicación lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 80 de la Constitución, por lo que, una vez que el juzgado les comunicó la sentencia de condena emitida por la SCJ, resolvieron la inhabilitación de la inscripción cívica del funcionario imputado, por el plazo de un año.

Asimismo, conforme lo establecido en el artículo 239 de la Carta, la Asamblea General, por dos tercios de votos, puede destituir al funcionario en cuestión, por ineptitud, omisión o delito. En el caso, dicho cuerpo legislativo no procedió a ello; por el contrario, emitió un comunicado de apoyo a la gestión del Cr. Álvarez, atento a que discrepancia con el criterio de la Corte Electoral a favor de la inhabilitación.

Desde el punto de vista de los efectos penales, si bien la sentencia de la SCJ confirmó el pronunciamiento de primera instancia por entender que sí había delito, salvando el principio *non reformatio in pejus*, mantuvo la pena de cinco meses de prisión impuesta en aquélla, con la consiguiente suspensión condicional.

Y es respecto de esta última, conforme hoy se rige en determinados supuestos por el artículo 11 de la ley 17.726, lo que en el plano doctrinario también ha motivado discusión, según a continuación veremos.

⁹ Palabras en el Parlamento de diputado Javier Salsamendi, del Encuentro Progresista, posición que también fue sustentada por los ministros representantes del mismo partido en la Corte Electoral, quienes votaron en contra de la inhabilitación del Cr. Álvarez.

3.4.2. Problema interpretativo planteado en la ley 17.726 sobre el punto de partida para el cómputo del plazo de vigilancia de la suspensión condicional de la pena

En efecto, el artículo 11 mencionado prevé que, en los casos de primarios absolutos, cuando no ha habido prisión¹⁰ —supuesto que encarta en la hipótesis a estudio—, el plazo de vigilancia de la autoridad se reduce a un año, sin establecer desde cuándo se computa, lo que veremos ha suscitados distintas opiniones.

En cuanto a dicho plazo, así como al momento desde que se cuenta, cabe consignar que ha ido variando conforme a las distintas disposiciones legales que se han dictado. Con la ley nº 5.393 del 25 de enero de 1916, primera normativa en la materia que adoptó el sistema continental europeo,¹¹ aquél era de cinco años *contados desde la fecha del arresto de la persona*. Por acordada de la SCJ nº 7.362 del 27 de noviembre de 1998 (con base en el artículo 10 de la ley 8.673, que otorga a dicho organismo la facultad de reducir o suprimir el plazo de vigilancia establecido por la ley de 1916), dicho plazo se redujo a dos años, *a partir del cese del arresto o de la libertad provisional en su caso*. Finalmente, con la nueva Ley de Medidas Alternativas, nº 17.726 del 26 de diciembre de 2003, ese lapso se redujo a un año, en las hipótesis mencionadas, pero no se estableció desde qué momento se contaba.

Ello lleva a dos posiciones que se han planteado en los planos doctrinario y jurisprudencial:

- a. aplicar al criterio previsto en la ley nº 5.393 (*fecha del arresto*), desestimando el propugnado por acordada nº 7.362, por ser de menor rango legal (éste es el criterio sustentado por la mayoría);
- b. entender que el plazo debe computarse *desde la fecha en que la sentencia de condena quedó ejecutoriada*, pues el artículo 11 no prevé un momento determinado desde el cual debe computarse.

¹⁰ Artículo 11º de la ley 17.726: “Cuando la sentencia definitiva imponga pena de prisión se concederá al encausado la suspensión condicional de la pena (art. 126 del Código Penal), siempre que se trate de un primario que haya sido procesado sin prisión o con las medidas sustitutivas previstas en esta ley y las haya cumplido, salvo la existencia de causa grave debidamente fundada. Si la sentencia impusiera una pena de hasta tres años de penitenciaría, el Juez podrá conceder la suspensión condicional de la pena, atendiendo los requisitos del inciso anterior y previo informe del Instituto Técnico Forense, fundando su decisión. En ambos casos, el plazo de vigilancia por la autoridad será de un año”.

¹¹ El sistema europeo presupone el dictado de una sentencia pero se suspende condicionalmente el cumplimiento de la pena y pasado un tiempo, si no hubo mala conducta, se sobresee la causa. En cambio, en el sistema angloamericano el instituto significa que se suspende el proceso penal, por lo que el juez se abstiene de dictar sentencia y pasado un tiempo, si no se reincidió, se sobresee el proceso.

Es interesante referirse a los argumentos que la doctrina ha manejado a favor de una u otra postura.

Así, la Dra. Laura LLAMBÍ, fiscal letrada departamental y docente de Derecho Penal en la Universidad de la República, en un taller sobre los alcances de la ley 17.726,¹² sostuvo a favor de computar el plazo de un año desde que quedó ejecutoriada la sentencia:

El exiguo plazo de un año que fija la nueva ley impide retrotraerlo al momento del arresto o su cese, sin caer en el absurdo de que al momento de dictar la sentencia el delito ya no exista y la sentencia se dicte para tenerla por no dictada, sin el transcurso de ningún plazo intermedio, porque en la mayoría de los casos el plazo legal ya lo insumió el proceso. El intérprete está obligado a darle un sentido razonable y lógico a la norma. Y nada, en esta nueva disposición, autoriza a iniciar el cómputo desde momentos anteriores a la sentencia, que esta ley no establece.

