

Revista de

DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Promover la discusión jurídica

DOCTRINA

ARIAS MARTÍNEZ, Sebastián HIRSCHLAFF, Alan

Arbitraje societario:
entre reformas proyectadas,
soluciones y nuevas interrogantes

BUGALLO MONTAÑO, Beatriz

La inspiración en la inteligencia
artificial y el caso de los datos cuyo
contenido son obras protegidas
por el derecho de autor

FERREIRA, Alejandro

La jurisdicción internacional directa
en el Derecho Internacional Privado
con especial referencia al
Art. 57 de la ley 19.920

PEREIRA CAMPOS, Santiago VERA PACALUK, Micaela

¿Qué puede hacer el acreedor
en el incidente de calificación
del proceso concursal?
¿Es vinculante para el juez
la calificación fortuita
de la sindicatura o intervención?

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

RUOCCO, Graciela

Transformaciones del Derecho
Administrativo

JURISPRUDENCIA COMENTADA

HENRIQUEZ C., Tomás

Comentario a la sentencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos:
Pavez Pavez vs. Chile

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

TESINAS DE MASTERS

TOMMASINO, Beatriz

Medio ambiente, Derechos Humanos y proceso.
El rol jurisdiccional en materia ambiental
en el Uruguay

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CASSONI BOGGIO, Paulina

La publicidad comparativa en el Derecho
uruguayo y en el español, con especial
referencia al carácter psicológico o emocional

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

DE POSADAS, Ignacio

Apertura comercial e innovación como
motores de desarrollo de Uruguay
de Victoria Martini

SÁNCHEZ, Delia

Eutanasia y dignidad de Diego Velasco Suárez



Revista de
DERECHO

Año XXI (Julio 2022), N° 41
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
FACULTAD DE DERECHO

Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

- 1) Se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial y URL del artículo).
- 2) Se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.
- 3) No se usen para fines comerciales.

Indexada en:

Biblioteca Nacional del Uruguay, Biblioteca Nacional de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco. Miembro de AURA: Asociación Uruguaya de Revistas Académicas.

Redacción y suscripciones

Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.
Dr. Prudencio de Pena 2544 (11600)
Montevideo, URUGUAY
Tel.: (598) 2707-4461

Contacto de la revista

E-mail: redaccionfder@um.edu.uy
Canje: biblioteca@um.edu.uy

Página web de la revista

<http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho>

La revista no asume necesariamente las opiniones expresadas en los trabajos publicados.

Plazo de recepción de originales

Para el número de julio, hasta el 30 de abril anterior; para el número de diciembre, hasta el 30 de octubre anterior.

Aviso de derechos de autor

Esta revista es publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos:

Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional, que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Diseño: Ser Gráficos

Impresión: Ser Gráficos

Depósito legal: 374.615

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

Nº 41 – Julio 2022

Revista de
DERECHO

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

CONSEJO EDITORIAL

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Marcelo SHEPPARD

María BRUGNINI

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI ARMAND-UGON

EDITORA TÉCNICA

Valentina MORANDI

CONSEJO ASESOR

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Mercedes JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

COMITÉ CIENTÍFICO

Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay

María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España

Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay

David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos

Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos

Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España

Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España

Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina

Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina

Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España

Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay

Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra

Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador

Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México

Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú

Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana

Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile

Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile

Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España

Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia

Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

SUMARIO**MENSAJE DEL DECANO**

Promover la discusión jurídica 9

DOCTRINA**SEBASTIÁN ARIAS MARTÍNEZ****ALAN HIRSCHLAFF**Arbitraje societario: entre reformas proyectadas,
soluciones y nuevas interrogantes..... 15**BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO**La inspiración en la inteligencia artificial
y el caso de los datos cuyo contenido son
obras protegidas por el derecho de autor..... 33**ALEJANDRO FERREIRA**La jurisdicción internacional directa en el
Derecho Internacional Privado con especial
referencia al Art. 57 de la ley 19.920..... 53**SANTIAGO PEREIRA CAMPOS****MICAELA VERA PACALUK**¿Qué puede hacer el acreedor en el incidente
de calificación del proceso concursal? ¿Es
vinculante para el juez la calificación fortuita
de la sindicatura o intervención? 85**CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES****GRACIELA RUOCCO**

Transformaciones del Derecho Administrativo..... 117

JUSISPRUDENCIA COMENTADA**TOMÁS HENRIQUEZ C.**Comentario a la sentencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos:
Pavez Pavez vs. Chile 135**INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y posgrados 157

TESINAS DE MASTERS**BEATRIZ TOMMASINO**Medio ambiente, Derechos Humanos y proceso.
El rol jurisdiccional en materia ambiental en
el Uruguay..... 179**MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES****PAULINA CASSONI BOGGIO**La publicidad comparativa en el Derecho
uruguayo y en el español, con especial
referencia al carácter psicológico o emocional..... 253**NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS****IGNACIO DE POSADAS***Apertura comercial e innovación como
motores de desarrollo de Uruguay de*
Victoria Martini 277**DELIA SÁNCHEZ***Eutanasia y dignidad de Diego Velasco Suárez.....* 280



MENSAJE DEL DECANO

MENSAJE DEL DECANO

Promover la discusión jurídica

Mensaje del decano

Promover la discusión jurídica

Durante este primer semestre de 2022, la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo estrenó nueva sede, con instalaciones más amplias y adecuadas para el desarrollo de su proyecto académico. Proyecto que incluye no sólo el dictado de cursos de grado y de posgrado en Derecho de alto nivel académico, sino la promoción de ámbitos de discusión jurídica que contribuyan a una investigación jurídica de calidad.

En esa línea, durante el semestre que finaliza, la Facultad de Derecho organizó las primeras *“Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo Prof. Mariano Brito”* que -este año- se centraron en la reciente reforma de la Justicia Administrativa introducida por la Ley n° 20.010. Con la participación de más de 300 asistentes, los profesores del área de Derecho Administrativo de la Facultad, liderados por el Prof. Carlos Delpiazzo, comentaron, con alto rigor técnico, los diferentes aspectos de la reforma. Estas jornadas, que nacieron con el objetivo de realizarse anualmente, en homenaje al Profesor Mariano Brito, primer rector y profesor titular de la cátedra de Derecho Administrativo de nuestra Universidad, pretenden justamente servir como ámbito en el que los especialistas del área puedan reunirse y discutir. Y de la discusión, extraer conclusiones que sirvan a los diferentes operadores del Derecho (abogados, jueces, legisladores, etc) en el servicio que desde su lugar están llamados a prestar.

Con semejantes objetivos, se está proyectando para el segundo semestre del año, la organización de jornadas académicas y seminarios en otras áreas del Derecho, tradicionales como la del Derecho de la Empresa y más modernas como la del Derecho del Deporte o la de Transformación Digital. La idea será la misma: ofrecer un ámbito que promueva el diálogo académico y profesional, que aporte al descubrimiento -en el sentido de *“destapar lo que estaba oculto”*- de las soluciones más eficientes y justas a los conflictos sociales.

En el mismo sentido, nuestra Facultad, recientemente promovió y concretó la constitución de la *“Red Uruguaya de Lenguaje Jurídico Claro”*, en la que participan instituciones estatales de primerísimo nivel como el Parlamento Nacional, el Poder Judicial y la Fiscalía General de la Nación. Esta red se propone trabajar de manera conjunta en la promoción y difusión del uso de lenguaje jurídico claro al interior de las instituciones encargadas de articular y formalizar las normas jurídicas, de forma de facilitar su interpretación, la transparencia y el acceso eficiente a la información pública. Es decir, se trata de mejorar los instrumentos disponibles para favorecer la discusión jurídica sobre bases sólidas, para avanzar hacia un ordenamiento justo, objeto central del Derecho.

A propósito de esa finalidad esencial del Derecho, cabe destacar lo ocurrido en los últimos días, especialmente Estados Unidos pero con importante repercusión mundial, como consecuencia de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de ese país, en el caso *Dobbs v. Jackson Women`s Health Organization*, sobre la cuestión del aborto. La Sentencia del Tribunal Supremo, que revoca una sentencia anterior del mismo tribunal (la del caso *Roe v. Wade* de 1973) viene a señalar que la Constitución norteamericana no prevé un “derecho al aborto” y, por tanto, que es competencia de la ley de cada Estado de la unión la regulación de la cuestión. En definitiva, la Sentencia determina la necesidad de reabrir el debate jurídico sobre el aborto de cara a su regulación y, por ello, consideramos que se trata de una excelente noticia. La sociedad norteamericana, y por su incidencia en el mundo, la de los demás países incluyendo el nuestro, tienen la oportunidad de seguir pensando, analizando y discutiendo -desde el respeto que debe presidir la discusión jurídica- sobre un tema tan esencial como el Derecho a la vida. De la discusión jurídica respetuosa e incansable, para la cual las Universidades y, en particular, las facultades de Derecho, debemos ofrecernos como plataformas académicas independientes, podrán surgir soluciones con la *auctoritas* necesaria para que sean reconocidas como justas por la sociedad.

El n° 41 de la Revista de Derecho que hoy presentamos, incluye un trabajo sobre Arbitraje en el ámbito societario. Otro vinculado a un tema de máxima actualidad como es el de la inteligencia artificial y derechos de autor. Un trabajo vinculado a la reciente Ley n° 19.920 de Derecho Internacional Privado. Y, finalmente, un trabajo de interpretación de la norma concursal en materia de calificación del concurso. Asimismo, este número de la Revista contiene una interesante conferencia de la Prof. Graciela Ruocco, sobre las Transformaciones del Derecho Administrativo, una tesis de maestría de la Dra. Beatriz Tommasino, sobre medio ambiente y derechos humanos y una monografía de la estudiante Paulina Cassoni, sobre la publicidad comparativa en nuestro ordenamiento y en el español. Esperamos que su lectura ofrezca al interesado fundamentos jurídicos sólidos en las discusiones que le toque enfrentar.

Miguel Casanova, junio 2022



DOCTRINA

SEBASTIÁN ARIAS MARTÍNEZ

ALAN HIRSCHLAFF

Arbitraje societario: entre reformas proyectadas, soluciones y nuevas interrogantes

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

La inspiración en la inteligencia artificial y el caso de los datos cuyo contenido son obras protegidas por el derecho de autor

ALEJANDRO FERREIRA

La jurisdicción internacional directa en el Derecho Internacional Privado con especial referencia al Art. 57 de la ley 19.920

SANTIAGO PEREIRA CAMPOS

MICAELA VERA PACALUK

¿Qué puede hacer el acreedor en el incidente de calificación del proceso concursal?
¿Es vinculante para el juez la calificación fortuita de la sindicatura o intervención?

SEBASTIÁN ARIAS MARTÍNEZ

Universidad de la República, Uruguay

sarias@sdcc.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2051-4442>

ALAN HIRSCHLAFF

Universidad de la República, Uruguay

hirschlaffalan@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4891-1511>

Recibido: 30/04/2022 - Aceptado: 1/06/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Arias Martínez, Sebastián y Hirschlaff, Alan (2022). Arbitraje societario: entre reformas proyectadas, soluciones y nuevas interrogantes. *Revista de Derecho*, 21 (41), 15-32. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.2>

Arbitraje societario: entre reformas proyectadas, soluciones y nuevas interrogantes

15

Resumen: Con una proyectada reforma a la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales, pasible de volverse derecho positivo vigente, muchas de las exigencias y necesidades de los distintos operadores que conforman el mundo de los negocios ven una luz al final del camino, poniendo a Uruguay en el mapa de los países que cuentan con una legislación societaria de avanzada.

Así, la autonomía de la voluntad cobra un rol preponderante y se presenta como una solución a múltiples debates que han desvelado a la doctrina nacional respecto a la admisibilidad de múltiples institutos.

En esta oportunidad, analizamos la procedencia del arbitraje societario, previsto a texto expreso en el artículo 18 del anteproyecto de reforma. Para eso, proponemos al lector una breve reseña de las principales características del instituto, el debate respecto a su admisibilidad en la Ley Nro. 16.060 ante la falta de previsión expresa, las implicancias de su previsión en la Ley Nro. 19.820 para las SAS y una mirada sobre las principales repercusiones teóricas y prácticas que supondría su consagración como instituto legislado para el resto de las formas societarias previstas en el derecho uruguayo.

Palabras Clave: Reforma, Arbitraje societario, Derecho uruguayo, Ley de Sociedades Comerciales.

Corporate disputes arbitration: among draft reforms, solutions and new uncertainties

Abstract: With a draft bill of the Uruguayan Business Companies Act, which is likely to become positive law, many of the demands and needs of the different operators that are part of the business world see a light at the end of the road, putting Uruguay on the map of countries that have advanced corporate legislation.

Thus, the principle of party autonomy takes on a preponderant role and is presented as a solution to multiple debates that have unsettled national scholars regarding the admissibility of different legal aspects.

In this opportunity, we analyze the admissibility of corporate disputes arbitration, expressly provided for in article 18 of the draft reform bill. To this end, we propose to the reader a brief review of its main characteristics, the debate regarding its admissibility under Law No. 16,060 in the absence of an express provision, the implications of its inclusion in Law No. 19,820 for Simplified Joint Stock Companies (SAS) and a look at the main theoretical and practical repercussions that its enactment may entail for the rest of the corporate types provided for in Uruguayan law.

Keywords: Reform, Corporate disputes arbitration, Uruguayan law, Business Companies Act.

Arbitragem empresarial: entre reformas projetadas, soluções e novas questões

Resumo: Com uma reforma projetada da Lei Uruguiaia de Sociedades Comerciais, passível de se tornar Direito positivo vigente, muitas das exigências e necessidades dos diferentes operadores que conformam o mundo dos negócios vêem uma luz ao final do caminho, colocando o Uruguai no mapa dos países que contam com uma legislação societária de avançada.

Assim, a autonomia da vontade assume um papel preponderante e apresenta-se como uma solução para múltiplos debates que têm revelado a doutrina nacional a respeito da admissibilidade de múltiplos institutos.

Nesta oportunidade, analisamos a procedência da arbitragem empresarial, prevista expressamente no artigo 18º do anteprojeto de reforma. Para isso, propomos ao leitor uma breve resenha das principais características do instituto, o debate sobre sua admissibilidade na Lei Nro. 16.060 ante a falta de previsão expressa, as implicações de sua previsão na Lei Nro. 19.820 para as SAS e um olhar sobre as principais repercussões teóricas e práticas que implicariam a sua consagração como um instituto legislado para o resto das formas societárias previstas na lei uruguiaia.

Palavras-chave: Reforma, Arbitragem empresarial, Lei uruguiaia, Direito das Sociedades Comerciais.

1. Introducción

El pasado 22 de junio de 2021 los profesores e integrantes del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Dres. Ricardo Olivera García, Alicia Ferrer Montenegro y Alejandro Miller presentaron ante el Señor Presidente de la República y la Señora Ministra de Economía, un anteproyecto de reforma parcial (desde ahora "el anteproyecto" o "la reforma proyectada") de la Ley de Sociedades Comerciales Nro. 16.060 (a partir de ahora "LSC").

El artículo 18 del anteproyecto prevé la posibilidad de dirimir los conflictos societarios en arbitraje, poniendo fin así a una ardua discusión sobre la viabilidad de solucionar los conflictos societarios recurriendo a este método de resolución de controversias.

En efecto, la LSC no tiene actualmente disposición alguna respecto a la posibilidad de que los conflictos societarios se puedan resolver en arbitraje, lo que ha originado distintos debates doctrinarios.

La Ley de Fomento al Emprendedurismo Nro. 19.820 (de ahora en más "LFE") implicó un primer avance en la materia, al permitir acudir al arbitraje en el marco de las SAS.

No obstante, el anteproyecto que aquí se analiza, de resultar aprobado, marcará un antes y un después en el debate, en la medida que la solución alcanzará a todas las sociedades comerciales reguladas en la LSC, otorgando mayor seguridad jurídica a los operadores, tanto a la hora de asesorar respecto a si es correcto o no incluir una cláusula compromisoria en los estatutos sociales, como también en la toma de decisiones respecto a cómo actuar una vez que se generó el conflicto.

Bajo estas coordenadas, en el presente trabajo expondremos algunas generalidades sobre el arbitraje, referiremos al rol del arbitraje en el ordenamiento jurídico uruguayo, desarrollaremos el debate doctrinario generado en el marco del actual texto de la LSC, mencionaremos la solución legal consagrada para las SAS, y realizaremos ciertos comentarios preliminares al anteproyecto de reforma, para finalizar esgrimiendo algunas conclusiones.

2. Generalidades sobre el arbitraje

El arbitraje es uno de los métodos más antiguos de resolución de conflictos. Los autores ubican su génesis en un momento histórico donde imperaba el sistema de la venganza privada, mucho antes de que existiera cualquier organización judicial.

Llegada una instancia en la evolución, ofendido y ofensor, optan por renunciar al ejercicio de la fuerza y acuden a un individuo designado de común acuerdo para que componga el diferendo. "Este componedor, (...), no tiene ninguna jurisdicción obligatoria, sólo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y no puede imponer coercitivamente sus decisiones, cuya única fuerza radica en el compromiso contraído por los contendores de acatarlos." (Aylwin Azocar, citado por Villalba Cuéllar y Moscoso Valderrama, 2008, p. 142).

Históricamente, el arbitraje ha sido calificado como un método "alternativo" de resolución de controversias. Dicha afirmación, hoy día, bien puede ser puesta en tela de

juicio. Si bien ésta obedece a la alternatividad del arbitraje respecto de la justicia estatal, en muchas áreas del derecho, lejos de ser alternativo, ha demostrado ser la primera opción para gran parte de los operadores.

Olivera García (2010) señala a la especialización, rapidez, confiabilidad, economicidad, privacidad y continuidad de las relaciones sociales como características que tornan al arbitraje de idóneo y conveniente para la solución de los conflictos societarios.

Si bien en función de lo que se expondrá en el apartado siguiente, claro es que, en Uruguay el arbitraje tiene una importante recepción legislativa, más notorio resulta que, el pasar del tiempo pregona su efectiva expansión hacia áreas más arraigadas de debate e incertidumbre¹.

En efecto, por más que haya materias en las cuales el arbitraje naturalmente está excluido y lo seguirá estando, se presentan otras en las que, o bien la legislación expresamente pasa a preverlo, o bien la doctrina y jurisprudencia (dentro de los límites interpretativos de la legislación) progresivamente le dan la bienvenida.

De todas formas, en cuanto a este último punto, es dable destacar que, mientras haya áreas donde la aplicabilidad del arbitraje no se encuentre laudada, seguirán existiendo posiciones que lo acepten y lo rechacen. Tal es el caso de los conflictos individuales de trabajo, donde, el debate aún subsiste y se enriquece constantemente con los sucesivos aportes doctrinarios y jurisprudenciales.²

En materia de sociedades comerciales, la virtud ya mencionada de "especialización", cobra relevancia en el arbitraje societario, presentándose como una institución atractiva, merced a la inexistencia de tribunales especializados en la materia.

18

3. El arbitraje en el ordenamiento jurídico uruguayo

3.1 Lineamientos generales y la delimitación de "la materia arbitrable"

El Título VIII del Código General del Proceso uruguayo ("C.G.P") regula el proceso arbitral. La doctrina suele definir la materia arbitrable en función de dos disposiciones allí incluidas (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000; Vallarino Berretta, 2016; si bien todos estos autores critican la solución legal de materia arbitrable, esgrimen que, en función de las normas vigentes, del siguiente razonamiento se desprende la solución).

En primer lugar, el inciso primero del artículo 472, según el cual "Toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario".

1 Enfatizando la recepción legislativa, podemos mencionar la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Nro. 19.636, de 13 de julio de 2018, aplicable cuando la sede del arbitraje sea Uruguay y en tanto no exista tratado bilateral o multilateral que vincule a las partes.

2 Únicamente reparando aquí en la óptica jurisprudencial, y en lo que constituyó un importante precedente en la materia, puede destacarse la sentencia Nro. 596/2017 de 8 de mayo de 2017, dictada por la Suprema Corte de Justicia uruguayana (MARTÍNEZ -r-, CHEDIAK, HOUNIE, PÉREZ MANRÍQUE, ROSSI) en la cual se pronunció a favor del arbitraje en las contiendas individuales de trabajo, con el voto afirmativo de tres de sus cinco miembros. En la vereda opuesta, podemos destacar la sentencia definitiva de segunda instancia Nro. 89/2020 del 3 de junio de 2020 dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo 1^o (MORALES -discorde-, ROSSI -r-, POSADA, FERNÁNDEZ) donde se rechaza la susceptibilidad de someter a arbitraje los conflictos individuales de trabajo.

En segundo lugar, el artículo 476, que dispone que “No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”.

En suma, el arbitraje está permitido, salvo i) exista disposición legal expresa en contrario; ii) se trate de materias respecto de las cuales está prohibida la transacción.

El primer punto, naturalmente, no despierta interrogantes. El segundo, conlleva investigar las materias en las que está prohibida la transacción al constituir éstas el límite al arbitraje.

El Código Civil, en sus artículos 2153, 2154 y 2155, establece excluidas de la transacción a la pretensión penal, al estado civil de las personas, y a los alimentos futuros hasta tanto no haya aprobación judicial.

Sin embargo, el artículo 11, sienta una regla con carácter general, al decir que “No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Es a partir de aquí que, a través de una inferencia deductiva, se ha definido la materia arbitrable de la siguiente manera: no pueden someterse a arbitraje las cuestiones respecto de las cuales está prohibida la transacción; la transacción es un contrato y mediante un contrato no se pueden derogar las leyes en qué está interesado el orden público; en consecuencia, no es posible someter a arbitraje materias de orden público.

En esta línea de pensamiento, explicaba Vescovi (1989): “Por lo dicho quedan excluidos de este tipo de acuerdos (justicia privada) aquellos asuntos en los cuáles está interesado el orden público o los derechos que las partes no pueden disponer libremente (art. 476 C.G.P.)” (p. 224).

Esta solución legal es criticada por Olivera García y Jiménez de Aréchaga (2000) al manifestar que “(...) una cosa es decir que aquellas cuestiones en las cuales se encuentra comprometido el orden público resultan indisponibles por las partes y otra cosa diferente es decir que las mismas no pueden ser objeto de transacción o arbitraje” (p. 10). Para los autores, se confunden dos cosas diferentes: el apartamiento de las partes de las soluciones de la ley y el apartamiento por las partes del juzgamiento de la justicia estatal, de su conflicto actual o eventual.

3.2 Arbitraje en la LSC

El arbitraje societario como tal, se genera en el ámbito interno de las sociedades comerciales y puede incluir diferencias que involucran a los socios y accionistas, como también a sus administradores, liquidadores y miembros del órgano de control interno.

La actual redacción de la LSC no establece mención alguna a la posibilidad de que los conflictos societarios sean dirimidos en arbitraje. Desde antaño ello ha conllevado la realización de distintos estudios doctrinarios para analizar el tema.³

³ En aras de buscar las mejores soluciones para los operadores, los estudios doctrinarios también plantean otros mecanismos de solución de controversias. En efecto, Jiménez de Aréchaga (1996) estudia el conflicto comercial y la mediación. En lo que atañe a los conflictos societarios, menciona el caso de la Asociación Americana de Arbitraje, que ha desarrollado un importante departamento de mediación comercial en materia societaria. Por otra parte, Alfaro (2019) analiza el *Dispute Board* o Comité de Prevención y Solución de Disputas. Como sus principales características señala que, no conlleva la atribución de jurisdicción; puede tener uno o más miembros que pueden emitir recomendaciones o decisiones; la fuerza de sus pronunciamientos es contractual; las decisiones del Comité pueden ser revisables por vía judicial o arbitral, entre otras.

El punto neurálgico de la discusión, tal como se desprende de los desarrollos anteriores, ha estado asociado al concepto de orden público, en la medida que éste implica el límite de la materia arbitrable.

Como bien explica Garat Delgado (2019), el orden público (junto al interés general y la moral o utilidad pública, entre otros) es un concepto jurídico indeterminado. Aduce la autora: "(...) en esta categoría se encuentran aquellos conceptos utilizados por el Derecho cuya definición parece conocerse, pero cuya concreción deviene difusa" (p. 94). Añade que: "Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, esto es, cuando su contenido no está determinado con exactitud en la norma. Son aquellos conceptos en los que el enunciado principal es difícil de delimitar en la práctica (...)" (p. 94).

Analizando el elemento "causa" del contrato, entiende Gamarra (1981) por orden público a "(...) los principios fundamentales e intereses generales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico del Estado" (p. 92).

Para Olivera García (1999):

(...) se presenta como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, incorporado por el derecho con la finalidad de proteger intereses sociales que trascienden a las relaciones jurídicas entre las partes, a través de la consagración de soluciones legales que resultan irrenunciables por las mismas (p. 110).

Bajo estas premisas conceptuales, si se concluyere que la LSC es (total o esencialmente) de orden público, no sería posible acudir al arbitraje. Mientras que, de no ser así, no existiría obstáculo alguno.

Acerca del estado del arte que se va a presentar, es importante aclarar que, respecto de aquellos autores que entienden que la LSC es esencialmente de orden público, no pretendemos atribuirles que nieguen (como si se hubieran expresado en tal sentido) la posibilidad de acudir al arbitraje. Por el contrario, planteamos que, si el límite a la materia arbitrable lo constituye el "orden público", bastaría con aludir a la posición de los reconocidos escritores para rechazar la posibilidad de dirimir controversias societarias a través de este mecanismo.

Dicho ello, advierte Wonsiak (1990) que, en la LSC:

(...) hay un cambio fundamental de orientación, se pasa de una filosofía individual y liberal a imponer limitaciones en atención al interés público, a la seguridad jurídica, al interés de terceros, de la sociedad, y por último al de los propios socios colectivamente e individualmente considerados (p. 19).

En efecto, Nuri Rodríguez (1990), al poco tiempo de entrada en vigencia de la LSC, analizaba las razones que fundan el reglamentarismo y el carácter imperativo de las legislaciones modernas. Allí explicaba que "Ante la realidad descripta, el legislador moderno, sintió la necesidad de intervenir para regular imperativamente a las sociedades anónimas (...)" (p. 68). Luego agregaba: "Las normas de la ley 16.060, son efectivamente reglamentaristas severas y en su mayor parte imperativas en razón de los intereses tutelados (...)" (p. 69). Al referir a la redacción del estatuto y sus cláusulas, añadía:

Los fundadores o promotores, deben tener presente que, para la situación no prevista, existe casi siempre una solución legal; habrá que ver entonces, respecto a cada aspecto de la vida social si la solución legal no es imperativa. Si es imperativa, el estatuto debe adaptarse a ella. Si no es imperativa se apreciará si la solución legal es buena y sirve para el caso concreto o si es mejor adoptar una solución diferente (...). Ello impone, por lo tanto, una actitud sumamente cuidadosa, en el momento en que se redacte cada cláusula del estatuto social (p.71).

Más adelante en el tiempo, Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2006) han expuesto:

La Ley de Sociedades Comerciales, n° 16.060, mantiene la tendencia de nuestro Derecho y de los derechos que siempre han inspirado el nuestro: se recoge el principio de la libertad de contratar; pero se le restringe con normas imperativas.

Se ha criticado muchas veces las normas imperativas contenidas en la Ley, atribuyéndole un excesivo paternalismo. Entendemos que se deben mantener las soluciones intermedias a las cuales antes nos referimos. No creemos, como solución adecuada a nuestro tiempo, la vigencia plena de la autonomía de la voluntad: una autonomía en que la sociedad se constituya, con quien se quiera, con las estipulaciones que se deseen, libre de formalismos y luego se maneje, se modifique, se disuelva, etc. con las normas que las partes hayan querido darse.

Consideramos, sin perjuicio del debido respeto a las demás opiniones, que la libertad de contratar debe ser, como lo ha sido siempre y como lo sigue siendo hoy, condicionada. Se podrá opinar sobre determinadas condiciones, que parezcan excesivas; si son excesivas corresponde su corrección puesto que la Ley puede ser siempre mejorada (p. 122).

En un profundo estudio sobre el orden público en las sociedades anónimas, Holz (2006) plantea algunos principios o fundamentos de la legislación sobre sociedades anónimas. Allí afirma que, la pregunta relevante, consiste en determinar si tales fundamentos son valores esenciales de la sociedad, de su filosofía y consistencia, pues "En cuyo caso nos encontraremos con principios de orden público, con las consecuencias que de tal calificación derivan" (p. 31).

Tras ello, aduce que, la defensa de la eficiencia económica y la protección de terceros "revisten ambos la jerarquía de principios de orden público que subyacen y explican varias disposiciones de la legislación societaria nacional en sede de sociedades anónimas" (p. 31).

Para la escritora, no toda la ley de sociedades es de orden público, sino que "(...) la legislación nacional en materia de sociedades anónimas refleja algunos valores o principios de orden público (...) que son específicos a esta normativa, en diversos preceptos (...)" (p. 34).

Olivera García y Jiménez de Aréchaga, juntos en una obra colectiva y, por separado en obras individuales, han sido fervientes defensores del arbitraje societario en el marco de la LSC.

Así, en la obra conjunta, Olivera García y Jiménez de Aréchaga (2000) explican que, aun cuando la LSC haya cambiado de filosofía legislativa, el hecho de que se haya mantenido la concepción contractualista de la sociedad, "(...) implica que el principio

de autonomía de la voluntad sigue rigiendo sin perjuicio de las excepciones que a texto expreso se consagren” (p. 18).

Los autores analizan tres distintos conflictos societarios y en ambos concluyen la procedencia de la solución arbitral: impugnación judicial de asambleas, acción civil de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y derecho de receso (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000).

En instancia de pronunciamiento individual, Olivera García (2001) señala que:

En primer lugar, no existe en nuestro régimen societario ninguna disposición que prohíba expresamente el arbitraje. En consecuencia, en ningún caso podrá invocarse la exclusión del arbitraje por este concepto.

En segundo lugar, según vimos precedentemente, la circunstancia de que algunas de las disposiciones de la ley sean de orden público no constituye argumento suficiente para excluir el arbitraje como forma de resolución de los conflictos emanados de su aplicación. La norma de orden público determinará la invalidez del pacto social que contenga disposiciones opuestas a la misma. Sin embargo, en ningún caso habrá de excluir la posibilidad de que el conflicto derivado de la aplicación de dichas normas sea resuelto en vía arbitral, cuando las partes así lo hayan resuelto (p. 359).

Y Jiménez de Aréchaga (2003) sostiene:

Entendemos que la ley 16.060 es un ordenamiento imperativo, pero ello no significa que sea de orden público. Por lo tanto, las instituciones allí previstas son de libre disposición por los socios y/o accionistas, en la medida que no violen determinados principios que la misma ley establece como inderogables (por ejemplo, los derechos del socio o accionista) o que se trate de la renuncia a derechos irrenunciables (p. 46).

Olivera García y Santi Estefan (2012) también reparan en la distinción de las cuestiones en las cuales se encuentra comprometido el orden público y las materias arbitrables. En esta senda de pensamiento, los autores arguyen que: “ (...) la indisponibilidad de las cosas alcanzadas por el orden público, no supone, en el sistema uruguayo, que sean también indisponibles las consecuencias patrimoniales de esas cuestiones” (p. 690). Para los escritores no habría un escollo que sortear en la medida que, existiendo una relación jurídica cuya ley aplicable es de orden público, nada impide que, originado un conflicto, esa misma ley sea aplicable, pero por un árbitro en lugar de un juez.

Esta última idea estaría en armonía con la cualidad de indisponibilidad absoluta de la norma de orden público que, al decir de Holz (2006) “(...) alude a la irrenunciabilidad de la norma, en el sentido que los individuos no pueden pactar la inaplicabilidad de la disposición, y si lo hacen, tal pacto es ineficaz” (p. 19).

Para Vallarino Berretta (2016) no puede calificarse genéricamente a la LSC de orden público. Agrega la autora que, aun existiendo algunas disposiciones que fueren de orden público “(...) ello no excluye la posibilidad de que el conflicto derivado de la aplicación de esas normas sea resuelto mediante arbitraje cuando las partes así lo hayan resuelto” (p. 1472).

Posteriormente, narra:

La cláusula compromisoria inserta en el contrato o estatuto de una sociedad comercial podrá someter a arbitraje, de derecho o de equidad, a las controversias derivados de esos documentos, del funcionamiento, disolución o liquidación de la sociedad. Como toda cláusula inserta en un contrato, obligará a las partes que lo pactaron y a sus sucesores, así como a los órganos de la sociedad y a sus integrantes (Vallarino Berretta, 2016, pp. 1472-1473).

Finalmente, Acosta y Cavanna (2016) estiman que “(...) no existe contradicción alguna entre el arbitraje, el orden público, las normas imperativas y el principio tuitivo de la legislación” (p. 13). En línea con lo sostenido por Olivera García (2001), los autores aseveran que “Cuando el legislador determina que una materia o asunto es de orden público, ello no significa que deban necesariamente excluirse a los medios alternativos que permiten la resolución de conflictos, como pueden ser el arbitraje, la mediación o la conciliación” (Acosta y Cavanna, 2016, p. 13).

3.3 El arbitraje en SAS: el artículo 44 de la LFE

Llegados a este punto deviene esencial dedicar algunos párrafos a lo que fue, sin lugar a dudas, uno de los principales avances que la LFE aportó al sistema jurídico uruguayo: la posibilidad, consagrada a texto expreso, de poder acudir al arbitraje como mecanismo para dirimir conflictos societarios.

Así, el artículo 44 de la referida ley estipuló:

Las diferencias que ocurran entre los accionistas; de cualquiera de estos con la sociedad, sus administradores, liquidadores o miembros del órgano de control interno; de la sociedad con sus administradores, liquidadores, o miembros del órgano de control interno, derivadas del negocio constitutivo de la sociedad o de la operativa de la misma, incluida la impugnación de las resoluciones de asamblea o del órgano de administración, podrán someterse a arbitraje, si así se pacta en los estatutos.

Con un ámbito subjetivo y objetivo sumamente amplio, la posibilidad de someter los eventuales conflictos societarios surgidos en el seno de las SAS al proceso arbitral, vinieron a confirmar la conquista del principio de la autonomía de la voluntad en la que se cimentó la LFE, y que como expresa Olivera García (2019):

La Ley N° 19.820 introduce, a través de las SAS, soluciones legislativas largamente demandadas en materia societaria. Implica una profunda bocanada de aire fresco que viene a oxigenar una regulación societaria que nació obsoleta, cargada de prejuicios y de preceptos que la nueva Ley se encarga de superar (p. 348).

Fue así, que el artículo 44 de la LFE, vino a ubicar al derecho societario uruguayo nuevamente dentro de los sistemas jurídicos que fueron capaces de entender las ventajas que este mecanismo procesal tan particular podía ofrecer a la materia.

De esta manera, la ley uruguaya de SAS, siguió los pasos de avanzada marcados por distintos sistemas de derecho comparado. A modo de ejemplo Chalar Sanz (2019) refiere a la Ley de arbitraje española N°60/2003 que expresamente establece la posibilidad de consagrar cláusulas compromisorias en los estatutos sociales.

También en la región, nos recuerda la autora, la Resolución General N° 4/01 de la Inspección de Justicia argentina, previó la posibilidad de pactar el arbitraje societario a nivel estatutario, y en Brasil, cuya ley de sociedades anónimas cuenta con el artículo 109, en donde se estipula expresamente al arbitraje como medio idóneo para dirimir conflictos que surjan entre accionistas y entre estos y la sociedad.

De manera que si consideramos el texto de la ley uruguaya vemos cómo el legislador no sólo se nutrió de los sistemas vecinos, sino que, además, fue más allá y permitió el arbitraje para prácticamente todos los conflictos pasibles de acaecimiento en el seno del nuevo tipo social.

Esta puerta que abrió la LFE para la SAS, no obstante, no se nos presenta como una posibilidad novedosa, sino que se trató, en última instancia, de la confirmación de una posibilidad que siempre estuvo latente pero que marcó el camino para nuevas interrogantes.

Así, en 2020, ya nos cuestionábamos este tema, celebrando esta nueva herramienta ya que entendíamos que en materia societaria;

(...) en muchos casos las cuestiones en pugna que configuran objeto de litigio, son cuestiones de pleno derecho, que en última instancia dependen en gran medida de aspectos exógenos a las normas y sobre todo de las particularidades de esas complejas relaciones que se presentan en un campo sumamente vertiginoso, que no siempre responde a la realidad con la que cuentan nuestras sedes judiciales, con sus extensos tiempos, y las particularidades administrativas que muchas veces, tienden a ser más un problema que una solución, para un mundo que justamente requiere de salidas rápidas (...) (Arias y Hirschlaff, 2020, pp. 37-38).

A dos años desde entonces, seguimos sosteniendo lo mismo. Por tal motivo, se vuelve neurálgico entrar a considerar qué implicancias prácticas conllevó tal consagración, sobre todo por las ventajas que ello supone.

En esa línea se expresa Bellocq (2019) cuando refiere a que “Entre las ventajas del proceso arbitral respecto al proceso judicial, puede mencionarse la especialidad de quienes resuelven la contienda, la celeridad del proceso y su confidencialidad” (pp. 166-167).

Ahora bien, cómo surge del artículo 44 de la LFE ya citado *ut supra*, es condición necesaria que dicho mecanismo se encuentre expresamente previsto en los estatutos sociales, de manera que, de principio parecería existir cierta limitante respecto al origen del conflicto pasible de sometimiento a arbitraje, sin embargo, compartimos las reflexiones de Chalar Sanz (2019) cuando expresa que:

Aquellos conflictos entre los diferentes actores enumerados por la norma que no tengan su origen en el acto de creación de la entidad o en su giro y funcionamiento

-determinación que, naturalmente, podrá ser en sí misma materia de controversia- no se considerarán comprendidos en la cláusula compromisoria. Ello no significa, a nuestro entender, que las partes involucradas no puedan también pactar el arbitraje para estas eventuales cuestiones “excluidas”, en la medida en que las mismas sean arbitrables según el régimen general (p. 241).

En ese escenario, ya sea por la vía estatutaria, o fuera de esta, por el régimen general en materia arbitrable, lo cierto es que las SAS son el buque insignia de un arbitraje que comprenda todo el contencioso societario.

En ese derrotero, es válido preguntarse, si necesariamente la no consagración inicial de la cláusula compromisoria en los estatutos sociales de una SAS implica una reforma de los mismos, pues así está planteado en la norma cuando reza “si así se pacta en los estatutos”, lo que ciertamente encierra como beneficio el hecho de que, ante la posible entrada a nuevos accionistas, estos queden automáticamente sometidos a este tipo de procesos.

El escollo que se observa en este punto es justamente la necesidad de una reforma, ya que el segundo inciso del artículo 35 de la LFE, bajo el acápite “reformas estatutarias” dispone que:

Las cláusulas consagradas en los estatutos que regulan aspectos relativos a lo dispuesto en los artículos 19 (Restricciones a la negociación de acciones), 41 (Receso o exclusión de accionistas) y 44 (Resolución de conflictos societarios) de esta ley sólo podrán ser modificadas mediante el voto unánime del 100% (cien por ciento) del capital integrado.

Extremo este, que ciertamente puede llegar a presentar cierta complejidad si pensamos en un capital integrado atomizado. Respecto a este punto, es decir, a la necesaria mención del mecanismo arbitral en los estatutos, Chalar Sanz (2019) entiende que “(...) tampoco excluye, a mi entender, la posibilidad de recurrir a este instituto a través de un pacto posterior entre las partes involucradas en el eventual diferendo, aunque el estatuto no contenga previsión al respecto” (p. 241).

Si bien coincidimos, máxime tras la amplitud que la misma ley otorga a los convenios de accionistas, y de hecho así lo sostuvimos en su momento, al teorizar respecto a la posibilidad de consagrar el proceso arbitral por medio de un acuerdo posterior y ajeno a las previsiones estatutarias (Arias y Hirschlaff, 2020).

No obstante, a la fecha, se nos generan algunos reparos, sobre todo en escenarios en donde se pretendan ventilar conflictos entre los accionistas y la sociedad, pues en esta hipótesis es claro que la cláusula compromisoria debe constar en los estatutos y de no hacerlo, la única forma de viabilizar el proceso es mediante una reforma, de lo contrario (y sin perjuicio de reconocer lo opinable de la materia), entendemos que podrían plantearse ciertas dificultades para recabar el consentimiento social en acuerdos arbitrales posteriores.

3.3.1 El arbitraje en SAS ¿una entrada para el instituto a la LSC?

En cierta manera, y como ya adelantamos *supra*, con el nuevo artículo 44 de la LFE como texto positivo, la doctrina contó con sólidas bases para una vez más, poner sobre la mesa el viejo debate sobre la admisibilidad del arbitraje en el seno de la LSC (mencionado en el punto 3.2), esta vez con un irrefutable antecedente normativo.

Nuestras primeras conclusiones a esta pregunta, fueron afirmativas.

En ese momento, concluimos y defendimos el argumento por el cual, la consagración de este mecanismo de resolución de conflictos para las SAS, implicaba una puerta de entrada al régimen societario en general.

En esa oportunidad entendimos que dicho razonamiento tenía solidez si se consideraba la remisión que, el artículo 9 de la LFE, realiza a las normas que rigen a las sociedades anónimas, de manera que:

(...) el mismo artículo establece que serán aplicables a las SAS, las normas generales aplicables en materia de SA dispuestas por la 16.060 (...) En definitiva, si se parte de la premisa del art. 44 de la ley de emprendedurismo, en donde prácticamente todo conflicto societario puede ser sometido al arbitraje, y si consideramos aplicable a las SAS normas reguladas por la 16.060, va de suyo que dichas cuestiones y sus respectivas regulaciones puedan ser analizadas en el marco de un proceso arbitral. Si esas mismas normas de la 16060 pueden ser arbitrables en cuanto se aplican a una sociedad, cuya ley se remite a ellas, máxime cabe aceptarse que son arbitrables respecto a sociedades consagradas por la misma ley objeto de examen (Arias y Hirschlaff, 2020, pp. 40-41).

Hoy, a dos años de aquellas primeras reflexiones, entendemos que aún hay más y que tanto la doctrina como ciertos antecedentes en la práctica de los órganos de control externo en materia societaria han demostrado que existen razones para, aún sin un texto como el que se analiza para las SAS, defender la viabilidad del arbitraje, no solo en las sociedades anónimas, sino en todo el elenco de figuras reguladas en la LSC.

La afirmación que antecede encuentra asidero en todos los argumentos vertidos por aquellos autores que defienden la admisibilidad del arbitraje en la LSC, lo cual, en definitiva, implica un retorno a los albores del tema. En ese sentido, ilustra Olivera García (2019):

Como es sabido, nuestro Código de Comercio consagró el arbitraje forzoso en el caso de los conflictos societarios (arts. 511 y 512), régimen que fue abolido en 1975, con la aprobación del Decreto-Ley N° 14.476. Con posterioridad, la arbitrabilidad de los conflictos societarios estuvo en entredicho, en virtud de la errónea tesis sustentada por alguna doctrina que establecía el orden público como límite a la materia arbitrable. Incluso, alguna jurisprudencia llegó a establecer límites al arbitraje con este argumento. En la práctica, el registro comercial ha admitido la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos de sociedades comerciales (...) (pp. 354-355).

Por su parte, Grazioli Milburn y Sorondo Peyre (2021) nos recuerdan un reciente dictamen de la AIN en donde el organismo de control externo terminó por admitir una cláusula arbitral prevista en el estatuto de una sociedad anónima, y aunque si bien se

aprobó con ciertos reparos a como originalmente se había estipulado por los accionistas, no deja de ser una conquista que amerita toda nuestra atención.

Aunque la solución consagrada parecería novedosa, para algunos autores no implicó una modificación sustancial por cuanto, el antedicho debate, ya se encontraba superado.

En dicho sentido, Scaianschi Márquez (2019) menciona:

El artículo 44 de la Ley de SAS propiamente no ha agregado nada a la solución actualmente vigente en esta materia. De hecho, gran parte de la doctrina que ha analizado la viabilidad del arbitraje en materia societaria no ha hecho más que concluir con una contundente respuesta afirmativa (p. 405).

En cambio, otros autores como Bacchi Argibay (2020), sustentaron una posición calificable como intermedia, al decir:

Si bien la doctrina nacional que había estudiado el tema del arbitraje y los conflictos societarios ya se inclinaba por la viabilidad del mismo con el texto de la LSC, ante las dudas que podían plantearse, el legislador optó por consagrar a texto expreso el principio de la “arbitrabilidad” de la materia societaria (p. 20).

3.4 El artículo 18 del anteproyecto de reforma: el estandarte para la consagración del arbitraje societario

Finalmente, y llegados a este punto, cabe referirnos a una de las principales innovaciones de la reforma proyectada de la LSC: la consagración a texto expreso del arbitraje societario prevista en el artículo 18.

Con una clara vocación por alcanzar la definitiva conquista de la autonomía de la voluntad, el propio artículo primero de dicho instrumento establece en su inciso tercero que:

El contrato social, el instrumento de constitución, el estatuto, sus respectivas modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales se rigen por el **principio de la autonomía de la voluntad. Todas las disposiciones de la presente ley se consideran de carácter dispositivo**, con excepción de aquellas respecto de cuya violación la ley expresamente establezca la nulidad como consecuencia, que protejan un interés público o los derechos de terceros, o en las cuales la ley expresamente atribuya responsabilidad o se regulen acciones judiciales (el resaltado nos pertenece).

Así, se libera de dudas cual es el espíritu que informa el proyecto y lo posiciona como un verdadero trabajo en pos de las exigencias y necesidades más atesoradas del sector mercantil.

En ese derrotero, el artículo 18 del documento en examen, bajo el acápite “Solución de controversias, normas procesales y prescripción” dispone en su inciso primero:

Las diferencias que ocurran entre los socios o accionistas; de cualquiera de éstos con la sociedad, sus administradores, liquidadores o miembros del órgano de control interno; de la sociedad con sus administradores, liquidadores, o miembros del órgano

de control interno, derivadas del contrato social o de los estatutos o de la operativa de los órganos sociales, incluida la impugnación de las resoluciones de asambleas o reuniones de socios o del órgano de administración, podrán someterse a arbitraje, si así se pacta en el contrato social o en los estatutos.

Con una redacción que prácticamente replica a la del artículo 44 de la LFE, los autores del anteproyecto nos dieron a los operadores lo que, de mantenerse incambiado, se convertirá en una herramienta esencial para la práctica del derecho comercial moderno.

En efecto, de volverse derecho positivo vigente, el proyectado artículo viene a silenciar la discusión teórica respecto de si es o no posible pactar cláusulas compromisorias en materia societaria.

De cierta manera podemos decir que se cumplió con la aseveración vaticinada por Olivera García (2019) cuando al referirse a la SAS expresaba;

Sin perjuicio del éxito que pueda tener la aceptación y utilización de este tipo societario por los operadores económicos -que auguramos será mucho- la Ley N° 19.820 aporta iniciativas de innegable valor al mejoramiento de la materia societaria en general, las cuales habrán de ser seguramente tomadas en cuenta en cualquier iniciativa de reforma del régimen de sociedades comerciales de la Ley N° 16.060 que decida llevarse adelante. En este sentido, puede considerarse que la Ley de SAS constituye un auténtico banco de pruebas para la reforma integral de nuestro régimen societario que la realidad del mundo económico demanda desde hace ya mucho tiempo (p. 356).

28

Como única observación que puede esbozarse en los albores de este nuevo cambio, sea quizá la sutil -aunque no menos importante- diferencia en el tratamiento otorgado a la inclusión o exclusión de una cláusula compromisoria mediante reforma de estatuto.