A su vez, agrega otros dos argumentos: por un lado, la propia norma del artículo 11, que en los dos incisos anteriores refiere a la *sentencia* que concede, en forma preceptiva o facultativa, según el caso, la condena condicional. En segundo lugar, expresa que retrotraer el cómputo del año tiene como consecuencia, por vía indirecta, derogar las penas de inhabilitación principales que se adicionan a la pena de prisión, puesto que el término de inhabilitación se computa desde que queda ejecutoriada la sentencia que lo impone como condena principal. Entonces:

¿Puede subsistir una pena de inhabilitación impuesta por una sentencia que se tuvo por no pronunciada y que declara extinguido el delito por el cual la inhabilitación se impuso? No existe el delito, no existe más la sentencia, no puede existir ninguna pena que la misma haya impuesto.

A su juicio es, pues, más coherente esta posición, puesto que, como la suspensión condicional se dispone en la sentencia que se le notifica al imputado, éste toma conocimiento en ese mismo momento de que, una vez ejecutoriada la sentencia, está sujeto a un término de vigilancia de un año.

En contra de dicha posición, el Dr. Eduardo PESCE, defensor de oficio en lo penal y docente también en la materia en la Universidad de la República,¹³ sostiene que en

¹² Véase su posición en el libro *Medidas alternativas: discusión y análisis de la ley 17.726 del 26/12/2003*, FCU, 2004, págs.162-167.

¹³ PESCE, Eduardo, en *Medidas alternativas...*, op. cit., págs. 151 y ss.

materia de plazos para que opere el beneficio de la suspensión condicional de la pena sigue vigente la legislación anterior, por lo que, ante el silencio del legislador, el punto de partida para el cómputo debe extraerse, siguiendo la primera ley, desde el arresto. Y ello por cuanto, a su juicio: a) este criterio es más beneficioso para el encausado; b) se simplifican los trámites, hasta el punto de que, en la práctica, éste es el criterio que se ha seguido, el cual ha significado un verdadero “desempapelamiento” de las oficinas. En cuanto al argumento manejado por la Dra. LLAMBÍ de que se derogarían las penas de inhabilitación principales accesorias a la prisión, ello según PESCE no podría darse, pues el instituto sólo se prevé para los casos de penas de prisión o multa (ley 7.371 del 8 de junio de 1921), por lo que, si se prevé la aplicación de otra pena principal, no podría otorgarse el beneficio. Finalmente, manifiesta que no se trata de una aplicación retroactiva de una disposición, sino que, por el contrario, existe una ultraactividad de la legislación anterior, en un aspecto indispensable como lo es el punto de partida para el cómputo de un plazo legal, que debe ser establecido por ley.

No podemos dejar de emitir nuestra opinión sobre el tema, y en tal sentido, compartimos los fundamentos esgrimidos por la Dra. LLAMBÍ, si bien reconocemos que estamos en franca minoría. Obsérvese que es absurdo que el término de vigilancia policial esté corriendo mientras aún no se ha terminado de dilucidar el proceso. Así, en el caso que venimos analizando, el año previsto en el artículo 11 de la ley 17.726 empezó a regir desde el comienzo del juicio, mientras se estaban desarrollando las diversas instancias procesales, en las que, en la especie, se llevó a cabo el juicio en audiencia, se revocó la sentencia de primera instancia y, a su vez, se casó el fallo de segunda instancia. Es más racional que el cómputo se realice desde el momento en que una sentencia de condena —que confirma o ratifica la pena y su consiguiente suspensión— quede firme, ejecutoriada. A partir de allí, el encausado se notifica de ella —y, por consiguiente, de las consecuencias— y comienza a regir un lapso de vigilancia, vencido el cual, sin cometer nuevo delito, se tendrá por no pronunciada la sentencia y extinguido el delito.

Lo que refuerza la problemática en el *sub exámine* es el hecho de que se trata de un delito de comunicación que se rige por un procedimiento diverso, donde la ley 16.099 no prevé el arresto. Entonces, en este supuesto, ¿desde cuándo debe considerarse que comienza a regir el plazo?

Una posible solución, la mayoritaria también hoy día, es contarla desde la fecha de la audiencia en que se lleva acabo el juicio, pues a partir de ésta se entiende que el denunciado está sujeto a proceso, por cuanto, apartándose de la generalidad de los proce-

dimientos, en los delitos de comunicación, con su proceso especial, el legislador establece que en lugar de archivar debe haber sobreseimiento, lo que implica decir que hubo delito y se “perdona”.

Otra posibilidad es entender que el plazo rige desde la sentencia que impuso el beneficio. Con este criterio creemos que no habría problemas, pues tiene indudablemente una fecha cierta, sin tener que recurrir a un subterfugio consistente en “asimilar” el día del arresto al comienzo del juicio, esto es, al día de la audiencia.