Ello debido a que, de mantenerse el texto del artículo 362 del anteproyecto, para incluir o excluir una cláusula compromisoria en la LSC basta con el voto favorable de la mayoría absoluta de acciones con derecho a voto. En cambio, para poder introducir modificaciones a la cláusula compromisoria plasmada en los estatutos de la SAS, el artículo 35 de la LFE requiere el voto unánime del 100 % (cien por ciento) del capital integrado de la sociedad. Lo que implicaría mantener la solución actual de la mayoría especial requerida en las SA por el artículo 362 para adoptar decisiones que impliquen reformas de estatutos.

Fuera de este punto que, no obstante, no se visualiza como un problema, es enteramente celebrable que el texto proyectado y la conquista de los intereses que motivan esta rama del derecho.

4. Conclusiones

Una vez más observamos cómo los intereses y necesidades de aquellos que conforman y desarrollan el mundo de los negocios han jugado un papel de suma importancia para generar textos y propuestas normativas, que de transformarse en derecho positivo implicarán un marcado y notorio avance para la materia societaria del país.

Así como en su momento lo fue la sanción de la LSC, que, como dijimos, respondía a ciertos principios y a una filosofía tuitiva y paternalista, entendida como necesaria a la luz de las disposiciones entonces vigentes del Código de comercio, y luego lo fue la LFE en un manifiesto intento por devolverle campo de acción a la autonomía de la voluntad, la reforma proyectada de la Ley Nro. 16.060 es hoy una luz al final del camino.

Esto no solo supone, un aire revolucionario en la materia, sino que además, y como mencionaba Olivera García (2019), implica la cristalización de varias reformas que desde hace tiempo son reclamadas por el sector y los operadores en su conjunto.

En lo particular, las previsiones proyectadas en el artículo 18 del anteproyecto, suponen en última instancia la confirmación, sin márgenes de duda, de la posibilidad de acudir a un mecanismo de resolución de conflictos societarios, alternativo al sistema judicial.

Por supuesto que todo lo aquí expuesto y el pensar de estos escribientes en ningún caso supone un desconocimiento o demérito de la labor judicial llevada adelante por nuestros magistrados, pero sí apunta a reconocer que, en un gran número de litigios societarios, mecanismos como el arbitraje tienen mucho que aportar en lo que hace a la facilitación y mejor solución de lo allí ventilado.

Por tal motivo celebramos y recibimos con los brazos abiertos este tipo de iniciativas normativas, que a la postre no hacen más que arrojar luz a viejos debates, dando paso a uno de los principales valores jurídicos de toda estructura social: la seguridad jurídica.

Así y solo así la labor de los distintos actores involucrados; empresarios, sociedades, actores económicos y jurídicos podemos contar con reglas claras y mayores márgenes de acción en aras de continuar optimizando y profundizando nuestra labor, tanto a la hora de litigar, como de asesorar.

En otras palabras, la consagración a texto expreso del arbitraje en materia societaria no supone descubrir nada nuevo, no inventa nada, por el contrario, reafirma, elimina dudas y silencia debates teóricos.

Sin embargo, y como fue desarrollado a lo largo de este análisis, admitir el arbitraje societario en ninguna hipótesis es sinónimo de desconocer los límites impuestos normativamente al libre albedrío. Ya que si bien el artículo 1 de la reforma proyectada marca una tendencia irrefutable por el protagonismo de la autonomía de la voluntad, aun así, existen ciertos intereses, derechos de terceros e incluso ciertos derechos esenciales e irrenunciables de los propios accionistas que siguen siendo una red de contención contra los desbordes y abusos que pudieran tener lugar en la práctica.

Amén de ello, un punto clave a tener en cuenta es la distinción respecto de la diferencia existente entre disposiciones imperativas y de orden público, como también el hecho de que aun cuando las partes en pugna hayan decidido someter sus diferendos a un proceso

arbitral, en ningún caso supone un detrimento o desconocimiento del marco regulatorio en el cual se crea y desarrolla la actividad societaria.

Por tal motivo, y si bien es destacable una norma como la proyectada, entendemos que aún en la hipótesis de no contar con una disposición como esta, existen razones para defender a capa y espada la admisibilidad del arbitraje en el contencioso societario.

En definitiva, se compartan o no los argumentos expuestos respecto a la posibilidad de pactar el arbitraje en la LSC (en su redacción actual), lo cierto es que, de aprobarse la reforma, y de mantenerse el proyectado artículo 18, el sistema jurídico uruguayo habrá avanzado y se habrá modernizado, retornando, irónicamente, a las raíces de la materia, plasmadas entonces en el viejo Código de Comercio, lo que paradójicamente una vez más demuestra que el tiempo, en materia de avances, no siempre es lineal.

Como última precisión que debería ser aclarada a efectos de quedar libres de toda duda, es si existe la posibilidad de recurrir al arbitraje mediante convenios de accionistas o compromisos arbitrales, posteriores y externos a los estatutos, lo que entendemos podría llegar a suponer algunos escollos respecto a consagrar la voluntad de la sociedad como persona jurídica autónoma a esos efectos.

Fuera de ello, bienvenida sea la reforma y esperemos en un tiempo no tan alejado de este, podamos estar reflexionando sobre el impacto de esta y otras consolidaciones de la reforma proyectada, en términos de derecho positivo.

Referencias bibliográficas

- Acosta, M.L., Cavanna, L.I. (2016). El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos societarios. En *Realidad del derecho comercial: tensiones y sinergias en su práctica (Semana Académica 2016)* (pp. 9-20). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Alfaro, J. (2019). Dispute board para conflictos societarios. En *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal (Semana Académica 2019)* (pp. 187-191). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Arias, S., Hirschlaff, A. (2020). Arbitraje societario: análisis de algunas cuestiones de arbitraje en SAS en la ley 19.820 con proyección a la ley 16.060 y al ordenamiento jurídico en su conjunto. En *El Derecho Comercial frente a las crisis globales: sociedades-contratos-concursos (Semana Académica 2020)* (pp. 37 - 46). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Bacchi Argibay, A. (2020). Un hito en el derecho societario uruguayo: la sociedad por acciones simplificada creada por la ley no. 19.820 de “declaración de interés nacional el fomento del emprendedurismo”. En *CADE, Doctrina & Jurisprudencia, tomo LIII*, 5-22.
- Bellocq, P. (2019). *Manual de Sociedades por Acciones Simplificadas*. Primera edición. Montevideo, Uruguay: FCU.
- Chalar Sanz, L, L. (2019). Nuevos aires para el arbitraje societario: La Ley N° 19.820, de fomento del emprendedurismo, en contexto. En *El Derecho Comercial en el camino de*

- revisión de la normativa societaria y concursal (*Semana Académica 2019*) (pp. 235- 242). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Gamarra, J. (1981). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIV. Doctrina general del contrato. Volumen 7*. Montevideo, Uruguay: FCU.
- Garat Delgado, M.P. (2019). Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo. (Tesis Doctoral Inédita). Universidad de Sevilla, Sevilla. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/89695>
- Grazioli Milburn, L., Sorondo Peyre, A. (2021). Admisibilidad del arbitraje en materia societaria. En *Admirable conexión: Derecho comercial, reformas y nuevas herramientas (Semana académica 2021)* (pp. 45-52). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Holz, E. (2006). Reflexiones sobre orden público en el derecho societario (sociedades anónimas). En E. Holz, M. Carrau y D. Puceiro (eds.), *Sociedades anónimas. El orden público. Análisis de jurisprudencia administrativa* (pp. 13- 39). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Jiménez de Aréchaga, M. (1996). El conflicto comercial y la mediación. En *Anuario de Derecho Comercial N° 7*, 109-114.
- Jiménez de Aréchaga, M. (2003). Los conflictos societarios y el arbitraje. *Revista de Derecho 2* (4), 45-48.
- Olivera García, R., Jiménez de Aréchaga, M. (2000). *El arbitraje en Uruguay*. Montevideo, Uruguay: Centro de conciliación y arbitraje de la Bolsa de comercio de Uruguay: Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur.
- Olivera García, R. (1999). El orden público en la Ley de Sociedades Comerciales. En *Anuario de Derecho Comercial N° 8*, 109-119.
- Olivera García, R. (2001). El arbitraje en materia de sociedades comerciales. En *Anuario de Derecho Comercial N°9*, 352-361.
- Olivera García, R. (2010). El arbitraje como forma de dirimir los conflictos societarios. En *Sociedades y concursos en un mundo de cambios (Semana Académica 2010)* (pp. 187-194). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Olivera García, R., Santi Estefan, A. (2012). La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario. En *Anuario de Derecho Comercial N° 14*, 683-700.
- Olivera García, R. (2019). Sociedad por Acciones Simplificada. Banco de pruebas para la reforma societaria. En *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal (Semana Académica 2019)* (pp. 345-356). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Rodríguez, N. (1990). Tercera conferencia. En J.A. Ferro Astray (Ed.), *Introducción a la nueva ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias* (pp. 63-114). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Rodríguez Olivera, N.E., López Rodríguez, C.E. (2006). *Manual de derecho comercial uruguayo. Volumen 4. Tomo 1*. Montevideo, Uruguay: FCU.

- Scaianschi Márquez, H. (2019). El principio de autonomía privada en la ley 19.820 y su relación con el arbitraje comercial. En *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal (Semana Académica 2019)* (pp. 403-410). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Vallarino Berretta, C. (2016). ¿Es posible en Uruguay dirimir los conflictos societarios mediante arbitraje? En *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 1465-1473*.
- Villalba Cuéllar, J.C., Moscoso Valderrama, R.A. (2008). Orígenes y panorama actual del Arbitraje. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XI (22), 141-170.
- Vescovi, E. (1989). El proceso arbitral. En *Curso sobre el Código General del Proceso*, (tomo II, 1º edición, pp. 223-233). Montevideo, Uruguay: FCU.
- Wonsiak, M. (1990). Introducción, principios, concepto, naturaleza jurídica, personalidad y clasificación de las sociedades comerciales. En D. Hargain, J. Schwartz, G. Serván Bauzón y M. Wonsiak (eds.), *Manual de Sociedades Comerciales. Tomo I* (pp. 3-87). Montevideo: Asociación de escribanos del Uruguay. Instituto de investigación y técnica notarial.

BEATRIZ BUGALLO MONTAÑO

Profesora titular de Derecho Comercial en la Universidad de Montevideo, Uruguay
bugabea@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7920-3112>

Recibido: 07/03/2022 - Aceptado: 22/03/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Bugallo Montaña, Beatriz (2022). La Inspiración en la Inteligencia Artificial y el caso de los datos cuyo contenido son obras protegidas por el Derecho de Autor. *Revista de Derecho*, 21 (41), 33-52. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.3>

La inspiración en la inteligencia artificial y el caso de los datos cuyo contenido son obras protegidas por el derecho de autor

33

Resumen: Las tecnologías de la Inteligencia Artificial (IA) utilizan datos como componentes de sus procesos para el entrenamiento y definición de soluciones. Tratándose de datos cuyo contenido esté constituido por obras protegidas por el Derecho de autor, no corresponde entender que se trate de uso de obras. La IA no hace uso de las obras como se da en el mundo físico o digital. El proceso de análisis y tratamiento de los datos en la IA es análogo al proceso mental de la inspiración. Así como la inspiración en obras ajenas no es uso de obra y es punto de partida de obras protegidas por el Derecho de Autor, también el entrenamiento de datos representativos de obras protegidas ha de entenderse como inspiración.

Palabras clave: Inteligencia artificial, inspiración, datos, obras protegidas, Derecho de autor.

Inspiration in artificial intelligence and the case of data whose contents are works protected by Copyright

Abstract: Artificial Intelligence (AI) technologies use data as part of their processes for training and defining solutions. In the case of data whose content is made up of works protected by Copyright, it is not appropriate to understand that works are “used”. AI does not make use of works as in the physical or digital world. The process of analyzing and processing data in AI is analogous to the mental process of inspiration. Just as inspiration in other people’s works is not deemed use of a work and is the starting point for works protected by Copyright, the training of data representative of protected works must also be understood as inspiration.

Key Words: Artificial intelligence, inspiration, data, protected works, Copyright.

A inspiração na inteligência artificial e o caso dos dados cujo conteúdo são obras protegidas pelo direito de autor

Resumo: As tecnologias da Inteligência Artificial (IA) utilizam dados como componentes de seus processos para o treinamento e definição de soluções. No caso dos dados cujo conteúdo seja constituído por obras protegidas pelo direito de autor, não se entende por utilização de obras. A IA não utiliza as obras como acontece no mundo físico ou digital. O processo de análise e tratamento dos dados na IA é análogo ao processo mental da inspiração. Assim como a inspiração em obras alheias não é uso de obra e é ponto de partida de obras protegidas pelo Direito de Autor, também o treinamento de dados representativos de obras protegidas deve entender-se como inspiração.

Palavras-chave: Inteligência artificial, inspiração, dados, obras protegidas, direitos autorais.

1. Introducción

Enseña la historia que cada cambio tecnológico impone una revisión de las normas existentes en cuanto a su interpretación y aplicación y – si es necesario – se deberán aprobar nuevas normas. Estamos en un momento así en cuanto a la Inteligencia Artificial, en adelante IA, que plantea un abanico de desafíos al Derecho, tal como hasta ahora se venía aplicando.

Me propongo analizar uno de tales temas de esta tecnología de explosión contemporánea: la efectiva disponibilidad de los datos que entrenan los sistemas de la IA, en el caso particular en el cual tienen como contenido obras protegidas por Derecho de Autor, en adelante DA, sean textos literarios, obras visuales, planos o cualquier otra. Que los datos sean accesibles no es lo mismo a que los datos estén disponibles desde el punto de vista jurídico para su tratamiento como software de IA. Se trata de un problema para los productores de software que se dedican a la IA, programas de software que han penetrado distintos momentos de la vida social, tanto en situaciones complejas como en otras más sencillas, tanto en diagnósticos de todo tipo de enfermedades cotidianas, como en el análisis de las preferencias en las compras por Internet, por ejemplo.

El uso masivo de los datos que requieren actualmente los sistemas de IA para brindar soluciones confiables a tantos problemas queda supeditado a las normas y reglas de utilización de distintos tipos de datos. Más allá de este principio, debe considerarse que el particular tratamiento que hacen las tecnologías de la IA, teniendo en consideración las notas características presentes en un conjunto masivo, no considera individualmente a los datos que procesa.

Entiendo – y espero justificarlo, como objetivo de este trabajo – que el proceso de tratamiento de datos que realizan las técnicas de la IA emula o es análogo a la inspiración, el proceso psicológico de las personas vinculado a la creación. Estaríamos, a mi modo de ver, ante un impulso creativo de raíz tecnológica, que no significa un aprovechamiento de explotación patrimonial de las obras contenidas en los datos tratados.

En primer lugar, planteo qué es la Inspiración y por qué entiendo que es el símil o la caracterización correspondiente al trabajo con datos en la IA. En segundo lugar, presento la situación actual de regulación legal en cuanto a datos con contenido protegido por el Derecho de Autor, que son aplicados a procesos de la IA. En tercer lugar, enlazo ambos puntos precedentes fundamentando por qué considero que el uso de los mencionados datos ha de ser libre en el uso de las tecnologías de la IA.

2. La Inspiración como proceso de la Inteligencia Artificial

2.1 Inspiración. Concepto y proceso.

Inspiración según el diccionario de la Real Academia Española significa – en sus dos acepciones aplicables - “1. f. Acción y efecto de inspirar o inspirarse.” y “3. f. Estímulo que anima la labor creadora en el arte o la ciencia.”- La palabra inspiración, por su origen etimológico deriva del latín “*spirare*”, verbo que significa soplar. Por lo tanto, “*inspirare*” en

latín significa soplar-en, el acto de introducir aire en algún lado, por ejemplo, respirando, ingresando aire en los pulmones. Se trata pues, de un acto de dar vida: el aire en los pulmones permite respirar y vivir. Esa es la acepción correspondiente a la biología, a la cual no haré referencia directamente en este caso, como tal.

A los efectos de este trabajo me interesa destacar la dimensión de la inspiración como fenómeno psicológico, como impulso creativo para quien transcurre por ese proceso. La inspiración es el punto de inicio que da vida a nuevas ideas, a nuevas creaciones, a nuevas circunstancias, accionando el saber y las destrezas de la persona.

La inspiración es un fenómeno psicológico para el cual no se encuentra una definición uniforme. Ha sido analizada históricamente en diversas dimensiones. Como fenómeno psicológico, la inspiración consiste en un estado emocional subjetivo y que se suele calificar como repentino. Una idea o visión que se viene gestando a través del tiempo (lapsos breves o prolongados, según el caso) en un momento determinado se concreta en una idea, generando una decisión que se visualiza o comprende: es el llamado momento de la inspiración. En el proceso previo a dicho momento tienen lugar miradas a otras creaciones, desarrollos técnicos, se absorbe el conocimiento de otras experiencias tanto propias como ajenas y de creaciones realizadas por terceros. Muchas veces tiene lugar esa absorción de experiencia científica, cultural o social previa, sin tener una concreta vinculación con casos en particular, o una identificación de antecedentes en concreto. Todo ese bagaje de experiencia social no queda explícitamente en evidencia a través de la apropiación de una forma o expresión material específica preexistente.

36

Sin lugar a dudas, ese concepto de la biología - el aire que entra en los pulmones en la inspiración da vida -, se traslada a la psicología al apreciar que en la inspiración nace algún tipo de idea concreta o se da algún tipo de creación. Por ello, es tan importante hacer referencia a la inspiración tratándose de la creación de obras artísticas, obras protegidas por la Propiedad Intelectual o, más propiamente, por el Derecho de Autor.

La inspiración como fuerza creadora de obras artísticas no consiste en copiar. Inspirarse no desemboca en un acto de reproducción de una creación ajena, sino en reconocer elementos, sean esenciales o circunstanciales de una creación previa, que detonan en uno o más autores, desembocando en la realización o culminación de una nueva obra. Esta obra no reproduce la materialidad de otras obras, en ningún caso. Puede tratarse de ideas que se expresan o exteriorizan de manera distinta, aunque se reconozca un concepto común. Una escuela artística, tendencia o moda, en definitiva, implican seguir ciertos lineamientos expresados por otros creadores, quedando claro que la obra como tal, por su impronta es creación de autor o autores distintos.

Hablar de inspiración en ciertas obras, como fuerza creadora de otras nuevas obras protegidas o no por Derecho de Autor, no significa que se hayan utilizado directamente las primeras. Cuando se reconoce por un autor inspiración en ciertas obras no hay - no debería haber - un uso en el sentido de derechos de explotación de tales obras, por oposición a otras acciones creativas que usan directamente obras ajenas.

En cuanto al significado o explicación de la idea de inspiración creativa, como punto de partida vamos a referirnos a Platón y uno de sus diálogos: *Íón*¹. Es constante la

1 Se puede leer este diálogo, entre otras traducciones publicadas online - en este caso traducida al inglés -, en: Plato. *The Dialogues of Plato. Ion*. (1892), B. Jowett, Lowe & Brydone, London (obra original publicada en -400).

referencia al legado platónico en diversos textos que analizan qué es la inspiración. En la mencionada obra, Sócrates dialoga con Ión - un declamador de poesía - y hace referencia a la inspiración divina, que genera la poética. El poeta, según la teoría de la inspiración de Platón sería un recreador o un intérprete, que recibe directamente de la divinidad, de Zeus, mediante un flujo directo, un cierto discurso literario (Canino Salgado, 2009). Por eso la inspiración sería una fuente externa al propio creador, el *enthusiasmós* (Aguirre Santos, 2013). De manera que la creación sería un “recordar” los dictámenes divinos y el arte una inspiración de la divinidad. Evidentemente, esa mirada alejada de la *techné* de la inspiración, dista bastante del ámbito particularmente tecnológico de la IA, al cual estamos vinculando la inspiración. No obstante, esas consideraciones de externalidad y de fuerza creadora, son representativas del concepto de inspiración. Siguiendo con el alcance de estos conceptos de autoría, al día de hoy se continúa haciendo referencia a “las Musas que inspiran”: las hijas de Mnemósine, diosa de la memoria, y de Zeus, que soplaban en los artistas - ciertos humanos elegidos-, dando lugar así a las distintas creaciones (Sánchez Méndez, 1996). Luego, las teorías aristotélicas posicionaron al arte como una imitación de la Naturaleza y la inspiración paso a ser calificada como “un estado de ánimo especial, propio para la creación”. Con el transcurso del tiempo la reflexión sobre el Arte y la inspiración fueron de la mano, a través del pensamiento de diversos autores.

2.2 En qué consiste la Inteligencia Artificial

Veamos ahora el ámbito tecnológico donde identificar la analogía con la inspiración.

La gran mayoría de las definiciones de la IA aluden a que “la máquina”, entendiendo como tal también al software que acciona al hardware, permite tomar ciertas decisiones como si se tratara de inteligencia humana. Con expresiones más o menos científicas, más o menos humanísticas, aluden en general al concepto figurado de que hay una “inteligencia”: un concepto abarcativo de distintos tipos de mecanismos para lograr resultados. Sin embargo, las definiciones de la IA usualmente no describen ni explican en qué consiste propiamente la actividad de la IA, tarea muy compleja – entre otras razones – porque la IA comprende variadas tecnologías.

El conocimiento operativo de las tecnologías actuales de la IA es clave para calificar, desde el punto de vista legal, el proceso de preparación, así como el resultado de tales operaciones. Intentaremos una descripción del tipo de tecnología que actualmente se entiende como tal.

El antecedente más remoto de la IA se ubica en el año 1947, cuando Alan Turing, expresó ante la London Mathematical Society que “queremos una máquina que pueda aprender de la experiencia” (Shyamasundar, 2014). El término inteligencia artificial habría sido utilizado por primera vez por John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester y Claude E. Shannon, en un artículo de 1955, “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”. Se expresa en dicho texto: “Se intentará encontrar cómo hacer que las máquinas usen el lenguaje, formen abstracciones y conceptos, resuelvan tipos de problemas ahora reservados para los humanos y se mejoren a sí mismos...” (McCarthy, Minsky, Rochester & Shannon, 2006).

Se desarrolló en torno a la hoy llamada IA simbólica, en la cual se utilizan los conceptos y la lógica de nuestro propio pensamiento para codificar una serie de reglas que gobiernan el comportamiento inteligente de una máquina. Al mismo tiempo, la IA conexionista, inspirándose en las neuronas biológicas, dio lugar a las primeras redes neuronales artificiales. No obstante, el éxito inicial de estas redes era muy limitado de manera que se impuso la corriente simbólica.

Se avanzó luego hacia los llamados Sistemas Expertos con pensamiento racional, con la tecnología de la IA y con capacidad similar a lo que sería el razonamiento. Se llegó así a diseñar algoritmos como el de Deep Blue, máquina que ganara la partida de ajedrez al campeón ruso Kasparov, en febrero de 1996.

La IA simbólica (la de Deep Blue) estaba estructurada según reglas de funcionamiento explícitas, previamente diseñadas por un humano. El auge del Machine Learning trajo reglas implícitas, aprendidas de los datos durante el proceso de entrenamiento. Dieron lugar a reglas más complejas, que no se pueden explicar mediante símbolos y lógica (por ejemplo: reglas para determinar que en una imagen hay un gato).

Todo cambió al inicio del siglo XXI: el hardware mejoró de forma relevante, teniendo mayor memoria y velocidad de procesamiento. A la vez tuvo lugar un crecimiento explosivo del volumen de datos, disponiéndose de un impresionante volumen de información, no accesible hasta entonces. Internet, también en este tema, es el diferencial: la posibilidad de acceso a datos, a diversa información para su procesamiento, creció de manera significativa. Detona el auge del Machine Learning y comienza a crecer el Deep Learning. Cambia radicalmente la llamada IA, potenciando de forma nunca vista las capacidades de las redes neuronales.

Una red neuronal artificial, núcleo de estas tecnologías, se constituye por nodos conectados entre sí: unos son las entradas, otros las capas intermedias y otros las salidas. El resultado de la aplicación de la IA implica que hay una circulación por nodos intermedios que determina la transformación de los datos tal cual ingresan al sistema.

Los datos en la IA se agregan y se entrena el modelo. El entrenamiento de una red neuronal artificial consiste en ir modificando los términos de la conexión entre los valores que van circulando por los nodos intermedios. Hay que descartar datos vacíos o incongruentes por ser de otro tema o notoriamente erróneos por imposibles. Luego se reentrena el modelo, se constata si es suficiente o no, y así sucesivamente tantas veces como sea necesario hasta tener un modelo efectivamente operativo. Hay un proceso de prueba y error, durante el cual si hay error se va modificando en cierta medida, determinada, el peso de la conexión entre los nodos al circular los datos.

Los datos son objeto de una dedicación de trabajo que toma en general no menos del 80% del esfuerzo total de un desarrollo de IA, destinando todo ese tiempo a la adquisición, preparación y visualización de datos (EDA – Exploratory Data Analysis, Análisis Exploratorio de Datos), tomados estos en su volumen.

El aumento creciente de la capacidad de procesamiento del hardware fue permitiendo redes neuronales artificiales con más capas de nodos intermedios, la posibilidad de más “recorrido” digamos, a efectos del entrenamiento. Ello fue permitiendo resolver tareas más complejas. A su vez, el mayor número de datos a disposición para este proceso

potenció tanto el mayor número de nodos, como las posibilidades de perfeccionamiento de los resultados: con más información disponible, se pudo entrenar más datos, profundizando las capacidades en cuanto a los resultados propuestos. Hablamos hoy de tareas de compleja resolución a cargo de la IA, como los sistemas de conducción de vehículos autónomos o GPT3 – sistema de predicción de texto, entre tantas.

2.3 Paralelismo entre la Inspiración y la actividad de las tecnologías de la Inteligencia Artificial

La inspiración como proceso humano tiene su paralelismo en ciertas etapas de las tecnologías de la IA. Cuando se entrenan datos con cierto propósito, en definitiva, se preparan y analizan una serie de datos que no se toman individualmente, sino como situaciones preexistentes que determinan otras nuevas decisiones o situaciones: este proceso, a mi entender, es análogo a la inspiración. El producto de la aplicación de la IA puede ser también, una creación de goce estético, a la manera de las creaciones intelectuales (limitando la expresión creaciones intelectuales a aquéllas que producen las personas).

Así como se habla de IA, en un sentido figurado, pues claramente la inteligencia como tal solamente puede ser humana, se puede identificar actos como los de la inspiración en los procesos de la IA que implican el uso de datos y culminan su objetivo. La IA se inspira en los contenidos de los datos que entrena para llegar a ciertos resultados.

La llamada bioinspiración en la IA se manifiesta en diversos niveles. Se entiende por bioinspiración a los procesos de diverso origen que se inspiran en procesos biológicos. Tal como entienden Noguera, Portillo y Hernández (2014), existen muchos procesos biológicos que pueden ser representados como un proceso de optimización con un propósito básico, control automático, automatización y toma de decisiones. Esto justifica a posteriori la prolongación de estas características a procesos tecnológicos, que imitan el funcionamiento de la biología. En los últimos tiempos se han extendido a la tecnología, que procura ver afinidades o coincidencias pues según estos mismos autores “en la naturaleza hay una gran fuente de inspiración para la aplicación en problemas de ingeniería”.

También se habla de biomimesis, en diversos ámbitos de la creatividad, no solamente en la ciencia, sino también en el diseño y cualquier otro sector del saber. Según la RAE, biomimesis significa “1. m. Imitación de los diseños y procesos de la naturaleza en la resolución de problemas técnicos”. Implica, pues, mirar las soluciones que presenta la Naturaleza para encontrar, siguiendo su línea o lógica evolutiva, otras soluciones a otros problemas que se presentan en la realidad, en otros ámbitos.

Esta tendencia se encuentra claramente en los procesos de la IA. El propio nombre “Inteligencia Artificial” es un concepto que emula un procedimiento típicamente humano, un verdadero nombre de “fantasía”: la inteligencia humana es en sí un fenómeno del que no se conoce tanto por los científicos, como para poder formular una analogía tecnológica. De todas maneras, implica un objetivo de la tecnología conocida como IA: la toma de decisiones tal como si procedieran de la inteligencia humana. La IA pretende, tal como se define en general, que mediante software aplicado al hardware correspondiente se pueda

llegar a resultados, tal como las decisiones que toman los seres humanos. La referencia a las neuronas, redes neuronales y demás expresiones que explican y denominan procesos de la IA, también toman como modelo, características humanas. No resulta esto novedoso siquiera, en el plano de la computación: las computadoras tienen memoria, un concepto bioinspirado que alude al almacenamiento de información de capacidad.

Teniendo en cuenta las afirmaciones precedentes, no puede resultar extraño que la etapa preparatoria de datos, que define el resultado de la IA también se identifique con un proceso humano como estamos sustentando.

3. Régimen legal aplicable a los datos entrenados por la IA

A continuación, se explican las consideraciones merecidas desde el ámbito del Derecho en relación con el uso de datos cuyo contenido son obras protegidas por el DA, en la IA.

3.1 Los datos, como punto de partida

Según la RAE, en la acepción correspondiente a nuestro tema, se entiende por “dato”: “3. m. Inform. Información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por una computadora.”. Mientras que la misma RAE en su Diccionario Panhispánico define “dato” en una sola acepción como “Adm. y Pen. Información necesaria para el conocimiento de algo”. La palabra dato, en cuanto a su etimología, viene del latín *datum*, que a su vez es participio pasivo del verbo latín *dare*, haciendo referencia a algo entregado, “lo dado”. Con el tiempo una de sus acepciones queda claramente referida a información o hechos.

Desde su más general definición, el dato se presenta como algo fundamental o necesario.

Los datos componen los “data sets” que se pueden utilizar para desarrollar y mantener las distintas aplicaciones de la IA. Para dicho uso se realiza la actividad conocida como minería de textos o minería de datos que, según enseña el Derecho europeo, en la Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019, es “toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones”.

La protección jurídica varía según a qué correspondan, según su “contenido” y su calidad es variada. Entre ellos podemos destacar que algunos están en el dominio público, otros son datos sensibles, otros corresponden a obras protegidas por Propiedad Intelectual.

No solamente se necesitan datos: para tecnologías de la IA actuales se necesitan masivamente, la mayor cantidad posible. De esta manera el producto del entrenamiento correspondiente podrá tener mejor calidad y proporcionar mejores respuestas a las necesidades que se pretende cubrir.

3.2 Regulación legal existente sobre el tema

Se encuentra ya planteado un camino para la solución en el caso de la utilización de datos en IA para fines científicos o de investigación. Pero no está todavía definida la situación para el caso del uso con fines de desarrollos en aplicaciones comerciales.

El uso de datos cuyo contenido está constituido por obras protegidas por Derecho de autor ha sido regulado en algunos casos de Derecho Comparado, pero en ninguno de ellos en el sentido de admitir el uso empresarial – comercial en desarrollos de IA. En general, se identifican normas que admiten tal uso cuando se encuentra destinado específicamente a la investigación científica, no existiendo previsión de remuneración alguna para el titular autor en estos casos.

En cuanto a comentar algún caso de Derecho Comparado en particular, mencionaremos la situación del ámbito europeo y latinoamericano.

En Europa podemos encontrar pronunciamientos a nivel de Derecho europeo, en la Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019, así como disposiciones legales en Alemania y Francia, en todos los casos de manera restringida.

La citada Directiva consagra en su artículo 3, numeral 1, como principio general, que los Estados miembros establecerán una excepción a los derechos previstos para los autores con respecto a las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural con el fin de realizar, con fines de investigación científica, minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso lícito.

Exige un nivel adecuado de seguridad para el almacenamiento que se realice a tales efectos. Asimismo, en el artículo 4, la mencionada Directiva establece como principio general, a su vez, que los Estados miembros establecerán una excepción o limitación a los derechos de los autores “con respecto a las reproducciones y extracciones de obras y otras prestaciones accesibles de forma legítima para fines de minería de textos y datos”. En este caso, la particularidad se encuentra presente en el numeral 3, que establece que

[l]a excepción o limitación establecida en el apartado 1 se aplicará a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones a que se refiere dicho apartado no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada, como medios de lectura mecánica en el caso del contenido puesto a la disposición del público en línea.

En definitiva, marca para todos los Estados de la UE la consideración exclusivamente para el caso que se trate de un objetivo en particular: investigación científica.

Algunos países de la Unión Europea (UE) han internalizado ya la norma. Según se establece en la base de seguimiento de tal situación que lleva centralizadamente la UE, a junio de 2021, se trata de: Holanda, Hungría, Alemania, Francia y Dinamarca. Mencionaremos el caso de Alemania y Francia. Otros países no llegaron a terminar dicha etapa al 7 de junio del 2021, pero se vieron beneficiados por la aprobación de las

Guidelines específicas en junio del 2021 al respecto de fecha 8 de junio, por parte de la UE, que concedió seis meses más de plazo a tal efecto.

En Alemania, la legislación autoralista (*Urbrechtsgesetz*, §60D.1.1) incluye la excepción de la minería de datos y textos para automatizar el análisis masivo de obras protegidas por el Derecho de autor, en tanto se trate de un objetivo de investigación científica. Ello admite el derecho de reproducción para armar el *corpus* correspondiente (conjunto de datos del tema especial referido por el desarrollo de IA que se trate). Se establece como condición la autorización del titular para la adaptación o reproducción de la base de datos a efectos de realización de minería de datos y textos como uso habitual (*Urbrechtsgesetz*, §55A).

En Francia, se admite que, una vez que se divulgó la obra protegida por el Derecho de Autor, su titular de derechos no puede prohibir su aplicación en explotación de textos y datos, mientras se trate de trabajos referidos a necesidades de investigación pública. Se trata de disposiciones del Código de Propiedad Intelectual francés, artículo L 342-3, modificación por Ley N° 2016-321. En dicho Código encontramos también una norma de aplicación específica en materia de derechos del titular de bases de datos protegidas por el Derecho de Autor. Se trata del artículo L 342-3.5, que establece dicho principio, acotando expresamente que la limitación de sus facultades no operará cuando la actividad de minería de datos tenga finalidad comercial.

Por su parte, también en Europa, aunque no integrando la UE, en Suiza, el artículo 24d CopA admite expresamente los actos de utilización de datos en IA con propósitos científicos y de investigación, mientras se trate de un acceso legítimo a tales datos, y su almacenamiento es admitido solamente a tales efectos (“Federal Act on Copyright and Related Rights” - Copyright Act, CopA - de 9 October 1992, reformada al 1 de abril de 2020). De manera que, Suiza legisla en igual línea que el resto los Estados europeos que integran la UE admite una excepción con determinada finalidad, no regulando el caso de utilización empresarial, digamos, de los datos por la IA.

En el Derecho anglosajón se admite la aplicación de datos para el desarrollo de la IA sobre la base del principio del *fair use*, regla distinta, particular, respecto de la cual no tenemos en nuestros países de base latino europea, un equivalente. Incluso, se habla del *fair learning* en alusión al Machine learning y la necesidad de un uso justo para el aprendizaje de datos, como tecnología aplicada a datos.

En Latinoamérica solamente encontramos una previsión respecto de la minería de datos en Ecuador, “Código Ingenios”, “Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación”, de 1° de diciembre de 2016, artículo 209, numeral 9, literal viii. En igual sentido que en los países europeos, consagra la excepción para los casos de minería de textos con objeto científico. Destacamos que, de todas maneras, es común a todos los países latinoamericanos la previsión de una excepción o limitación a los derechos de autor vinculados con la enseñanza e investigación en el ámbito académico, de manera que podría quedar comprendido en este sentido la posibilidad de minería de datos para usos académicos de investigación.

En el Derecho uruguayo no tenemos normas específicas para minería o entrenamiento de datos, ni siquiera en la dimensión de un objetivo científico o académico, sin perjuicio

de lo cual creo que se puede entender amparada por la excepción general de Derecho de Autor que hace referencia a los usos para la Enseñanza.

3.3 Elenco de sistemas legales posibles

Las alternativas que presentaremos como solución contemplan tanto el escenario actual – sin disposiciones concretas para el uso comercial de los datos en Inteligencia Artificial – como un escenario donde se planteen soluciones normativas al punto.

Destacamos las siguientes alternativas:

- a. titularidad plena de los derechos de autor sobre los datos, tal como es hasta ahora en la interpretación propia de los soportes físicos o del software tradicional, con la posibilidad de instrumentar mecanismos de gestión colectiva;
- b. introducir vía reforma legal, una excepción a los derechos de autor para el caso de aplicación de bases de datos y los datos en ellas incluidos, que sean obras protegidas;
- c. introducir vía reforma legal, la instrumentación del acceso a bases de datos y los datos en ellas incluidos que sean obras protegidas, como un derecho de remuneración que sea objeto de gestión colectiva para su administración;
- d. distinguir según se trate de aplicación o uso de datos o de bases de datos, entendiéndose que por su masividad el primer caso amerita considerar que no se trata de un uso propiamente dicho, individualmente considerado, del contenido como obra protegida que pueda incluirse en un dato, mientras que si la base de datos es obra protegida merecerá la correspondiente consideración sin reforma legal o previendo una solución específica mediante reforma legal.

43

Las explicamos a continuación:

- a. Aplicación del régimen tradicional de la Propiedad Intelectual, del Derecho de Autor en particular, tal como hoy corresponde a la legislación actualmente vigente a nivel internacional y nacional.

El régimen legal vigente incluye las excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales acotadas a la previsión legal, de aquellos usos que no perjudiquen la explotación normal de la obra ni las expectativas del autor. Sin embargo, en la previsión actual no se contemplan expresamente los usos ulteriores comerciales que pueden generarse con una actividad como la IA.

De manera que, para que el uso de la IA sea legal, en esta posición se entiende que debe mediar autorización de los titulares de derechos involucrados en el entrenamiento de datos que se trate.

Esta posición desconoce, a mi entender, en qué consiste la IA, proponiendo una alternativa que no corresponde con la realidad material operativa de la IA.

Asimismo, en los casos que se trata de un uso masivo de datos con múltiples titulares es imposible plantearse una autorización caso a caso. Quienes sostienen

esta posición proponen llegar al nivel de legalidad por licencias necesario a través de la gestión colectiva. Siguiendo esta línea de acción, es menester constituir una entidad de gestión colectiva, armar su repertorio de obras, formular los diversos aspectos operativos (disponiendo de los parámetros de información necesarios armar licencias, tarifas y demás), solicitar las autorizaciones nacionales correspondientes. El volumen de datos y las características de su uso dejan en evidencia que el planteo teórico de la opción choca con la complejidad de enfrentar un gran esfuerzo que sería muy costoso.

Actualmente hay otra vía de gestión de datos, en mérito a las nuevas tecnologías. Se trata de gestión masiva tecnológica a través de localizadores, *tracking* y otros tipos de marcas digitales en las obras que circulan en Internet, gestionando de esa manera los usos relacionados con derechos de autor. Entiendo que tecnológicamente nada obsta a que se pueda instrumentar algo así.

En cualquiera de estas dos posibilidades, esta posición quedaría siempre supeditada a la autorización del titular de derechos de autor la posibilidad de desarrollos de IA. En última instancia dependerá de su voluntad de sumarse a un repertorio de gestión colectiva o contratar con una empresa tecnológica que desarrolle negocios como administradora de estas creaciones protegidas.

- b. Introducir en la legislación una excepción específica para la aplicación en soluciones de IA, permitiendo su uso masivo exclusivamente a estos efectos sin distinción de la finalidad y sin ninguna otra facultad ulterior de los titulares de derechos de Propiedad Intelectual en los datos utilizados.

Esta segunda posibilidad es el otro extremo al recién planteado. Se trata de una posición relativa a “liberar” los datos con contenido que involucra obras protegidas por derechos de autor, así como también las propias bases de datos.

Sin dudas que es la posición seguramente preferida por los productores de *software* de estos casos: una declaración legal que los exima directamente de todo pago, mientras se trate de aplicación a tecnologías de IA.

- c. La tercera posible solución también se sustenta en una reforma legal: la aprobación de una norma que admita el acceso a bases de datos y los datos en ellas incluidos que sean obras protegidas, dando lugar a un derecho de remuneración que sea objeto de gestión específica, por disposición legal, para su administración. Es decir, que la ley imponga a los titulares de derechos de autor el admitir que los datos que los contengan sean utilizados en la IA y que imponga también el pago de una compensación patrimonial por parte de los productos de software que los utilicen. Esta solución sería general, sean datos o bases de datos.

Con esta posición se plantea una modalidad similar a lo que en algunos países es la gestión de los derechos por copia privada. Las leyes de distintos países han consagrado la existencia de un derecho al cobro por un uso patrimonial o económico específico de obras protegidas por el derecho de autor. No se trata de que el autor “autorice” en cada caso, porque la propia ley proclama que debe tolerar tal uso. Sin embargo, esta tolerancia es recompensada con un monto, un canon, que quien hace el referido uso debe abonar. Se cobra a través de una entidad que es

creada por imperio legal y que tiene la tarea también de distribuir a los titulares correspondientes la remuneración correspondiente.

Esta posición, además de no contemplar la realidad técnica de la IA, expone una complejidad operativa mayúscula: el volumen de datos que se usa, tantos titulares de DA en obras contenidas en datos que tal vez se utilicen una sola vez, el número creciente y disperso de productores de IA con sus consecuentes dificultades de control, haría que el sistema fuera extraordinariamente complejo y costoso, como ya comentamos.

- d. Finalmente, planteo una cuarta posible solución, que considera las diversas situaciones. Se trata de distinguir según se trata de aplicación o uso de datos o uso de bases de datos, entendiéndose que por su masividad el primer caso amerita considerar que no se trata de un uso propiamente dicho, individualmente considerado, del contenido como obra protegida que pueda incluirse en un dato, mientras que si la base de datos es obra protegida merecerá la correspondiente consideración sin reforma legal o previendo una solución específica mediante reforma legal.

A continuación, me extiendo en este punto, núcleo del presente trabajo.

4. Por qué no hay explotación patrimonial de obras protegidas cuando la IA entrena datos que las contienen

45

Tratándose de aplicación o uso de datos cuyo contenido son obras protegidas por Derecho de Autor, el primer paso es considerar si estamos realmente ante un “uso de obra ajena”, en términos legales. Usar obra ajena implica reproducirla, modificarla, incorporar la creación en otra obra nueva, de forma tal que se reconozca manifiestamente en la nueva creación, que será una obra derivada.

Al respecto, puede haber dos posiciones.

En una posición, aplicando el derecho de autor tradicional, del mundo del soporte físico al mundo digital y de los planteos de uso individual de las obras, hay quienes contestan que sí. Cuando un desarrollador de *software* de IA entrena datos, creen que los reproduce en sus soportes técnicos, los transforma, luego comunica el *software* producto final al público. Sin embargo, en el producto de la IA que surge del tratamiento de datos, especialmente si se trata masivamente de datos con contenido DA, no se identifica una obra en particular.

En otra posición, se considera que el tipo de tecnología arriba explicada, cuando utiliza datos protegidos por DA, no está emulando un proceso de transformación de las obras protegidas. No permanece la creación, una creación reconocible. La utilización de datos que pueden contener obras protegidas por DA es el punto de partida necesario para el desarrollo de la IA. Sin datos no hay IA y estos no tienen una identidad en su contenido, sino – precisamente – su valor y utilidad deriva de la disponibilidad de numerosos datos.

Del tratamiento de los datos no surge una obra derivada de otra obra o de una combinación de obras en particular, no se puede identificar la procedencia directa de una obra en otra. Por ello, no solamente no se están involucrando derechos patrimoniales de ningún autor, sino que tampoco se trata de lesión alguna de derechos morales del autor. Es decir, no hay una obra afectada en su integridad, ni tampoco una expresión autoral de obra ajena, que pueda llevar al plagio. Reiteramos: el tratamiento de datos, de numerosos datos y de variedades de obras digitalizadas a través de tecnologías de la IA como las mencionadas, no tiene relación con los procesos intelectuales humanos de creación derivada.

Ante esta situación, me he preguntado también si puede hablarse de una hipótesis de “agotamiento de derechos de autor” o más precisamente, si el tratamiento de datos por la IA se ubica más allá de la definición de ejercicio de derechos de los autores sobre sus obras al punto de calificar al DA como agotado frente a estas situaciones. Hago referencia en este caso al instituto jurídico de la Propiedad Intelectual que determina que, una vez que un titular de DA introduce en el mercado su obra sea por sí o por un licenciataria debidamente autorizado, el primero no tiene facultad alguna para intervenir en la circulación del soporte que contiene su obra como principio general. En el sentido de no tener facultades naturalmente, por no ser una situación de la lógica del ejercicio de los derechos del titular de los DA me parece un caso similar: no puede haber uso de obra en el entrenamiento de datos de la IA, por lo tanto, los derechos del autor no alcanzan, no son aplicables, a este caso.

46

Respecto de las bases de datos la situación es otra, pues, aunque se utilicen masivamente bases de datos, en caso que sean originales o tengan algún otro nivel de protección legal reconocido en algunos países, hay un trabajo de compilación del cual se beneficia directamente quien sea el que toma *data sets* para aplicar en sus desarrollos de IA. Hay uso de base de datos en este caso.

La base de datos, que implica en cualquier caso la existencia de un cierto grado de trabajo, de actividad humana, merece diversa regulación según el país. De ello depende la accesibilidad y disponibilidad de los datos correspondiente, en particular tratándose de bases de datos que contienen obras protegidas por el DA.

En los sistemas legales que exigen que para la protección legal de la base de datos esta debe ser original, residualmente se encuentran bases de datos no originales que son de uso libre. Es decir, en estos casos habrá bases de datos para cuya utilización, para acceder a los datos que contiene, será necesario el consentimiento del titular de la base de datos, mientras que no lo será tratándose del caso de bases de datos no protegidas por carecer de originalidad.

Por otra parte, hay sistemas legales que protegen a las bases de datos con una protección “*sui generis*”, en cuyo caso, aunque no sean originales, merecen protección legal. En estas situaciones la autorización o consentimiento del titular de la base de datos será siempre necesaria, aun cuando tenga distinto alcance según una u otra regulación.

En definitiva, si las bases de datos no son originales (en los sistemas en que exista esta categoría libre, digamos) se podrán aplicar sin autorización.

Si las bases de datos tienen protección legal, tomar una base entera y aprovecharla como tal, para usar sus datos sobre algún trabajo realizado con esos datos, merece que se solicite autorización del titular (y pagarle, si eso pone como condición). Para eso, acaso, se pueda articular un sistema que haga dinámico este punto, tal como gestión colectiva o gestión por empresa tecnológica.

5. Algunas reflexiones

5.1 Ineludible importancia y rol de la IA

La IA es un ámbito necesario de aprovechamiento de los datos en beneficio de la sociedad y de la humanidad, más allá del lógico incentivo empresarial como impulso para la elaboración de las distintas soluciones. Se trata de un ámbito necesario de aprovechamiento de datos porque en este estado de desarrollo de modelos y soluciones informáticas, hay un objetivo de confort y superación de problemas al cual la sociedad merece acceder. La IA es la vía tecnológica actual de vanguardia para lograr dicho objetivo.

Personas y empresas trabajan en esta tecnología – generalmente - con una finalidad lucrativa, empresarial, de acuerdo a las reglas del mercado. Ello constituye el motor más legítimo desde la práctica empresarial para la fortaleza de los sujetos de Derecho privado. A este marco, entiendo que corresponde agregarle, además, que por la expansión y beneficios que proporcionan los desarrollos de esta tecnología a la sociedad, a los distintos operadores, el impulso o apoyo a la inteligencia artificial tiene un interés social particular. Prueba de ello es que en todo el mundo se formulan políticas nacionales o políticas públicas de desarrollo y expansión de la IA.