Pero, ¿qué sucedió con el caso a examen? El juez de la causa en la liquidación de pena, evidentemente, aplicó el criterio de la mayoría, la ley de 1916, y computó el término de vigilancia policial desde la fecha de la audiencia (10 de marzo de 2004), dando por caducado el “periodo de vigilancia” y por extinguido el delito. Ello suscitó algunas perplejidades, debido a que la sentencia de la SCJ que confirmaba la de primera instancia era de mayo de 2005 y apenas había sido comunicada a la Corte Electoral; posteriormente (así lo imponen los plazos procesales: la liquidación de pena se realiza luego de que queda ejecutoriada la sentencia) se le comunicó a la Corte que “dos meses antes” se había extinguido el delito. Enterada de ello, la Corte Electoral dejó inmediatamente en suspenso la inhabilitación que había dispuesto al Cr. Álvarez, quien continuó por lo tanto en su cargo.**

** NOTA DE AGRADECIMIENTO: A la Dra. Mónica Ferrero, por su gentileza en proporcionarnos copia de las sentencias que se analizan en el presente trabajo.

INFORMACIÓN

Reglamento de la Revista de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* es una publicación arbitrada anual, sin perjuicio de los números especiales que resuelva editar el Consejo de Redacción.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales arbitrados; b) otra de recensiones, y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo de Redacción podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Recepción de artículos.** Los artículos serán recibidos dentro de los plazos que establezca anualmente el Consejo de Redacción por la Secretaría de Redacción de la *Revista*, y deberán atenerse a las siguientes pautas:
 - 3.1. Serán entregados en medio magnético y una copia impresa. La copia impresa debe estar a doble espacio, en papel formato A4 y letra cuerpo 12. En caso de nota de jurisprudencia, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada.
 - 3.2. Las notas de jurisprudencia no podrán exceder en su extensión las treinta (30) páginas.
 - 3.3. Los artículos en su presentación deben incluir: a) un resumen (*abstract*) en el idioma original del trabajo, con una extensión máxima de 20 y mínima de 8 líneas; b) un sumario del trabajo, y c) en la parte final del artículo, las referencias bibliográficas de las obras consultadas, en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
 - 3.4. Al pie de la primera página (con asterisco) se deben indicar la institución a la cual pertenece el autor y sus grados académicos.

3.5. Las citas deben presentarse de la manera siguiente:

- Apellidos del autor en letras versalitas.
- Título de la obra en cursiva.
- Volumen o tomo.
- Editorial
- Lugar y fecha de publicación.
- Número de página de la cita o de la primera y última página del trabajo consultado.
- Si se trata de un artículo de una publicación periódica o colectiva, el título irá entre comillas y el título de la revista o publicación periódica o colectiva en cursiva.

Ejemplos:

RODRÍGUEZ PEÑA, María, *El Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial ..., Ciudad ..., 2002, pág. ...

RODRÍGUEZ PEÑA, María, “El Pacto de San José de Costa Rica”, en *Revista...*, año ..., nº ..., Editor ..., Ciudad ..., 2002, pág. ...

3.6. Las referencias de las citas se consignan a pie de página y su numeración debe ser continua.

4. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. **Calidad de evaluador.** Sólo podrán ser evaluadores aquellos docentes que tengan el grado de profesor titular en las materias que correspondan, y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo de Redacción.
6. **Lista de evaluadores.** El Consejo de Redacción elaborará y actualizará regularmente una lista de evaluadores, que se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (www.ucu.edu.uy).
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo de Redacción designará un evaluador de la lista considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad del evaluador. El evaluador contará con un plazo de treinta días para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en la

Revista. Si el evaluador formula observaciones, se podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas, y se someterá el artículo a una segunda revisión. En casos excepcionales, en que el Consejo de Redacción lo juzgue conveniente, podrá solicitar una segunda evaluación de un mismo artículo.

El Consejo de Redacción podrá en casos especiales recurrir a un evaluador no incluido en la lista, pero que presente una notoria idoneidad en su materia.

8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo. En este sentido, el Consejo de Redacción procurará eliminar del trabajo que se remite al evaluador la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará la identidad del evaluador.
9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo de Redacción con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo de Redacción decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Los autores autorizan que luego de la edición de la revista los trabajos sean incluidos en la sección Publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o de pago, a juicio del Consejo de Redacción.
12. **Ejemplares.** Publicada la revista, cada uno de los autores de artículos tiene derecho a recibir dos (2) ejemplares por su participación en la edición. Ésta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan trabajos a la *Revista* deberán acompañarlos de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos** La *Revista* contará con dos Consejos Asesores, uno integrado por destacados profesores y juristas nacionales y otro por profesores extranjeros. Ambos Consejos serán designados por el Consejo de Redacción de la Revista.

El Consejo Asesor Nacional será convocado a una reunión anual en la que se analizarán y evaluarán el o los números de la *Revista* aparecidos en el año anterior a la reunión.

Los miembros del Consejo Asesor Internacional recibirán un ejemplar de cada número de la *Revista* que se edite, y se les solicitará una evaluación por escrito anual.

15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (www.ucu.edu.uy)

Montevideo, 25 julio 2005.