47

En el 2021 estamos en un momento crítico respecto del punto que nos ocupa. En plena eclosión de la IA, ante cada vez más accesibles datos y bases de datos (accesibles desde el punto de vista tecnológico), la necesaria contemplación de los intereses de los titulares de derechos sobre las bases de datos y los datos que constituyen obra protegida por derecho de autor no puede ser una barrera de acceso por falta de definiciones legales o de decisiones de política pública.

5.2 Los datos son la base de la IA

Los datos son la base y la clave para el desarrollo de la IA. Sin datos, no hay IA. Los datos constituyen el punto de partida para la aplicación del software correspondiente a cada tecnología, a cada momento tecnológico, de la historia de la IA.

Los datos representan la información que contienen y, por ello, su acceso está sujeto a ciertas normas que dependen precisamente del contenido.

El punto de reflexión en este tema es la necesidad de buscar y entender cuál es el equilibrio entre el interés de la sociedad – lo cual incluye el interés de desarrollo

económico-empresarial – para la existencia de soluciones de IA para la vida humana y el interés o salvaguarda del interés del titular de la información que contienen los datos.

Como en todos los temas que se plantean para la regulación normativa (sea fuente legal, ética o moral) la búsqueda del equilibrio, el acceso tolerado por la norma por parte de unos sin contar con autorizaciones de otros, es el punto más complejo.

5.3 El proceso de acceso y entrenamiento de los datos puede asimilarse a la inspiración como fenómeno psicológico y en sus efectos como fuerza creadora

La referencia o asimilación de procesos de la IA a procesos biológicos constituye parte de la propia esencia de su definición. No es una opción extraña a su historia, ni a las aplicaciones de soluciones que se realizan en otras disciplinas: recurrir a la biología y a la fortaleza de sus procesos constantes y automatizados es un método instrumentado usualmente.

En relación con la IA se habla de que hay aprendizaje y capacidad de tomar decisiones, todas facultades típicamente humanas y que se emplean figuradamente para este conjunto de tecnologías disruptivas, tomando como referencia las mencionadas capacidades humanas.

De manera que, los fundamentos expresados en el cuerpo de este trabajo, postulando parangonar el tratamiento de datos con el proceso psicológico que se identifica como inspiración, como fuerza creativa, que no implica utilización de obras ajenas, no serían más que una mirada que sigue las tendencias de años en la materia.

5.4 Tratándose de datos con contenido de obras protegidas por el DA, no hay uso de la obra

No hay uso de las obras contenidas en los datos utilizadas en las aplicaciones de la IA porque el alcance del entrenamiento al cual dan lugar dichas tecnologías no es comparable con la explotación patrimonial de las obras protegidas por el Derecho de Autor.

Entendiendo la operativa necesaria de datos para la obtención de un efecto o resultado a través de la IA, que es particular y específica de dicha tecnología, no corresponde la afirmación respecto de que consistan en uso o explotación de obras en sí mismas. No es comparable la explotación a efectos del goce estético, directo o ulterior que tiene lugar considerando cada obra como tal, con el tratamiento que prioriza características y efectos provocados conducente a una solución o decisión en un ámbito específico al cual derivan las tecnologías de la IA.

Cuando una persona descarga de Internet una película o música, hay reproducción de la obra: es necesaria esa acción tecnológica para que sea disfrutada la creación, ya sea por quien la descarga o por otra persona a quien llega ese archivo. Cuando un cantante o un músico interpreta una obra musical ajena, hay derecho de comunicación pública: la actividad artística del artista intérprete o ejecutante debe hacer trascender al público la propia obra como culminación de su proceso de creación. Cuando un traductor toma

una obra literaria y la lleva a otro idioma, o cuando un músico toma una obra musical y la adapta a otro ritmo, la obra derivada producto del derecho de transformación es la obra originaria, reconocible en su nueva manifestación. En todos estos casos hay una obra que es utilizada, respecto de la cual su autor puede ejercer derechos patrimoniales que la Ley le asigna, siendo necesario que el autor consienta y, si lo requiere, cobre un determinado monto o prestación que entienda como condición para autorizar.

Sin embargo, cuando un artista marca escuela en el Arte, o cuando surge una tendencia musical, otros creadores siguen los pasos de la innovación, tomando las características de estilo ajenas, pero introduciendo ideas centrales propias. En el Derecho de Autor se habla de la existencia de inspiración en ese caso. En las creaciones intelectuales que se consideran obras protegidas por el DA, se identifican aspectos esenciales, que dan la impronta del autor, y otros aspectos que son comunes a otras creaciones como manifestación cultural en un momento de la historia y en un cierto lugar del mundo. Se trata del estilo, definido por el Diccionario RAE en la acepción aplicable, como “5. m. Conjunto de características que identifican la tendencia artística de una época, o de un género o de un autor”. Un autor necesariamente está influido por el estilo o las tendencias de su tiempo, sin que por ello repita o copie las obras de otros. Ese proceso, a veces ni siquiera consiente, mediante el cual un autor manifiesta su talento componiendo se impulsa o se genera mediante el proceso psicológico denominado inspiración.

Volviendo a la IA, al entrenar datos cuyo contenido son obras protegidas y que se ven involucradas en las manifestaciones creativas a que da lugar el efecto buscado por la IA, tiene lugar un proceso único, que no refiere a la obra protegida en su individualidad, como tal, de la manera que se explotan las obras protegidas por DA como tales. Por el contrario, las obras contenidas en los datos se toman como indicativas de un conjunto – que además es masivo en las tecnologías modernas de la IA – y que llevará a la toma de decisiones correspondientes.

Ese proceso implica una fuerza creativa que – por ello y por lo referido en el cuerpo de este trabajo – entiendo que puede ser considerado análogo a la inspiración.

5.5 ¿Debe reaccionar el Derecho en este caso?

Finalmente, hay que definir si es necesario regular expresamente respecto de la disponibilidad de los datos con contenidos protegidos por el DA cuando son entrenados por la IA o basta con el reconocimiento de la realidad tecnológica de la IA. ¿Sería necesaria una regulación expresa afirmando que el tratamiento de datos con contenidos de DA por la IA no requiere autorización de su o sus titulares? ¿Es innecesario plantear el punto legislativamente? ¿O sería conveniente para definir el punto y que no existieran vacilaciones interpretativas en estos casos?

Es pertinente llegar a soluciones realistas, que permitan la libre circulación internacional y el equilibrio entre necesidades o intereses. El equilibrio de intereses tendrá que ser el objetivo principal para la definición de una solución en este tema. La legislación, como instrumento, es el pronunciamiento técnicamente más seguro. No obstante, en los últimos tiempos el llamado *soft law*, que puede integrarse por declaraciones conjuntas o interpretaciones recomendadas desde la autoridad internacional, también demostraron ser adecuadas para promover una aplicación del Derecho generalizada.

Las situaciones disruptivas, en diversos ámbitos del Derecho, se suceden en la Historia de los avances en el pensamiento de la humanidad. Disrupción significa, según el Diccionario RAE, “1. f. Rotura o interrupción brusca.” Muchas veces la solución tuvo lugar por medio de una ficción legal, otras veces zanjando la discusión adoptándose una norma que definió la posición correspondiente ante la duda y otras veces la expansión de una realidad tecnológica llevó a que se entendiera generalizadamente, reconduciendo así la aplicación de principios y normas jurídicas generales. Una de las disrupciones más significativas para el Derecho fue considerar que un grupo de personas podía constituir una persona jurídica, siendo ésta distinta como centro de imputación de derechos y obligaciones de quienes se calificaron como socios y decidían su destino. Hasta ese momento, que surge hace varios siglos, no podía separarse el concepto de persona, del concepto de ser humano a todo efecto legal. Menciono este punto *ex profeso*, teniendo en cuenta que tratándose de la IA se habla también de la imputación de responsabilidad a un ente ficticio, en tanto no se identifica con la persona – física o jurídica – que ejecuta cualquiera de los roles operativos al respecto.

En concreto, visualizar una nueva realidad de la tecnología no es algo nuevo, desde la perspectiva de la regulación jurídica de la Propiedad Intelectual.

Recordemos que un proceso que técnicamente implica reproducción de obras protegidas, como es la reproducción en la memoria RAM al acceder a Internet, se ha considerado excluido del ejercicio de tal derecho por los titulares de las obras. Ello se ha fundamentado, por tratarse de una etapa técnica para la navegación por Internet y también en su temporalidad. Evidentemente es distinto a “bajar” una obra protegida de Internet, es decir, grabarla en el disco duro – *downloading*.

Siguiendo esa línea de ideas, el entrenamiento de datos en la IA es una necesidad de la tecnología que no implica uso específico de una obra, sino de la masividad. La condición en el caso es la masividad, para la aplicación de la IA (en paralelo a la “temporalidad” para el citado caso de reproducción en la memoria RAM).

Personalmente entiendo que no es necesaria la norma legal, aunque al menos una declaración concertada a nivel internacional daría seguridades a la industria al respecto.

Vimos que el legislador en el Derecho Comparado, se ha decantado por declarar expresamente la excepción de minería de datos para la investigación, solución normativa que no es un requerimiento necesario para dicha disponibilidad en mi opinión. No importa el destino del sistema de la IA que se trate, ni el ámbito en el cual se realice la actividad, no habiendo uso de obras protegidas por DA en el tratamiento de datos por tecnologías de la IA, no es necesaria una norma legal alguna como condición que lo habilite.

No obstante, las implicaciones sociales, culturales y económicas del tema merecen que no haya dudas, al menos para cubrir el tiempo necesario que lleve la difusión global de la IA a efectos su operativa a este nivel. Una solución declarativa, desde el *soft law* o de fuente legal, allanaría dudas o vacilaciones al respecto.

El tema que nos ocupa no es el único que evidencia el desafío de la realidad tecnológica a conceptos legales, como los correspondientes a Derecho de Autor, rama del Derecho que desde su mismo origen se adapta y fortalece con los cambios tecnológicos. Desde la

IA se está cuestionando el propio concepto de autor, de originalidad, de inspiración, por señalar sólo algunos de los temas que se discuten hace ya tiempo. La fuerza del necesario acceso a soluciones que faciliten y den mayores seguridades a la vida cotidiana requiere otro paso adelante en el camino de la regulación de las creaciones intelectuales.

Hay una especie de carrera paralela en cuanto a este tipo de definiciones. El tema que estamos analizando será atendido especialmente por los países que están en competencia para recibir y desarrollar industrias tecnológicas. El mercado donde se den las soluciones más favorables será el “ganador” en recursos, en fondos e inversiones de la propia industria, que derramará beneficios palpables a nivel social en otros sectores de la sociedad donde en definitiva se instalen los productores de software utilizando tecnologías de la IA.

La solución no sólo deberá permitir con Justicia el acceso y disponibilidad de los datos que incluyen obras protegidas por Derechos de autor, al efecto de las tecnologías de la IA, sino también procurando evitar obstáculos al desarrollo comercial local e internacional.

Referencias bibliográficas

- Aguirre Santos, J. (2013). *El monólogo socrático sobre la inspiración divina*. https://www.academia.edu/42810615/EL_MON%C3%93LOGO_SOCR%C3%81TICO_SOBRE_LA_INSPIRACI%C3%93N_DIVINA_ION_533D_535A_535E_536D
- Canino Salgado, M. (2009). *Freud y la teoría platónica de la inspiración*. https://www.academia.edu/26250278/Freud_y_la_teor%C3%ADa_plat%C3%B3nica_de_la_inspiraci%C3%B3n
- Diccionario etimológico castellano en línea, <http://etimologias.dechile.net/?dato>
- Enciclopedia Británica, *John McCarthy American mathematician and computer scientist*, https://www.britannica.com/biography/John-McCarthy?utm_campaign=b-extension&utm_medium=chrome&utm_source=ebinsights&utm_content=John%20McCarthy
- Lexology. (10 de septiembre de 2019). *Copyright obstacles in data mining*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=46e5c87e-5a74-412c-a9c6-44ccbde8ce08>,
- Kop, M. (20 de marzo de 2020). *Machine Learning & EU Data Sharing Practices*. *TTLF Newsletter on Transatlantic Antitrust and IPR Developments*. <https://tlfnews.wordpress.com/2020/03/24/machine-learning-eu-data-sharing-practices/>.
- Hannay, W.M., Strauch, B, Carson, B.M., Montgomery, J. (2014). *Legally Speaking: Of Mindfields and Minefields: Legal Issues in Text and Data Mining*. *Against the Grain*: Vol. 26: Iss. 1, Article 20. DOI: <https://doi.org/10.7771/2380-176X.6663>
- Jiménez Serranía, V. (2020). *Datos, minería e innovación: qvo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos*. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(1), 247-258. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5188>
- Lemley, M.A. Casey, B. (2021). *Fair Learning*. *Texas Law Review*. Volume 99. Issue 4.

- Levendowski, A. (2018). How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem. *UW Law Digital Commons*. Vol. 93. No. 2.
- McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., & Shannon, C. E. (2006). A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine*, 27(4), 12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>
- Noguera Polania, J, Portillo, N., Hernández E., L. (julio 2014) Redes Neuronales, Bioinspiración para el Desarrollo de la Ingeniería. *INGENIARE*, DOI:10.18041/1909-2458/ingeniare.17.584, 17.584.
- Ordelin Font, J.L. (abril 2021) "La excepción de la minería de textos y datos su impacto en el desarrollo de la inteligencia artificial y la investigación científica", en *Consideraciones sobre el derecho de autor en el entorno de Internet de América Latina*. Buenos Aires, Universidad de San Andrés – CETyS, Vol. Especial, 30 – 43. <https://cetys.lat/wp-content/uploads/2021/04/DocumentosCompilado-1.pdf>.
- B. Jowett, Lowe & Brydone. (1892). *The Dialogues of Plato. Ion*. Volume I - Oxford University Press
- Sag, M. (18 de febrero de 2020). Does copyright require authorization to use data subsisting in copyright works? *Infojustice*. <http://infojustice.org/archives/42016>
- Sag, M. (2019). The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning. *Journal of the Copyright Society of the USA*. Vol. 66 p.291. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3331606>
- Sánchez Méndez, M. (1996). Inspiración y creatividad en la producción y educación artísticas. *Arte, Individuo y Sociedad*, 8, 13.
- Senseney, M. Dickson, E. Namachchivaya, B. Ludäscher, B. (2018). Data Mining Research with In-Copyright and Use-Limited Text Datasets: Preliminary Findings from a Systematic Literature Review and Stakeholder Interviews. *International Journal of Digital Curation* 13, no. 1: 183–94. <https://doi.org/10.2218/ijdc.v13i1.620>
- Shyamasundar, R. (2014). The computing legacy of Alan M. Turing (1912–1954). *Current Science*, 106(12), 1669-1680.

ALEJANDRO FERREIRA

Profesor Aspirante en Derecho Internacional Público e Historia de las Relaciones Internacionales en Universidad de la República, Uruguay
alerourii2017@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5318-5334>

Recibido: 15/11/2021 - Aceptado: 18/05/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Ferreira, Alejandro. (2021). La Jurisdicción Internacional Directa en el Derecho Internacional Privado con Especial Referencia al Art. 57 de la ley 19.920, 21(41), 53-83. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.4>

La jurisdicción internacional directa en el Derecho Internacional Privado con especial referencia al Art. 57 de la ley 19.920

53

Resumen: La regulación de las situaciones privadas internacionales trae aparejado la determinación de tres presupuestos empíricos. El derecho sustantivo aplicable al caso, los tribunales que asumirán competencia y las reglas de continuidad jurídica de los fallos y laudos arbitrales, así como los diversos mecanismos de cooperación procesal civil o penal internacional. En este artículo analizaremos las nuevas bases de competencia internacional determinadas en la ley 19.920, en tanto que representaron una transformación sustantiva del panorama iusprivatista internacional. La derogación del Apéndice del Código Civil, en especial el art.2401 (que contenía dos criterios de jurisdicción bilateral), trajo consigo casi una veintena de criterios de base de jurisdicción directa, entre los que destacan la autonomía de la voluntad, el foro de necesidad, entre muchos otros parámetros sin antecedentes directos en el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente convencional y autónomo preexistente. En este artículo abordamos las nuevas bases de competencia y los límites que se disponen a la luz del Derecho Internacional General.

Palabras clave: Ley 19.920, jurisdicción internacional, límites.

Direct international jurisdiction in Private International Law with special reference to article 57 of law No. 19.920

Abstract: The regulation of international private situations involves the determination of three empirical aspects. The substantive law applicable to the case, the courts that will have jurisdiction and the rules of legal continuity of judgments and arbitral awards, as well as the various mechanisms of international civil or criminal procedural cooperation. In this paper we will analyze the new bases of international jurisdiction determined in Law No. 19.920, as they represented a substantive transformation of the international legal landscape. The repeal of the Appendix to the Civil Code, especially article 2401 (which contained two criteria of bilateral jurisdiction), brought with it almost twenty criteria of direct jurisdiction, where party autonomy and forum of necessity stand out, among many other parameters without direct antecedents in the pre-existing Private International Law system of conventional and autonomous source. In this paper we address the new bases of jurisdiction and the limits provided in the light of General International Law.

Key words: Law No. 19.920; international jurisdiction, limits.

54

A jurisdição internacional direta no Direito Internacional Privado com especial referência ao Art. 57 da Lei 19.920

Resumo: A regulação de situações privadas internacionais implica a determinação de três pressupostos empíricos. O direito substantivo aplicável ao caso, os tribunais que têm competência e as regras de continuidade jurídica das decisões e sentenças arbitrais, bem como os diversos mecanismos de cooperação processual civil ou penal internacional. Neste artigo analisaremos as novas bases de competência internacional determinadas na lei 19.920, enquanto que representaram uma transformação substantiva do panorama iusprivatista internacional. A revogação do Apêndice do Código Civil, em especial o art.2401 (que continha dois critérios de jurisdição bilateral), trouxe consigo quase vinte critérios de base de jurisdição direta, entre os quais se destacam a autonomia da vontade, o foro de necessidade, entre muitos outros parâmetros sem antecedentes diretos no sistema de Direito Internacional Privado de fonte convencional e autônomo preexistente. Neste artigo abordamos as novas bases de concorrência e os limites que se dispõem à luz do Direito Internacional Geral.

Palavras-chave: Lei 19.920, jurisdição internacional, limites.

1. Introducción

1.1 Aspectos generales de la ley 19.920

Uruguay comenzó a instituir un sistema de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) de fuente etática o nacional a partir de la aprobación de la Ley 10.084, denominada comúnmente apéndice del Código Civil (en adelante APCC) arts. 2393 a 2405. A éste le siguieron diversas y muy dispersas soluciones normativas, que iban desde los aspectos procesales (Título X CGP arts.527 a 539), sobre legalización (D-Ley 15.441), títulos valores (Decreto-Ley 14.701), familia (ley 18.895), entre otros. El APCC, más allá del enorme valor jurídico que significó (al sustituir las disposiciones aisladas del Código Civil de 1885), poseía algunas deficiencias de índole técnico-jurídicos y de contexto socio político y económico.

En torno al primero de los elementos, el técnico-jurídico, había insuficiencias en dos sentidos. En primer lugar, la ausencia de categorías, debido a que los temas de poderes, alimentos, filiación (por naturaleza o adoptiva), uniones no matrimoniales, partición, criterios específicos de jurisdicción, no tenían solución directa. Por lo que había que recurrir a los criterios de interpretación e integración del Título Preliminar de las Leyes del Código Civil (en adelante TPCC). Y en segundo lugar los problemas de aplicabilidad de las soluciones jurídicas vigentes, sobre todo en materia de determinación del alcance extensivo (donde destacaba el tema de las formas del testamento), y la configuración del punto de conexión “domicilio de los incapaces” y “domicilio conyugal”.

A su vez tenemos elementos que demuestran claramente que las realidades sociales, políticas y económicas se han transformado vertiginosamente desde 1941 hasta nuestros días, destacando las siguientes: 1) Escenario político internacional.;2) Relaciones internacionales de familia y 3) Sistema Comercial internacional.

En este sentido se expresó el Senador Dr. Julio María Sanguinetti en la sesión de la Cámara de Senadores el 10 de septiembre del 2020, a saber:

Sin duda, estamos ante un tema trascendente ya que el DIPr ha crecido enormemente en importancia. Siempre el DIP, la relación entre los Estados parecía el gran escenario de los internacionalistas, pero entre la expansión del comercio internacional y este mundo de migraciones en el que estamos viviendo, en el que millones y millones de personas constantemente se desplazan de un lugar a otro, el DIPr cada día cobra más trascendencia. Es la relación humana la que debe considerarse, con un derecho que fundamentalmente establezca la previsión, porque no hay nada peor desde el punto de vista de las relaciones humanas que la imprevisibilidad, la angustia de la indecisión, la dificultad de saber qué ley o que juez tiene que actuar.

Los elementos facticos presentados *ut supra*, fundamentan la necesidad de tener un cuerpo normativo moderno y eficaz para asegurar la continuidad jurídica de las relaciones de familia, comerciales, entre otras. Así como asegurar un marco sólido a través del cual interpretar y aplicar el sistema general del DIPR (a través de la regulación de las cuestiones referidas a la teoría general). El Estado uruguayo, consiente de estas profundas transformaciones emitió la resolución 652/888, donde se evidenciaba que “el prolongado período transcurrido luego de la aprobación de la citada norma [Ley 10.084], se [habían]

producido sucesivos y variados avances en el tratamiento jurídico doctrinario del derecho internacional privado". Por lo que era conveniente se crear un grupo de trabajo¹ para la elaboración de un anteproyecto de Ley de DIPr, que culminará efectivamente en 2009. Aquí se iniciaría un largo proceso legislativo que finaliza al aprobarse el día primero de septiembre del 2020 el proyecto de "Ley General de DIPr" en senadores, y el diecisiete de noviembre en diputados.

1.2 Ámbitos de aplicación

Sobre la aplicabilidad de la LGDIPR podemos dejar sentado algunos aspectos sustantivos, entre los que destacan: en un primer lugar el **elemento fenomenológico**, es decir, la visión de que tipo de relaciones jurídicas quedan subsumidas dentro de este texto normativo. Lo cierto es, que esta Ley se aplica solo a las relaciones jurídicas privadas e internacionales, es decir, aquellas que posean elementos jurídicos (reales, personales o conductuales) o extrajurídicos que la vinculen con diversos Estados de forma relativa o absoluta y con las que no tengamos solución convencional.

En un segundo lugar resulta importante visualizar **desde cuándo** se encuentra en vigor. Sobre esto destaca el art. 63, denominado de la "vigencia", que dispone que "esta ley entrará en vigor noventa días después de su publicación en el Diario Oficial", es decir que se encuentra en vigor desde el 16 de marzo del 2021. Este artículo debe ser leído en consonancia con el art. 7 del CC, según el cual "**Las leyes no tienen efecto retroactivo**". Sobre este aspecto caben destacar los siguientes comentarios:

- a. Este artículo establece la irretroactividad de las leyes, es decir que "no se aplica a supuestos producidos con anterioridad a su vigencia. La ley que se pone en vigencia rige para los actos jurídicos (en sentido amplio) no consumados y para los efectos (fase funcional) de los actos jurídicos consumados (fase estructural). Para los actos consumados rige la ley vigente al momento de su consumación" (Mariño 2017 p.36). En cambio, este principio de la no retroactividad "tiene excepciones, pero [para que existan] es preciso que el legislador las haya expresamente establecido" (Araujo, Arias, Cestau y López, 1949, p. 38).
- b. La preludiada excepción debería ser solo en los casos en los cuales la ley se remite a ella, en caso contrario "la ley nueva debería ser aplicada de una manera absoluta: es decir, sin tener en cuenta la fecha en que han tenido lugar los hechos de los cuales se trata de deducir las consecuencias: 1) cuando puede hacerse sin perjudicar a nadie"; 2) cuando la retroactividad de la ley no destruye sino simples esperanzas, meras expectativas" (Guillot, 1928, p. 134) en caso contrario sería inaplicable.
- c. Argumento sustentado por el art.2391, según el cual "todos los asuntos pendientes en que no hay recaído una sentencia sobre el fondo, a la época en que este código se hizo obligatorio, serán juzgados por sus disposiciones, a no ser que en el mismo código se encuentre prescripción expresa en contrario". Por lo que, en principio, se podría pensar en aceptar cierto grado de aplicación retroactiva.

1 Integrado por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, Prof. Dr. Didier Operti Badan, quien lo presidirá, el señor Prof. Dr. Ronald Herbert, la señora Directora de Asuntos de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores Prof. Dra. Berta Feder, quien ejercerá la secretaría, el señor Director de Cooperación Jurídica Internacional y de Justicia del Ministerio de Educación y Cultura, Prof. Dr. Eduardo Tellechea Bergman, el señor Prof. Dr. Marcelo Solari y la señora Prof. Dra. Cecilia Fresnedo.

Ahora bien, los profesores Fresno y Lorenzo (2021), hacen referencia a un concepto bien interesante, y este es el de los grados de retroactividad, para los cuales existen grados de retroactividad, a saber:

- a. La retroactividad en grado máximo se produce cuando la nueva ley se aplica a situaciones existentes con anterioridad a su vigencia y con efectos ya consumados.
- b. La retroactividad de grado medio se da cuando la nueva ley se aplica a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia, que comienzan a producir efectos también con anterioridad, pero continúan dichos efectos con posteridad a la misma.
- c. Y la retroactividad de grado mínimo se da cuando la nueva ley aplica solo a los efectos que comienzan a producirse con posterioridad a la vigencia de la nueva ley, aun cuando la situación se creó con anterioridad” (p.36).

Finalmente, ambos autores terminan concluyendo que “en términos generales podemos acotar que la prohibición de la retroactividad de la LGDIPR se limita a lo que la jurisprudencia española denomina retroactividad máxima” (2021, p. 36) posición que compartimos parcialmente. Con respecto al panorama jurídico que viene a traer la LGDIPR, es imperante visualizar el art. 63, en el que se instituyó:

Derógase la Ley N° 10.084, de 3 de diciembre de 1941 (Apéndice del Código Civil). Deróganse asimismo todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, sin perjuicio de las normas especiales vigentes sobre determinadas relaciones jurídicas, en lo que respecta a cuestiones no contempladas en esta ley.

Surge la duda sobre que normas, además del APCC, quedan derogadas por nuestro legislador. En este sentido, quiero dejar planteado el dilema del art. 6 del CC, según el cual:

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. En los casos en que las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

De conformidad con este artículo se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1) primeramente, que los instrumentos “públicos otorgados en el extranjero y que han de producir efecto en la República deberán tener las formalidades exigidas por las leyes del país donde se otorguen” (Guillot, 1928, p.123); y 2) que los instrumentos privados otorgados en el extranjero “que han de producir efecto en la República, deben regirse por las leyes orientales, porque las partes tienen entonces libertad para separarse de la ley del otorgamiento y porque esos instrumentos van a producir efectos en la República” (Guillot, 1928, p. 123).

Del razonamiento anterior surgen algunas complicaciones prácticas, pues en los casos en que las leyes orientales exigieran instrumento público, no bastarán los documentos privados extranjeros otorgados de conformidad con dicha ley, pues el art. 6 sentencia que “no valdrán las escrituras privadas, cualquiera sea la fuera de éstas en el país donde hubieran sido otorgadas”. Esta disposición es notoriamente contraria al principio de

continuidad jurídica de las relaciones privadas internacionales, por lo que, las soluciones dispuestas en la ley general vienen a iluminar el camino, por lo menos en esta área.

Ahora que contamos con el art. 43 en materia de formas de los actos jurídicos, cabe preguntarnos; por el art. 6 del CC ¿sigue vigente? Con total convicción, certeza y claridad estamos en condiciones de afirmar que el art.6 se podría encontrar derogado por lo dispuesto en el art. 63 de la LGDIPR dado que, en caso contrario, tendríamos disposiciones discordantes y la elaboración de las nuevas soluciones en materia de formas de los actos jurídicos, carecería de sentido.

2. Aspectos generales de la jurisdicción internacional directa²

2.1 Precisiones conceptuales

Desde una visión civilista una vez que determinamos a través de los procesos de calificación, interpretación e integración, cual es el ordenamiento jurídico aplicable al caso Jusprivatista, es menester tener un panorama sobre las posibles autoridades jurisdiccionales llamadas a aplicar de forma preceptiva dicha ley. Aunque debemos señalar, como ya hemos mencionado ut supra, que “la cuestión del tribunal competente es necesariamente el punto de partida en todo proceso de búsqueda de la ley. Mientras no se establezca qué tribunal elegirá el demandante y qué tribunal se considerará competente y qué tribunal se considerará competente, la ley aplicable no puede determinarse definitivamente.” (Vischer, 1992, p.199).

Dicha potestad, constituye la “actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (Couture, Op. Cit. Tellechea, 2016, p. 18). Esta función jurisdiccional, a nivel general, exhibe dos aspectos: en primer lugar, la facultas iurisdictionis, el derecho de un Estado a ejercer la facultad de juzgar dentro de su territorio, otorgado por el derecho internacional público. Y, en segundo lugar, la admisión de que un tribunal de ese Estado es, según su ley, competente para decidir el caso.” (Vischer, 1992, p. 204).

Antes de ese abordaje nos surge una distinción interesante sobre si **¿es lo mismo jurisdicción que competencia internacional?** Un amplio sector de la doctrina entiende que no existen diferencias sustantivas entre estos conceptos y que deben ser utilizados como sinónimos.

No obstante, un sector minoritario de la doctrina, entre los cuales nos encontramos parcialmente, entiende que es posible verificar conceptualizaciones diferentes entre jurisdicción y competencia, a saber:

2 La jurisdicción directa es “aquella que debe explorar y analizar un juez nacional cuando debe conocer un caso con elementos extranjeros. Es aquella que atribuye y concede a un juez la potestad para entender y decidir un caso de derecho internacional privado” (Scotti, 2015, p. 93). Mientras que la jurisdicción indirecta es la evaluación de competencia que realiza un juez sobre otro, a los efectos de dar eficacia extraterritorial a una sentencia emitida en un país diferente al lugar de reconocimiento o ejecución.

la jurisdicción es la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; es una potestad emanada de la soberanía estatal que consiste en la atribución que tienen los jueces para decir el Derecho aplicable” mientras que “La competencia judicial interna, por último, indica internamente la jurisdicción en determinada materia y no en otras. (Dreyzin de Klor, 2015, p.103).

Por su parte, en el sistema europeo también ha entendido que esta competencia judicial conlleva “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 105) y a su vez se diferencian los conceptos de jurisdicción, que justamente refiere al poder de los tribunales para ejercer su función ontológica de administrar justicia de la competencia judicial internacional, que reviste “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, consideradas en su conjunto para conocer los litigios privados internacionales” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 106).

2.2 Límites (inmunidad diplomática)

A pesar de que en principio “todas las personas que se encuentran en el territorio de determinado Estado están sujetos a la jurisdicción de sus tribunales” (Lapeyre, 1973, p. 47) en el marco del Derecho Diplomático y consular (en adelante DDC) se ha desarrollado el concepto de inmunidad de jurisdicción de los “funcionarios diplomáticos”³, el cual supone “un trato especial concedido a ciertas personas, con el fin de permitirles el libre ejercicio de sus funciones. Gracias a éste, dichas personas se sustraen a las sanciones de la ley” (Cahier, 1965, p. 316), y, por ende, quedan por fuera de las “decisiones de los magistrados”, mientras el funcionario diplomático “mantengan la calidad de tales ante el Estado receptor o huésped” (Arbuet, 1994, p.78).

Sobre esto la doctrina italiana (del siglo XIX) argumentaba que el agente diplomático, su familia y bienes “debían considerarse, por ficción legal, como si se hallasen en el territorio del Estado que el ministro representa, y que debiera valer para ellos la exención de la jurisdicción extranjera o el mencionado privilegio” (Fiore, 1883, p. 422), teniendo por consecuencia “la suspensión (...) del efecto de la ley del Estado receptor” (Cuellar, 1973, p. 48). Actualmente la misma se entiende como una “excepción con arreglo a la cual los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que sean demandados, por un particular, un Estado extranjero o uno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de total inmunidad” (Caravaca y Carrascosa, 2018, p. 117).

Es posible distinguir los conceptos de inmunidad de jurisdicción amplia y funcional. Es “funcional cuando con ella exclusivamente se amparan los actos realizados por el agente diplomático o funcionario consular en el ejercicio de sus funciones, excluyéndose de la jurisdicción local solo las acciones provenientes de actos realizados en la actividad oficial del agente”, a su vez, hablamos de inmunidad amplia “cuando, además, se excluye de la jurisdicción local toda otra acción, cualquiera sea el origen de la misma, aunque

3 Hacemos esta precisión, pues no es lo mismo inmunidad de jurisdicción del Estado o los funcionarios diplomáticos.

nazca de actos realizados por el agente como persona privada, en el ejercicio de una actividad absolutamente particular” (Arbuet, 1994, p. 83).

Este concepto debe ser diferenciado del de incompetencia de los tribunales, el cual presupone que el tribunal no puede asumir competencia “por tratarse de un asunto que queda fuera del orden jurídico que este tribunal debe hacer respetar” (1965, p. 317)⁴. Si aceptamos esta apreciación se “dará lugar no solo a consecuencias de carácter especulativo, sino también de índole práctico” por lo que tendremos que distinguir los diferentes tipos de actos “que las instituciones o el funcionario amparado por el estatuto diplomático y consular puede realizar en el Estado receptor o huésped y cuyas consecuencias jurídicas pueden originar la pretensión de otros sujetos de someterlos a la jurisdicción local” (Arbuet, 1994, p. 86). Esta acción diplomática se despliega en dos sentidos, **por un lado, la inmunidad de jurisdicción de la misión diplomática⁵, la cual refiere a:**

- a. actos realizados por la misión diplomática como órgano de las relaciones exteriores del Estado acreditante⁶.
- b. actos realizados por la misión diplomática que dependen del orden jurídico interno del Estado acreditante⁷.
- c. actos de derecho privado que entran en el orden jurídico interno del Estado receptor⁸.

Un segundo aspecto es **la inmunidad de jurisdicción de las distintas personas que desempeñan funciones diplomáticas⁹**. Para ello es imperante distinguir el siguiente tipo de acciones:

- a. actos realizados por el agente diplomático como órgano de las relaciones internacionales del Estado acreditante¹⁰.
- b. actos realizados por el agente diplomático que dependen del orden interno del Estado acreditante¹¹.
- c. actos privados.

4 No debemos confundir los conceptos de inmunidad con el de impunidad, pues, como señala la doctrina nacional e internacional, todos los funcionarios diplomáticos deben cumplir las disposiciones legales del Estado donde prestan servicios.

5 No debemos confundir inmunidad de jurisdicción de la misión diplomática con la inviolabilidad.

6 Estos son aquellos actos que obedecen a los principios sustantivos de la misión, es decir los pilares de negociación y conclusión de acuerdo, que “no forman parte de la esfera de competencia interna del Estado receptor ya que entran en el ámbito internacional y se hallan regulados por el Derecho internacional” (Cahier, 1965, p.318) Por lo que, en este caso sería más prudente hablar de incompetencia del tribunal.

7 En este caso los actos jurídicos tienen su asiento en el Estado acreditante, por lo que, la vinculación fáctica con el Estado receptor es una cuestión coyuntural. Estos se refieren por ejemplo a los contratos laborales con la misión, entre otros.

8 Estos son todas aquellas relaciones contractuales o extracontractuales que puede llevar a cabo la misión diplomática, y aquí si podemos hablar de la existencia de inmunidad de jurisdicción. En un principio se había considerado total inmunidad de jurisdicción en base al principio de la igualdad soberana, no obstante, a medida que los Estados comenzaban a intervenir en los procesos económicos, se hacía imperante establecer algunas limitantes.

9 Como ya vimos el derecho consuetudinario reconoce potestad para obligar al Estado al Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, que se consideran representantes sus representantes naturales, y en una segunda instancia, por delegación de éstos, a los Jefes de Misión diplomática, ya sea esta permanente u especial. Sin embargo, no se concede potestad de obligar al Estado a los Cónsules Generales o de distrito.

10 Son todas aquellas acciones que se despliegan en el ámbito de las funciones de representación, por lo que, en caso de cometerse una determinada infracción esta no estará sometida a la jurisdicción de los tribunales locales, sino a las disposiciones del derecho internacional.

11 “Tampoco aquí cabe hablar de inmunidad de jurisdicción, sino más bien de incompetencia de los tribunales locales. En efecto, los actos del agente diplomático producen efectos en el orden jurídico interno del Estado acreditante y, por consiguiente, los tribunales del Estado receptor no tienen sobre ellos ningún derecho” (Cahier, 1965, p.330).

Los incisos a y b presentados *ut supra*, y como se argumenta en las notas al pie, **no constituyen elementos que puedan dar origen al instituto de la inmunidad de jurisdicción**¹², pues ahí simplemente tenemos una incompetencia de los tribunales, concepto que hemos diferenciado claramente de la inmunidad. En cambio, en torno a los actos privados, estos sí configuran el concepto de inmunidad de jurisdicción, concepto que es central aquí, pues estamos hablando de aquellas circunstancias que desplazan la actuación de los tribunales. Entonces, es posible diferenciar tres tipos de acciones que dan origen a la inmunidad de jurisdicción. Aquellas que son de naturaleza penal¹³, civil o administrativa¹⁴. En cuanto a la inmunidad civil, tenemos como antecedente **el edicto de 1679 promulgado por Holanda**, según el cual:

que las personas, servidores o efectos de los embajadores o ministros o ministros que vengan a este país, residan o estén de paso, y contraigan deudas en él por cualquiera de estas deudas que puedan haber contraído, no será ser arrestados, confiscados o detenidos, ya sea a su llegada, o durante su estancia, o en su de este país; y que los habitantes resolverán este asunto de la manera que los habitantes tendrán que arreglar este asunto, en la medida en que deseen contratar con los citados embajadores y sus criados (Giuliano, 1960, p. 92).

Un ejemplo que puso en entredicho la posibilidad de establecer una inmunidad de jurisdicción hacia un agente diplomático fue en el **caso del Barón de Wrech**, quien siendo ministro de Landgrave de Hesse en Francia “estaba dispuesto a irse sin pagar las numerosas deudas que había contraído allí, sus acreedores manifestaron sus preocupaciones al gobierno francés, que al encontrarlas fundadas, ordeno que el pasaporte del ministro no fuera devuelto”. Esta situación generó diversas protestas contra Luis XV, el cual respondió “que siempre prestaría la más escrupulosa atención para mantener las inmunidades que conlleva el carácter sagrado de un ministro público” (Giuliano, 1960, p. 86) el tema era que, en este caso las circunstancias eran diferentes.

El Derecho Internacional Clásico, resume este concepto expresando que:

ninguna acción podrá entablarse contra un ministro extranjero ante los Tribunales de país donde reside, ni podrá, por tanto, embargársele los bienes ni emplear otro medio coercitivo en dicho país por deudas con traídas antes o durante el desempeño de su misión.¹⁵ (Felix, Op. Cit. Fiore, 1883 p. 427).

12 Estos institutos han pasado por una evolución bastante significativa, en sus orígenes se llegó a afirmar que “ningún obstáculo deberá hallar su libertad de acción [la de los agentes diplomáticos]. Podrán desagradar muchas veces, porque hablan como hombres independientes, podrían superponérseles deudas sin que se les pudiera arrestar por esta causa” (Montesquieu op Cit. Fiore, 1883, p.423).

13 En este trabajo de investigación haré alusión exclusiva a los aspectos civiles y administrativos, pues lo que respecta al derecho penal internacional y sus limitantes se encuentra regido por otros principios y normativas aplicables que escapan de nuestro objeto de estudio.

14 En este caso partimos de las soluciones jurídicas actualmente vinculante para la República, como ser el art. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas de 1961, art. 43,44,58y 63 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, los arts. 31 y 41 de la Convención de Nueva York de 1969 sobre misiones especiales y los arts. 60,61 y 77 de la Convención de Viena de 1975.

15 Este autor se fundamenta en la jurisprudencia francesa de la época, según la que “el ministro plenipotenciario que representa a un gobierno extranjero no es justiciable por los tribunales franceses, aun respecto de aquellas acciones que como particular haya realizado” (Felix op. Cit. Fiore 1883 p.428).

Esta concepción, tan defendida y propugnada por la doctrina clásica de los siglos XVII y XVIII, comienza a tener algunas voces críticas a mediados del siglo XIX, para los que dicha inmunidad “solo debiera concederse cuando la sumisión del agente a la legislación local le impidiera el libre ejercicio de sus funciones” (Fiore, 1895, Op. Cit. Cahier, 1965 p. 336), alegando por la distinción entre actos oficiales y los exclusivamente privados, diferenciación que puede resultar engorrosa a la hora de diferenciarla¹⁶, o los casos como el italiano¹⁷ que, por un breve tiempo, sí realizaron esta distinción.

En ningún caso podemos hablar de que el estatuto de prerrogativas diplomáticos, ni ningún otro instituto del derecho, sean de carácter absoluto dado las fuertes interacciones estatales y del propio funcionario diplomático con el sector privado¹⁸. Por lo que “para limitar el alcance del estatuto de prerrogativas diplomáticas la jurisprudencia y la legislación comparadas han desarrollado la distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución, por un lado, y la distinción entre actos *iuri imperii* y actos *iuri gestionis* por otro” (Herbert, 2005, p. 42) a los efectos de restringir el alcance de la inmunidad de jurisdicción. Posiciones que han nutrido la elaboración de las diversas normas del DDC.

2.3 La Convención de Viena de 1961 y sus excepciones

El derecho convencional vigente dispone sobre esto que: “El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa” (Art. 31 C/Viena 61 y 75), con la excepción de:

a) una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que la persona de que se trate los posea por cuenta del Estado que envía para los fines de la misión.

Esta consideración puede ser abordada en los siguientes términos: la excepción de inmunidad de jurisdicción en materia civil “se desprende del principio de soberanía de los Estados. Estos últimos no pueden admitir que un tribunal extranjero pronuncie una sentencia referida de alguna forma a su territorio” (Cahier 1965 p. 348). Esta visión puede verse complementada con un análisis del tema de los “estatutos reales”, tal como nos enseñará Juenger, la configuración del DIPr se dio en el siglo XII en el norte de la península itálica, fruto del creciente intercambio comercial que posibilitó un aumento del tráfico jurídico externo, es decir, de casos con vínculos entre diversos centros de poder independiente.

16 Esto se fundamenta en una sentencia del Tribunal Supremo de París de 1891, el cual sostuvo que “deberá resolver al menos completamente la cuestión de saber si hay lugar a distinguir en cuanto a la inmunidad de jurisdicción, entre los actos realizados por los agentes diplomáticos como representantes de su gobierno, y los actos que realicen como personas privadas. Les proponemos no meternos en esta discusión” pues “si cada vez que el agente diplomático actúa como persona privada cae bajo la jurisdicción de los tribunales franceses, sus acreedores, por pocos que tenga, le perseguirán sin misericordia y podrán entorpecer, tanto por demanda legítima como por malas tretas, el ejercicio de su misión, se cae así en el inconveniente que tiene el derecho de gentes que quería evitar: *ne impediatur legatio*” (JDI 1891 p. 156 Op. Cit. Cahier, 1965, p. 337”).

17 El tribunal italiano de justicia sentenció que “se debe reconocer que el representante de un gobierno extranjero está sometido a la jurisdicción civil del Reino por todos los actos que caen dentro de la competencia de nuestros tribunales según el Derecho Común, salvo que en caso de que realmente hubiera actuado en su calidad de representante del Estado extranjero, o mejor aún, en el cumplimiento de funciones confiadas por el gobierno” (Cahier, 1965, p.338). Aunque luego de diversas notas de protestas, la jurisprudencia italiana cambió de criterio.

18 “Por un lado, los Estados comenzaron a intervenir en los mercados internacionales a través de sus agencias; y por otro la integración de los diplomáticos a las sociedades donde ejercían sus funciones los fue involucrando cada vez más en negocios privados” (Herbert, 2005, p.41).

Dicha construcción doctrinaria, sobre todo con la visión de la estatutaria italiana, donde se visualizaron los estatutos personales, reales y odiosos. Los estatutos personales hacen alusión al individuo, ya sea la capacidad de goce, matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, divorcio, régimen de alimentos, entre otras consideraciones. Dado que los individuos tendemos a ser dinámicos, desde muy temprano se comprendió la necesidad de otorgarle un carácter extraterritorial a dichas categorías, incluso Doumullin (siglos más tarde) llegaría a defender la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales. No obstante, los derechos reales, por el estrecho vínculo que poseen con la “comunidad” donde se encuentran, la tendencia reguladora ha hecho hincapié en la “lex rei sitae”, o sea, la ley donde el bien se encuentra. Cuestión que no es una simple representación lógica, sino que se encuentra vigente en nuestro DIPr de fuente supranacional y nacional, así como en la legislación de diversos países¹⁹.

Finalmente tenemos los estatutos odiosos, los cuales representan un antecedente del Orden Público Internacional, regulado en el art. 5 de la CIDIP-II sobre Normas Generales (con la declaración uruguaya), el art. 5 de la Ley 19.920, art. 525 del Código General del Proceso, entre otras regulaciones.

Retomando el tema, cabe destacar la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia nacional caratulada como “López Mera, María Anita y otro c/Stepper, Christian Ficha N 01-390/2001”. Esta sentencia es importante porque **“excluye del estatuto inmunidad de jurisdicción diplomática una acción por rescisión de contrato de alquiler y cobro de daños y perjuicios”** (Herbert, 2005, p.51), dando como fundamento, el siguiente:

no comparte el carácter total y absoluto de la inmunidad de jurisdicción a partir del señero fallo No 247/97 mediante el cual, basándose en la conocida distinción entre actos de imperio y actos de gestión, reservó exclusivamente para los primeros la inmunidad de jurisdicción, negándola para estos últimos como es el caso de autos. (SCJ, 2001).

63

Un segundo criterio a través del cual se dispone una excepción a esta inmunidad de jurisdicción respecta a **“una acción sucesoria en la que la persona de que se trate figure, a título privado y no en nombre del Estado que envía, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario”** (art. 31)²⁰. En el caso de nuestro DIPr, asumirán competencia los jueces donde se encuentren los bienes del causante de cuya sucesión se trate (arts. 44 y 66 de los TDCIM 1889, art. 44 y 56 del TDCIM 1940 y arts. 30 y 57 ley 19.920).

En tercer lugar, lo que respecta a cualquier “acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por la persona de que se trate en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales”. Esto se trata de “una cuestión más teórica que práctica, principalmente en cuanto se refiere a la actividad de una profesión liberal” ya que “por regla general, los diplomáticos no están autorizados por el gobierno para ejercer otra profesión”²¹ (Cahier, 1965 p. 351). Sobre los aspectos del ejercicio liberal de la profesión destacan las disposiciones de la Convención sobre el ejercicio de profesiones liberales

19 Arts. 60 y ss. del Código de DIPr de Panamá (ley 61 7/10/2016), art. 2663 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 14 de Código Civil Cubano (Ley 59 15/10/1987); Art. 16 de la ley chilena de DIPr, entre otros.

20 Esto cual constituye un elemento bastante innovador, pues no es un tema que estuviere presente en la doctrina o jurisprudencia en temas de Derecho Internacional de la época.

21 Esto se reafirma con lo dispuesto por el art. 42 de la Convención de Viena de 1961, pues la misma dispone que “el agente diplomático no ejercerá en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio”.

de 1889 y 1940, el cual tiene como principio que “los nacionales o extranjeros, que en cualesquiera de los Estados signatarios de esta Convención hubiesen obtenido título o diploma expedido por la autoridad nacional competente para ejercer profesiones liberales, se tendrán por habilitados para ejercerlas en los otros Estados” (Art. 1 de ambos tratados). En el Tratado de 1940 se agregará que:

siempre que dichos títulos o diplomas correspondan a estudios y trabajos prácticos que guarden razonable equivalencia con los que se haya exigido en las épocas respectivas a los estudiantes locales en la Universidad ante quien se presente a reválida y el interesado llene los requisitos generales señalados para el ejercicio de las respectivas profesiones. En su caso podrán rendir examen en las materias que faltaren para completar la equivalencia (art.1).

En cambio, en lo que respecta a la actividad comercial, hay que distinguir qué actividades se encuentran comprendidas dentro de esta, y cuáles no constituyen tales, sobre esto, se ha dicho que la compra de bienes o la administración del patrimonio personal no pueden considerarse actividades de índole comercial.

Y finalmente **d) una acción por daños resultante de un accidente ocasionado** por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate. Aquí entramos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, es decir, toda obligación de reparar un daño no surgido de un acuerdo entre particulares. Sobre esto, nuestro Derecho Internacional Privado nos ofrece soluciones generales en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, los cuales la regulan por la ley del lugar del hecho lícito o ilícito del que proceden, es decir la clásica solución “*lex loci delicti comisi*”, (art. 38²² y 43 de los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente) no obstante, los países miembros del MERCOSUR adoptaron el Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil emergente en materia de accidentes de tránsito, vigente para Uruguay, Argentina, Paraguay y Brasil.

En este se dispuso en el primer párrafo del art. 3 la solución general, en la cual, siguiendo la tendencia de los TDCIM 1889 y 1940, se entendió que “la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regular por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente”. Esta visión clásica ha sido objeto de algunas críticas que refieren a que “aun cuando un accidente suceda claramente en un país, ello puede ser un hecho absolutamente fortuito y ajeno a las circunstancias de vida tanto de la víctima como el victimario” (Juenger, 1987, Op. Cit. Fresnedo, 2015, p. 306). Es en virtud de esto y de las tesis de Morris que el segundo párrafo del art. 3 dispone que “si en el accidente participaren o resultaren afectadas nicamente personas domiciliadas²³ en otro Estado Parte, el mismo se regular por el derecho interno de este último²⁴”. En este

22 Sobre este artículo Arocena opina que “esta clase de obligaciones que, forzosamente deben quedar excluidas del principio *lex loci contractus*, puesto que no suponen la existencia de contrato alguno, constituyen una de las tantas excepciones que los partidarios de aquel principio se ven obligados a introducir de continuo. No sucede lo mismo con la doctrina territorial encerrada en el artículo, la cual toma en cuenta, en primer término, el hecho de que las obligaciones afecten la soberanía de un país determinado, para sujetarlas a su legislación” (Op. Cit. Santos 2017 p.30).

23 De conformidad con el DIPr vigente, “el domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante. El de las personas físicas que residen temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el que tengan en el Estado que los designó. El de los funcionarios de organismos internacionales será el de la sede de su organismo, salvo disposición en contrario del respectivo Acuerdo de Sede.” (art. 15 de la ley 19.920), de igual modo se expresa el art. 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPR.

24 A pesar de que el derecho material aplicable sea extranjero la responsabilidad por daños a cosas ajenas al accidente se sujetarán al “derecho interno del Estado Parte en el cual se produjo el hecho.” (art.4) y sin importar cual “fuere el derecho aplicable a la responsabilidad, serán tenidas en cuenta las reglas de circulación y seguridad en vigor en el lugar y en el momento del accidente” (art.5).

caso, los jueces llamados a asumir competencia, en virtud del art. 7, “serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante”.

3. Soluciones clásicas en torno a la jurisdicción internacional

En los casos en los que no estamos en las hipótesis desarrolladas *ut supra*, se desplegarán los criterios de jurisdicción internacional directa de nuestro DIPr, los cuales como y vimos debe elaborarse equilibrando los intereses de demandantes y demandados. En este sentido, resumiendo lo anterior, se ha entendido que:

el demandante está interesado en una jurisdicción que le garantice un fácil acceso a la ley, preferiblemente a un tribunal dentro de los límites del Estado de su domicilio o residencia habitual, y a uno que sea lo más favorable posible a su demanda. mientras que el demandado “espera no verse obligado a defender la causa en un país extranjero, ante un tribunal con cuya lengua, organización y función no está familiarizado”²⁵ (Vischer, 1992. p.203).

En materia de jurisdicción internacional directa, las soluciones tradicionales de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (en adelante TDCIM 1889 y 1940), disponen un mosaico donde se consagra el criterio del paralelismo o ASSER (ver infra art.57 inc. C), como nos muestra el siguiente cuadro (no taxativo):

65

Cuadro 01:

Criterios de Jurisdicción en los Tratados de Montevideo de D. Civil de 1889 y 1940

Categorías	TDCIM 1889	TDCIM 1940
Existencia, Estado y Capacidad ²⁶	Art. 58 “El juicio sobre capacidad o incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles debe seguirse ante el juez de su domicilio.”	Art. 56: Criterio General (ASSER, domicilio del demandado y prorroga post litem).
Protección de Incapaces (acciones personales) ²⁷	Art. 59. - Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces y de éstos contra aquéllos, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores	Art.56

²⁵ Esto puede verse reflejado, entre otros casos, en nuestro derecho societario especialmente en las disposiciones del Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889. Este dispone en su art.4 que “el contrato social se rige en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial”, es decir que la ley aplicable a las cuestiones entre los socios con la sociedad será la de su domicilio comercial, no obstante, en cuanto al juez internacionalmente competente, si bien el parágrafo dispone que “Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad”, el inciso segundo, siguiendo el principio de Forum shopping que “Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último.” (art.7).

²⁶ En virtud del art.1 de ambos tratados la capacidad se rige por la ley del domicilio.

²⁷ Los TDCIM de 1889 y 1940 tienen una regulación extraterritorial al establecer que se determina por “la ley del lugar donde se ejercita”, la cual se interpreta como la ley del lugar del protector.

Categorías	TDCIM 1889		TDCIM 1940
Protección de incapaces (acciones patrimoniales) ²⁸	Art. 60. - Las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallan situados. Art.61 Los jueces del lugar en el cual fue discernido el cargo de tutor o curador son competentes para conocer el juicio de rendición de cuentas.		Art. 58: Los jueces del lugar en el cual fue discernido el cargo de tutor o curador, son competentes para conocer del juicio de rendición de cuentas.
Matrimonio y Divorcio ²⁹	Art. 62. - El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal		Art. 59 reservado por Uruguay, por lo que recurrimos al art. 56
Relaciones patrimoniales entre los esposos	Enajenación de derechos reales	Art.63 “Serán competentes (...) los jueces del lugar en donde estén ubicados esos bienes.”	Art. 60.- Serán competentes (...) los jueces del lugar en donde estén ubicados esos bienes.
	Derechos personales derivados del régimen patrimonial	Aplica lo dispuesto en el art. 41 y 56 (juez del primer domicilio matrimonial)	Art. 16 y 56 (juez del primer domicilio matrimonial).
Filiación por naturaleza	Filiación legítima	Art 56 (ASSER, ley aplicable art. 16 y 17)	Art. 56 (con art 20 y 21)
	Legítima por subsiguiente matrimonio	Art. 56 (Asser, ley aplicable art. 16)	Art. 56 (con art.20)
	Filiación ilegítima	Art. 56 (ASSER, ley aplicable art. 16)	Art. 56 (con art.20)
Contratación Internacional ³⁰	Art. 56: Criterio General (ASSER, domicilio del demandado)		Art.56 superado por las disposiciones del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual.
Obligaciones Extra-contractuales ³¹	Idem art. 56		Art.56.
Sucesión ³²	Art. 66. - Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios		Art.56.

Fuente: Elaboración propia en base a los TDCIM 1889 y 1940.

28 Aquí observamos un régimen territorial en el TDCIM 1889, pues lo regula por la *lex rei sitae* (art.15) y un régimen extraterritorial limitado en el TDCIM 1940 (art.19)

29 De conformidad con ambos tratados, la ley aplicable al matrimonio es la “ley del lugar de celebración” con un alcance extensivo que incluye capacidad, forma, existencia y validez del acto matrimonial, sumado a seis causales que posibilitan a los Estados a no reconocer dichos matrimonios. Por su parte, el divorcio se rige en forma acumulativa por la ley del domicilio conyugal y la del lugar de celebración (arts. 13 y 15 de los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente)

30 Los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de cumplimiento (arts. 34 y 37 de ambos tratados), de conformidad con las reglas interpretativas contenidas en ambos tratados (arts. 34 a 39 y arts.38 a 43)

31 Estas se rigen por “la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden” (arts. 38 y 43 respectivamente)

32 De conformidad con el art. 44 de ambos tratados se rige por la “*lex rei sitae*” al tiempo de fallecimiento del causante de cuya sucesión se trate, no obstante, ambos tratados presentan diferencias en torno a las condiciones mínimas de validez de las formas testamentarias (en el TDCIM 1889 se requiere escritura pública, mientras que en el de 1940, basta con estar ante un acto solemne).

La técnica conflictual bilateral rígida, que ha sido utilizada desde 1889 como base de competencia directa (art. 56 y ss. de los TDCIM 1889 y 1940), si bien son muy útiles, muchas veces puede no tener en cuenta todas las dimensiones del caso privado internacional, y por tanto, generar soluciones “injustas”. Por lo tanto, cuando comenzó la codificación regional del DIPr al amparo de la OEA, se verificaron ciertas soluciones tendientes a generar soluciones más armoniosas, tanto para ley aplicable (art. 9 CIDIP-II sobre Normas Generales), y sobre juez competente.

En virtud de ello los Estados, a través de los procesos de codificación supranacional y nacional, han erigido regímenes de excepción para los casos en que existan intereses particulares a tutelar, como por ejemplo en los casos de protección de incapaces en los que se suelen legislar foros de urgencia³³, *forums conveniens* o *non conveniens*³⁴. Este criterio de jurisdicción directa es definido cómo:

una doctrina que se aplica sobre todo en los sistemas judiciales de derecho anglosajón. Permite a los tribunales que tienen jurisdicción sobre un caso para suspender o desestimarlos al determinar que el éste puede ser visto más apropiado en otro tribunal. El tribunal de primera instancia goza de una gran discreción para determinar si existe un foro más apropiado y, en caso afirmativo, si el caso puede ser juzgado en otro tribunal. Disponiendo de un amplio margen de maniobra para determinar si existe un foro más apropiado y, en caso afirmativo, suspender o desestimar el caso en favor de ese otro tribunal” (Max Plank, Op. Cit. Scotti, 2016, p.95)³⁵.

Los argumentos esgrimidos a favor sostienen que se

le permite al juez fundar su desapoderamiento en concreto, sobre circunstancias tan variadas como la búsqueda de la equidad procesal, la realización del principio de proximidad, la prevención del abuso del derecho, la salvaguarda de algunas políticas materiales esenciales y la contribución a la armonía internacional (Santos, 2021, p. 117).

Pero, como señala el autor, “adolece de importantes inconvenientes, debido a que le otorga al magistrado un importante poder discrecional, lo que podría generar mucha incertidumbre y atentar contra la previsibilidad de las partes, y la certeza en cuanto a la jurisdicción competente” (2021 p. 119). En el Convenio de la Haya de 1996 se instituye en su art. 8.1 instituye que:

Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5 o 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede - solicitar esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime

33 El art. 11 del Convenio de la Haya de 1996 establece en su inciso 1 que: 1. En caso de urgencia, son competentes para adoptar las medidas de protección necesarias las autoridades de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentren el niño o bienes que le pertenezcan.

34 “El origen del *forum non conveniens* se remonta probablemente al derecho escocés del siglo XVII, donde apareció por primera vez bajo la denominación de *forum non competens*” (Vischer 1992 p. 218).

35 En un mismo sentido se expresa Vischer (1992), al declarar que el mismo entiende una “autoriza al juez a negar la competencia si en un caso concreto otro foro parece más apropiado y cercano a la causa de la acción” (p. 218).

necesarias, o - suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.³⁶

A su vez nos es posible visualizar foros optativos, como ser los art.7 del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual, art.7 del Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil en materia de accidentes de tránsito, art.8 y 9 de la CIDIP-II sobre Obligaciones alimentarias, entre otros.

No obstante, los Estados, haciendo uso del atributo paradigmático de la soberanía, pueden reglar regímenes de jurisdicción exclusiva en salvaguarda de intereses nacionales, cuestión que ha sido recientemente consagrada en el art. 61 de la ley 19.920, el que dispone que:

La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre otras cuestiones que puedan plantearse respecto del mismo asunto" (...)“En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por esta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario.

Es un principio del DIPr que un órgano judicial o administrativo asuma competencia en una determinada cuestión, evitándose las llamadas contiendas negativas, que tal como señala Vescovi, significan que ningún de los Estados con el cual el caso posee vínculos relevantes asuma competencia. Sobre esto tenemos las disposiciones del código suizo de DIPr, según el cual:

When the present statute does not provide for a forum in Switzerland and when proceedings in another country are impossible or cannot reasonably be required, the Swiss judicial or administrative authorities of the place with which the cause of action has a sufficient connection shall have jurisdiction (art.3).

4. Bases de jurisdicción general de la ley 19.920

Al instaurarse el nuevo sistema de DIPr de fuente nacional, pasamos de tener un único artículo referente a la jurisdicción directa (el art. 2401 del CC, que consagraba el criterio ASSER y el domicilio del demandado), a tres bloques bien definidos, a saber: 1) art. 57, que trata las soluciones generales en nueve literales; 2) un bloque con criterios atributivos de jurisdicción especial (cómo ser en cuestiones de medidas cautelares,

36 No obstante, esta prórroga de jurisdicción a un "mejor tribunal" no se realiza de forma discrecional, sino que el propio art.8 en su parte 2 constituye cuales son. "2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el apartado precedente son: a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad; b) un Estado en que estén situados bienes del niño; c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio; d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho. 3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones. 4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el apartado primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los artículos 5 ó 6, si considera que ello responde al interés superior del niño".

restitución internacional, relaciones de consumo y contratos de trabajo), art. 59 y; 3) finalmente la regulación expresa de la jurisdicción internacional en materia contractual, donde se consagra la autonomía de la voluntad conflictual (art.60).

En el art.57 de la LGDIPR se disponen las soluciones generales en torno a la jurisdicción directa, es decir que no se refiere a los criterios de jurisdicción indirecta como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales (los cuales se siguen rigiendo de conformidad con el art.6 de la CIDIP sobre sentencias, art.24 del Protocolo de las Leñas y art.537 inc. 2 del CGP). El mismo está compuesto por 9 literales (teniendo el lit. h) 5 numerales) que ofrecen un diverso y complejo mosaico de hipótesis través de las cuales se le confiere competencia a las autoridades judiciales uruguayas.

En torno al método utilizado cabe destacar que, a diferencia de las soluciones clásicas, aquí se optó por un criterio unilateral. Por lo que el art.57 denota las condiciones a través de las cuales los jueces uruguayos pueden asumir competencia en las relaciones privadas internacionales, es decir, que este artículo evalúa el alcance de nuestras normas de competencia. La elección de un método distinto al que la República había optado desde 1889 está argumentado en la propia exposición de motivos, según la cual:

la estructura pasa a ser unilateral no solo porque las normas de competencia sean atributivas de poder jurisdiccional (y por ende limitantes del ámbito jurisdiccional de los tribunales del Estado) sino porque lo dispuesto en el art.539.1 numeral 4) del CGP torna irrelevante su bilateralización (lo cual es útil sólo cuando ellas sirven también como criterios de competencia indirecta, vale decir cuando se trata de la ejecución de una sentencia extranjera).

Ahora bien, estas no son soluciones estrictamente foráneas, sino que algunas de ellas ya habían sido reguladas por nuestro sistema de DIPr supranacional y nacional (Arts. 56 y siguientes de los TDCIM 1889 y 1940 respectivamente), aunque con un método diferente (bilateral).

Las disposiciones del presente art. 57 se aplican en tres grandes hipótesis, a saber:

- 1) Hipótesis 1 (primacía de las normas supranacionales):** El artículo comienza expresando que “sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas, los tribunales de la República tienen competencia en la esfera internacional”. Presupone que las reglas de jurisdicción o competencia internacionales (normas que en DIPR se utilizan de forma indistinta, mas no en DIP) son aplicables solo en defecto de disposiciones convencionales, armonizado con las soluciones del art.27 de la C/Viena 1969; Art. 1 de la CIDIP-II sobre Normas Generales; Art. 4 PATM 1889 y 1940 y el art. 1 de la LGDIPr. El art. 57 no le resta vocación reguladora de la competencia internacional directa a las tradicionales soluciones dispuestas en los Tratados de Montevideo, las CIDIPs (I a V), sistema MERCOSUR, Universal, entre otros.
- 2) Hipótesis 2 (salvo disposiciones especiales):** No debemos leer de forma aislada el presente art. 57, sino teniendo en cuenta todos los criterios de atribución de competencia dispuestos en el presen capítulo, es decir, con una visión uniforme. En este sentido cabe destacar que, de conformidad con el art.59 hay cinco áreas en las que la LGDIPR dispuso soluciones especiales, como ya mencionamos.

- 3) **Hipótesis 3 (en defecto de autonomía de la voluntad):** La LGDIPR, en concordancia con las tendencias codificadoras a nivel regional y global, consagró la autonomía de la voluntad contractual casi irrestricta en torno a ley aplicable y juez competente (salvo para las materias contractuales del art. 50). Pero en los casos en que no exista acuerdo de partes, el propio art. 60 instituye que “serán de aplicación las demás soluciones generales establecidas en el presente capítulo”.
- 4) **Hipótesis 4 (inmunidad de jurisdicción)** Tal como vimos supra, algunos funcionarios diplomáticos o consulares, en virtud del Estatuto de prerrogativas dispuesto a nivel convencional y consuetudinario, gozan de la inmunidad de jurisdicción. La cual significa “una circunstancia que modifica la competencia internacional de los tribunales a quitarle la competencia” (Vescovi, 2002, p. 55) sobre una determinada pretensión legítima.

Una vez que estamos dentro del ámbito espacial (hipótesis 1) y material (hipótesis 2 y 3) del art.57, y no estamos ante personas con inmunidades diplomáticas (hipótesis 4). Tenemos que visualizar cuales son los grandes criterios dispuestos por el mismo. Sobre estos criterios, en la exposición de motivos se dejó sentado que:

- 1) Los criterios generales de competencia son: i) el criterio universal del domicilio del demandado (actor *sequitur forum rei*), ii) el criterio tradicional de nuestro sistema de conflicto que vincula la jurisdicción internacional al criterio de la ley aplicable, llamado Asser en homenaje a su propulsor, y iii) el de la autonomía de la voluntad en materia contractual internacional. Respecto de este último, el acuerdo de elección de jurisdicción podrá realizarse en el momento del otorgamiento del negocio jurídico correspondiente, durante su vigencia o una vez surgido el litigio, con los límites previstos en los artículos 48 y 49 del proyecto. Si nada se hubiere pactado al respecto, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en la esfera internacional según el resto de los criterios generales. (p. 18).
- 2) El proyecto amplía las bases de competencia en la esfera internacional de los tribunales de la República respecto de ciertas acciones en que la parte actora se encuentra en situación de inferioridad frente a la parte demandada desde la génesis de la cuestión litigiosa, en concordancia con la corriente unánimemente aceptada de facilitar el acceso a los tribunales como derecho fundamental de la persona. Así se establecen “criterios especiales” que se adicionan a los criterios generales en estas materias: responsabilidad extracontractual, contrato con consumidores (p. 18-19).

4.1 Criterios o bases de jurisdicción del art. 57

A) Cuando la parte demandada, persona física o jurídica, está domiciliada en la República o ha constituido domicilio contractual en ella.

Este es el criterio a través del cual las autoridades jurisdiccionales de la República tendrán base de jurisdicción en los casos en que la parte demandada, física o jurídica posee domicilio en la República. La conexión domiciliar se ha dispuesto por oposición a la de la nacionalidad, sobre todo en los países de alta inmigración como el nuestro. Si nuestra república hubiera adoptado el criterio de la nacionalidad, cuando a mediados del siglo

XIX el grueso de la población era de nacionalidades diversas, se hubiera producido un perjuicio no solo en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino también un mecanismo para socavar la soberanía del Estado.

El domicilio de la persona ya sea física o jurídica, es una conexión jurídica y esto trae consigo recurrir a criterios interpretativos para determinar dónde y cuándo se configura. En el caso de la LGDIPr dicha determinación se hará *in ordine* y en virtud de los criterios generales dispuestos por la presente Ley, a saber: Art. 14 (domicilio de las personas físicas capaces); art. 15 (Domicilio de los diplomáticos, de las personas que cumplan misión oficial y de los funcionarios de Organizaciones Internacionales) y 16 (Domicilio de las personas físicas incapaces).

Uno de los aspectos sobresalientes es que el presente literal A, habilita a la asunción de competencia cuando la parte demandada tiene domicilio contractual en nuestro país. Destacamos la necesidad de esta disposición, puesto que

en la práctica se había planteado recurrentemente si el domicilio establecido contractualmente podía considerarse como el domicilio internacional de la persona, que sería base de jurisdicción, o solamente debía considerarse como un domicilio interno pero inhábil para fijar jurisdicción en la esfera internacional (Fresnedo, 2021 p. 63).

Finalmente, debemos dejar sentado un dato que no nos parece menor, y es que en algunas circunstancias muy especiales, el domicilio internacional como base de jurisdicción será asimilado a la residencia habitual. Como ser los casos en que estemos ante cuestiones de curatela, patria potestad cuando los padres se encuentren domiciliados en Estados diferentes o no ejerzan su representación (siguiendo la línea del Convenio de la Haya de 1996) y cuando no podamos determinar el domicilio de la persona física por la simple residencia, núcleo familiar o actividad laboral.

B) Cuando la parte demandada tiene en el territorio de la República establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación, a través de la cual ha celebrado el contrato o ha intervenido en el hecho que da origen al juicio.

El segundo criterio no taxativo sobre el cual los tribunales de la República tendrán base de competencia es el del “establecimiento, agencia, sucursal” u otros de la parte demandada. Esta no es una solución innovadora, ni constituye una base de jurisdicción moderna, sino que estamos ante una cristalización de las soluciones dispuestas en:

- a) **Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, art. 6:** “las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen”.
- b) **Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional 1940, art. 3:** “Domicilio comercial es el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios.

Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionen, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí se practiquen”.

c) **Ley 19.920 (Domicilio).** “Las personas jurídicas de derecho privado tienen su domicilio donde está situada la sede principal de su administración. Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen”.

Aquí resulta imperante preguntarnos si estas disposiciones son aplicables en torno a las sociedades comerciales constituidas en el extranjero. En primer lugar, dejamos sentado que de conformidad con el art. 38 de la LGDIPR “Las normas contenidas en el presente capítulo no se aplicarán a las sociedades comerciales, las cuales se rigen por normas especiales”, es decir, que los arts. 192 a 198 de la Ley 16.060 siguen plenamente vigentes. Ahora bien, en este contexto se ha planteado en doctrina si la ley de sociedades comerciales disponía, o no, criterios de jurisdicción. Si bien estos artículos no disponen una solución específica en torno a la jurisdicción, el art. 197 que habla del emplazamiento judicial se expresa en los siguientes términos:

El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero podrá cumplirse en la República en la persona que haya actuado en su representación en el acto o contrato que motive el litigio. Si se hubiera establecido sucursal o representación permanente el emplazamiento se efectuará en la persona del o de los administradores o representantes designados.

Sobre esto se ha discutido si en este art.197 puede inferirse una base de jurisdicción. “En contra se ha dicho que el concepto de emplazamiento es distinto del de jurisdicción, y que la posibilidad de emplazar a la sociedad extranjera en el lugar donde realizo el acto o contrato que motive el litigio no necesariamente implica que los jueces de ese lugar tienen competencia” (Fresnedo, 2015, p. 77).

No obstante, a pesar de que no es lo mismo emplazamiento que competencia “el art.197 de la ley 16.060 debe ser interpretado en concordancia con el art.27 de la ley 15.750 (...) que establece la jurisdicción del establecimiento, agencia u oficina que celebro el contrato” por lo que “consideramos que el art.197 presupone que los jueces del lugar de actuación tienen competencia internacional para entender en los litigios derivados de la actuación de la sociedad extranjera en el país” (Fresnedo, 2015, p. 77).

C) Cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República.

El criterio “C” dispone la solución tradicional del paralelismo (ASSER, en honor al jurista belga que lo acuñó) consagrado en el art. 56 de los TDCIM 1889 y 1940 y el derogado art.2401 del APCC. Esto significaba que: “es necesario determinar primero la ley aplicable a dicha categoría” y una vez que es “determinada la ley aplicable, serán competentes para los litigios que surjan en relación con esa categoría, los jueces del país cuya ley haya resultado aplicable a la misma” (Vescovi, 2002, p.37).

Ahora bien, este criterio de jurisdicción “tiende a ser abandonado, se le efectúan muchas críticas” lo que ha llevado a los actuales procesos de codificación del DIPr a abandonar dicha base de jurisdicción, dado que “las dificultades de este criterio se vinculan a los casos en que resulta dudoso, al comienzo del juicio, saber cuáles s el

derecho aplicable (lo que provoca un círculo vicioso)” (Véscovi, 2002, p.38). No obstante, la posición sobre el criterio ASSER no es del todo negativa, puesto que “esta base de jurisdicción asegura que el tribunal aplique su propia ley, lo que resulta de evidente conveniencia. Sus virtudes han quedado demostradas a través de décadas de pacífica aplicación” (Fresnedo, 2021, p.121).

Compartimos esta última posición y dejamos sentado la importancia del criterio ASSER en torno a que previene que el tribunal aplique la excepción de OPI, como quedo sentado en el art. 5 y 15 del Convenio de la Haya sobre responsabilidad parental de 1996, entre otras disposiciones.

D) Para juzgar la pretensión objeto de una reconvenición, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma.

Podemos visualizar que una vez que el demandado es “citado y emplazado en legal forma (...) [éste] puede asumir diferentes actitudes, que abarcan desde la ausencia total del proceso (incompetencia) hasta la formulación de una nueva (y propia) pretensión contra el actor en el mismo proceso (la reconvenición)” (Stipanivic, 1989, p. 120). Aquí nos referiremos a la reconvenición, en tanto que “supone que el demandado deduce una propia y nueva pretensión contra el demandante en el mismo juicio que le fue iniciado por éste” (Stipanivic, 1989, p. 126). En torno a los requisitos, de conformidad con el art. 136 1, “la reconvenición sólo procederá cuando se den los supuestos del artículo 120.1; numerales 1 y 3”. Es decir que deben ser acciones “que se trate[n] de pretensiones de igual materia competencial; si pertenecieren a fueros competenciales diversos, las pretensiones deberán ser conexas entre sí” (120.1) y que puedan tramitarse en el mismo procedimiento (120 n.3) y que lógicamente “serán aplicables en lo pertinente, todas las reglas establecidas respecto de la demanda” (136 n.2).

73

Remitimos al instituto de la reconvenición, dado que a partir de la vigencia del art.57 inc. D, los jueces de la república podrán asumir competencia “para juzgar la pretensión objeto de una reconvenición” solo en los casos en que tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio merito a la demanda. Estamos ante un elemento procedimental, en virtud del art. 1 de los Tratados de Derecho Procesal de 1889 y 1940, en los que disponen que “Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación, en cuyo territorio se promuevan”, el juez actuante en la causa deberá tener las reglas citadas del CGP (120, 132, 136 y 346).

E) Para conocer de una demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso, siempre que exista conexión razonable entre las pretensiones y no se afecte el derecho de defensa de los terceros citados.

En el literal E del art. 57 se tratan dos hipótesis: la intervención en garantía y la de terceros en el proceso. Este tema ya ha sido regulado en los arts. 48 a 53 del C.G.P, por lo que no estamos ante una innovación, sino “una situación ya establecida [en el código] para el derecho interno y que los tribunales aplican pacíficamente a los casos internacionales” (Fresnedo, 2021, p.123).

El artículo comienza expresando “para conocer de una **demanda en garantía**”. Como es sabido, en un proceso podemos tener dos tipos de intervenciones³⁷ de terceros³⁸, voluntarias y forzosas. Son voluntarias, por ejemplo, las hipótesis contenidas en el art. 48 del C.G.P. Aquí nos corresponde analizar especialmente **las citaciones o demandas en garantía**, estas se encuentran regulado específicamente en el art. 51 del C.G.P, según el cual “el demandado, en el plazo para contestar y sin perjuicio de hacerlo, podrá solicitar el emplazamiento de un tercero en garantía o de aquel respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar³⁹”.

Nos es posible distinguir tres tipos de intervención, a saber:

- 1) “Aquellos que aducen un derecho propio, independiente y oponible al que pretenden las partes y tienen las características de ser principales y autónomos
- 2) los intervinientes que pretenden un derecho propio vinculados al proceso y que se discute en él, similar en todo o en parte al derecho afirmado por una de las partes en el proceso;
- 3) aquellos terceros que no reclaman donde intervienen pero que sí tienen un interés personal en l suerte de la pretensión de las partes, con miras de evitar efectos reflejos o secundarios que pueden serles perjudiciales, por lo que su participación es secundaria o accesoria” (Santos, 2021, p. 692).

En el inciso dos se dispone que “el emplazado no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado”. Tal como señala la Dra. Fresnedo (2021) esta regulación es muy conveniente, puesto que muchas veces se dan ejemplos en los cuales:

un asegurado demanda el pago de la indemnización a su asegurador y esta cita en garantía al transportador efectivo subcontratado o viceversa, o también el transportador marítimo que cita en garantía a las empresas de estiba o de depósito portuarios donde considera que se produjo el daño (p. 124).

Finalmente, en el inc. 3 se dispuso que En los casos en que la intervención del tercero suponga la inserción de una nueva pretensión, se requerirá el cumplimiento de los requisitos de los numerales 1) y 3) del artículo 120.1. Dentro del panorama de posibilidades en materia, la LGDIPR reconoce como base de asunción de competencia los procesos de “demanda en garantía o intervención de terceros” y luego agrega, “siempre que exista una conexión razonable ente las pretensiones”. Esto va en total sintonía con el art. 50 del C.G.P.

37 “Con intervención se busca que una persona distinta del actor y del demandado pueda participar en el proceso en trámite en el que estos son partes originarias, ya sea interviniendo voluntariamente para ayudar a alguna de las partes originarias en resguardo de un interés propio que puede verse afectado de manera indirecta con la decisión judicial, o para defender derechos propios que se discuten en el proceso y que concuerdan en todo o en parte afirmado por uno de los sujetos del proceso” (Santos, 2021, p. 691).

38 Si bien “es verdad que [su] introducción” puede causar (...) una perturbación procesal; también es cierto que en muchos casos constituye una forma de resolver de una sola vez una controversia que puede plantearse con tres vértices y no solo con dos, como es la regla” (Vescovi, 1992, p. 128).

39 El presente artículo nos presenta un proceso “acumulativo, caracterizado por la unidad de competencia, tramitación y sentencia”, el cual se fundamenta en “la existencia de algún vínculo legal sustantivo entre ellos, en una clara aplicación de e la idea de que los institutos procesales siempre se encuentran conectados con institutos e derecho sustantivo” (Vescovi, 1991, p. 168).

F) Para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por vínculos estrechos a otra a cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instruir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales.

En el presente art.57 inc. F se hace especial referencia a los foros de proximidad. Estos se configuran cuando un tribunal que tiene jurisdicción internacional para conocer y resolver un determinado litigio la extiende a demandas que presenten una conexión directa con la primera. La conexión se puede presentar por la identidad de partes, de objeto, o de ambos. (Scotti, 2015, p. 93). Tendiendo a “modificar la competencia de los tribunales natalmente competentes conforme al resto de las bases de jurisdicción” (Fresnedo y Lorenzo, 2021, p. 232). Hay diversos criterios que logran alterar la competencia internacional dispuesta para ellos, los más sobresalientes son: 1) Cuando estemos ante una controversia comercial, y se cumplen los requisitos del art. 1 de la ley 19.636, se podrá prorrogar la misma a tribunales arbitrales⁴⁰, o 2) la persona en cuestión es un Jefe de Estado o gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores o jefe de misión diplomática permanente o especial, y por tanto goza de inmunidad de jurisdicción; 3) la asunción de competencia por citaciones en garantía o 4) actos de reconvenición o por simples actos de economía procesal⁴¹.

El lit. F del art. 57 alude especialmente a la conexidad, entendida como “aquellas hipótesis que permiten una ampliación de la competencia internacional (...), a pesar de que inicialmente no eran competentes para resolver determinadas querellas” (Santos, 2021, p.686), dado que, por ejemplo, en un juicio sobre divorcio (tal como lo dispone el art.10 del Convenio de la Haya sobre responsabilidad parental) es notorio que podrían tratar temas de protección de incapaces.

G) En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.

En la prórroga “post litem” o acuerdo de sumisión voluntaria⁴²

el magistrado ante el cual se deduzca la acción, aun cuando en principio careciera de jurisdicción para conocer del litigio, no corresponde que rechace la demanda, excepto que habiendo dado traslado de la misma, el demandado no compareciera, o de hacerlo, controvierta la jurisdicción (Tellechea, 2002 p.235).

40 Ver Ferreira, A. (2020). Comentarios exegético-doctrinarios sobre las leyes nacionales de arbitraje comercial internacional de Uruguay y Argentina. Revista De Derecho, 19(37), 11-39. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.2>.

41 Caravaca y Carrascosa (2004) argumentan al respecto que “desde un punto de vista propio del análisis económico del derecho procesal civil internacional, resulta eficiente el hecho de que las partes puedan decidir ante qué tribunales litigar. Pueden decidir litigar ante un tribunal perfectamente situado para decidir el caso de forma rápida muy eficaz, porque, por ejemplo, el objeto del litigio se encuentra en el país al que pertenece el tribunal. Igualmente, visto que con la sumisión tácita se pueden “agrupar” litigios ante un mismo tribunal, el gasto estatal en el aparato de justicia disminuye.” (p. 60).

42 “el acuerdo de sumisión tácita es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer del litigio que enfrenta a tales partes. Dicho pacto es implícito (...) y se verifica siempre durante el proceso judicial. Si el pacto es anterior a proceso, no existe sumisión tácita o sumisión, sino que existirá en su caso, una sumisión expresa o *prorrogatio of jurisdiction*” (Calvo y Caravaca, 2004, p.49).

En este tipo de base de jurisdicción “la voluntad de las partes no se manifiesta de manera simultánea, sino en momentos cronológicamente separados” (Tellechea, 2016, p. 236). Está presenta diversas ventajas, entre las que destacan: 1) unidad jurisdiccional de los litigios; 2) economía procesal para los tribunales, 3) elección del mejor tribunal (Caravaca y Caravaca, 2004, p. 51).

A nivel de DIPr de fuente convencional podíamos visualizar la prórroga *post litem* en el art. 56 del TDCIM 1940, art. 6 del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual y el art. 8 de la CIDIP-IV sobre Obligaciones alimentarias, por lo que no estamos ante una solución foránea, sino la verificación en el DIPR autónomo de un mecanismo de competencia directa ya consagrado.

Al igual que el art. 56 del TDCIM 1940, la prórroga de jurisdicción solo es permitida para acciones personales, mas no reales (que se someten indefectiblemente a la *lex rei sitae*). No se requiere aceptación por escrito, dado que basta que el demandado comparezca y acepte dicha competencia. “Esto lo diferencia de la sumisión expresa en cuanto esta última puede operar respecto de litigios que aún no han nacido al momento de celebrarse” (Santos 2021 p.727). Para que se termine de configurar esta prórroga de jurisdicción, el demandado debe comparecer ante el tribunal. Esta comparecencia “ante el tribunal en cuestión indica que el demandado desea que dicho tribunal conozca del litigio en cuestión (Calvo y Caravaca, 2004, p. 54) y debe ser realizada sin la finalidad de impugnarlo, ya que esto “significa que el demandado no tiene voluntad de someterse tácitamente al tribunal ante el que se ha presentado la demanda. Por tanto, en dicho supuesto, no existirá sumisión tácita” (Calvo y Caravaca, 2004, p. 55).

La prórroga *post litem* solo opera en los casos en que resulte aplicable el art. 57 y cuando “el tribunal ante el que se presenta la demanda y ante el que comparece el demandado debe ser un tribunal que no dispone de competencia judicial internacional en virtud de otros foros recogidos” (Calvo y Caravaca, 2004, p. 60) en la LGDIPR.

H) Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:

Nos encontramos aquí con la incorporación de los Foros de Necesidad, a partir del cual “se configura como un remedio basado en el derecho fundamental de acceso a la justicia⁴³ que permite otorgar competencia judicial internacional a jueces que en principio carecen de ella para evitar supuestos de denegación de justicia” (Fernández Arroyo, 2005, p. 316). Estos constituyen una excepción a la regla general, según la cual “los tribunales deben declararse incompetentes si de su predeterminación legal no se desprende el diseño de su normativa de competencia (...) el tribunal se declara con competencia a pesar de no estar [ésta] predeterminada con el único fin de evitar una denegación de justicia” (Martínez y Jiménez, 2010, p. 101, Op. Cit. Alborno, 2016, p. 189).

43 Como expresa Marchadier “el acceso a la justicia cubre toda clase de circunstancias en las cuales un individuo ve denegar la posibilidad de obtener una decisión definitiva de un tribunal de justicia sobre una contestación en materia civil, por acciones u omisiones de los poderes públicos. El derecho a un tribunal no es (un simple derecho teórico para que el juez nacional examine el caso de un individuo, sino que comprende incluso, la esperanza legítima de que las autoridades internas estarán obligadas a respetar el fallo definitivo que será, en consecuencia, ejecutado” (Santos, 2021, p.696).

Ahora bien, cual es el fundamento jurídico de esta preposición. En el Derecho Internacional General tenemos dos artículos que vertebran la validez de los tratados y sistemas jurídicos, estos son el art.103 de la Carta de las Naciones Unidas y las normas de *jus cogens* (art. 53 y 64 de la C/Viena 69). Cuando se realizó el Primer informe sobre el *jus cogens*, preparado por Dire Tladi, Relator Especial en la Comisión de Derecho Internacional 68º período de sesiones Ginebra, 2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2016 se entendió (en un mismo sentido que el art 53) que son normas de *jus cogens*:

...las normas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admiten modificación, suspensión o abrogación. 2. Las normas de *jus cogens* amparan los valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional, y son de aplicación universal.

Verificar si estamos o no, ante una norma de *jus cogens* puede realizarse en base a criterios doctrinarios (de base aristotélica y tomista), o partiendo de las propias fuentes del derecho internacional general (de conformidad con el art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), donde destacan:

- 1) A nivel de fuentes:** el acceso a una tutela efectiva no solo es una potestad del Estado, sino un DDHH fundamental en virtud de la Declaración de Universal de Derechos Humanos (arts.8 y 10); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14); Convención Europea sobre Derechos Humanos (art. 6). A su vez, aunque no sean fuentes del Derecho Internacional, podemos observar que este derecho se consagra en diversos textos constitucionales, entre los que destacan los art. 24 y 117 de la constitución española, las enmiendas V y XIV de la constitución norteamericana, entre otros.
- 2) A nivel de jurisprudencia:** no hay dudas que el acceso a los tribunales es un elemento central en cualquier ordenamiento jurídico civilizado. No obstante, en el fallo del Tribunal europeo de Derechos Humanos en el asunto *Al-Dulimi and Montana Management Inc. c/ Suiza*. En este fallo se dispuso que sin importar que hubiera una orden del consejo de seguridad de embargar bienes a personalidades del régimen de Sadam Husein, no se podía denegar el acceso a los tribunales.

Dicho esto, se legitima la existencia de un foro especial, que permita a cualquier persona acceder a los tribunales en diversas circunstancias. A nivel de derecho comparado destaca el art. 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, según el cual:

Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Aquí se reconoce especialmente el foro de necesidad, otorgando jurisdicción a los tribunales argentinos, de forma excepcional aun cuando estos no la tengan en virtud de las normas de conflicto o materiales del presente código. Este criterio de asunción de

competencia directa, más allá de las ventajas que puede llegar a generar, no está exento de críticas, pues algunos sectores de la doctrina destacan que dicha conexión “conlleva el peligro de caer en la admisión indiscriminada de la jurisdicción, es decir, en un foro exorbitante” (Scotti, 2016. p. 36), por lo que el art. 2603 del presente código, dispone requisitos precisos⁴⁴.

La incorporación del foro de necesidad en el presente artículo no es una excusa para que los tribunales uruguayos asuman competencia en cualquier circunstancia. Sino que, el propio art dispone cinco numerales que deben ser aplicados de forma **acumulativa**. Su aplicación será subsidiaria a todo el sistema de foros dispuestos por los arts. 57 a 60, es decir, que no aplica únicamente a las hipótesis de este, sino a todos.

Estas causales son:

- 1) **La intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia.** Como hemos mencionado *ut supra*, el acceso a la justicia es un derecho fundamental de todas las personas (físicas y jurídicas) y una norma imperativa del Derecho Internacional (*jus cogens*).
- 2) **Que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero.** Un segundo criterio material de asunción de competencia nos presenta hipótesis varias. Técnicamente estamos ante un caso en el que el actor podría tener que demostrar que ningún tribunal es competente para resolver su caso y que no puede beneficiarse de ningún otro foro en especial, en cuyo caso. Sobre esto se ha entendido que “no es aconsejable exigirle al actor la prueba de que ningún país en el mundo acepta la competencia para resolver el litigio” (Santos, 2021, p.697). La imposibilidad de asunción de competencia debe entenderse en términos generales, a nivel procesal y teniendo en cuenta todos los literales. Podríamos pensar que si hay un foro en el cual puede asumir competencia, pero en ese no le estaría garantizado el debido proceso, deberíamos considerar caduco “el acceso a la justicia” y, en los casos en los que se cumplan el resto de los requisitos, considerar imposible el juzgamiento, y por tanto, asumir competencia.
- 3) **El caso tenga vínculos relevantes con la República.** Este elemento supone que la relación jurídica posea puntos de contacto con diversos ordenamientos jurídicos, y los mismos se denominan elementos de extranjería relevantes o componente foráneo, que según Goldschmidt pueden ser: **Reales** (como la *lex rei sitae*⁴⁵);

44 Artículo 2603.- Medidas provisionales y cautelares. Los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares: a) cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; b) a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina. El cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal”.

45 En los TDCIM de 1889 y 1940 se entendió que “Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.” (art. 26 y 32 respectivamente). En un mismo sentido se expresa el art.39 de la ley 19.920 al expresar que “Los bienes se regulan por la ley del Estado donde están situados en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de carácter real de que son susceptibles”.

Personales (como la *lex domicilii*⁴⁶) o **Conductuales** (autonomía de la voluntad, lugar de celebración, entre otros⁴⁷). Ahora bien, después tenemos autores que argumentan que “la multinacionalidad del caso debe ser examinada, incluso, desde la óptica de las probables jurisdicciones nacionales que pudieran decidirla, pues según uno u otro contexto jurisdiccional el mismo caso puede ser internacional o no.” (Boggiano, 1991, p.3). Si bien se ha afirmado que el requisito de vínculos relevantes con la República “trata de evitar que una autoridad jurisdiccional tenga la posibilidad de atribuirse vocación para corregir las denegaciones de justicia en el mundo entero” (Santos, 2021, p.699) y que la misma obedece a uno de los principios del Derecho Procesal Civil Internacional, entendemos que esto no debería tomarse de forma estricta, dado que entre otras cosas, la LGDIPR consagró el principio de la autonomía de la voluntad y el propio acceso a la justicia es una norma de *jus cogens* (como vimos *ut supra*).

- 4) **Sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso.** El debido proceso, que tiene base constitucional, legislativa y convencional, es uno de los requisitos esenciales para los mecanismos de asistencia jurídica internacional, por lo tanto, su vulneración es mecanismo más que justificativo para asumir competencia en un caso multinacional.
- 5) **La sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución.** La concreción del derecho a la justicia es que la autoridad judicial que emite un fallo, sea pasible de ser ejecutado, ya sea en la república o en otro Estado siempre que cumpla con los requisitos establecidos por las fuentes convencionales y autónomas.

79

I) Para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 535 del Código General del Proceso.

La ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros se encuentra reconocida por la CIDIP-II sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares; el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares y lo dispuesto en el Título X del C.G.P. En estos instrumentos los Estados se comprometen a ejecutar dichas medidas, que se pueden realizar son respecto a personas, bienes (arts. 1 de la CIDIP-II y el Protocolo de Ouro Preto, y art. 530 del CGP) u obligaciones de dar, hacer o no hacer (art. 1 Ouro Preto), siempre que cumplan con los requisitos previstos en ellas (art. 2 y ss. de ambos textos convencionales y art. 531 y ss. del CGP).

La LGDIRP le otorga competencia a juez que adopta las medidas provisionales o conservatorias, es decir, cuando existe un agravamiento del periculum in mora. Ya que “como entre la interposición de la demanda y la resolución definitiva del pleito puede transcurrir mucho tiempo, se ha reconocido en la mayoría de los Derechos

46 Por ejemplo, el art. 1 del TDCIM 1940 dispone que “La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión.”. De igual forma se expresó el TDCIM 1889 y la ley 19.920 (art.20) sobre la capacidad de ejercicio de la persona física.

47 En el caso de la autonomía de la voluntad, la tradición jurídica uruguaya había sido básicamente contraria a dicha concepción, no obstante, con la aprobación de la ley 19.920, especialmente arts. 45 (ley aplicable a los contratos) y 60 (juez competente), vemos finalmente consagrada la posibilidad de que las partes determinen el foro al cual someter su controversia, ya sea arbitral o judicial y las reglas que estos deberán aplicar.

positivos la posibilidad de dictar medidas de seguridad, para evitar” (Santos 2021 p.702) que la función de impartición de justicia se frustre. La existencia de este artículo no es estrictamente foránea, porque más allá de la alusión expresa al art.535 del C.G.P, tenemos lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 18.803 sobre embargos marítimos. Aun así “es importante considerar que esta disposición aplica en los casos en que el sujeto o el objeto de la medida provisional o conservatoria se encuentra transitoriamente en la República” (Fresnedo y Lorenzo, 2021, p. 237).

5. Conclusiones

La asunción de competencia directa es la función más importante del DPR. Puesto que a partir de esta el juez establece el derecho material aplicable en virtud de sus reglas de conflicto, y los criterios exigidos para el reconocimiento de los diversos mecanismos de cooperación o asistencia jurídica internacional.

En este contexto, la visualización de reglas claras y flexibles para la asunción de la competencia directa constituye un elemento de suma importancia en el estudio de las diversas dimensiones del caso privado internacional. En nuestro DIPr contamos con soluciones de jurisdicción desde la aprobación de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y todo lo que ha sido el desarrollo posterior (con las Conferencias especializadas de la OEA, la normativa del MERCOSUR y los diversos foros universales, como ser la Haya, UNIDROIT, entre otros).

Nos es posible constatar una notoria evolución en la construcción de los instrumentos de competencia. En las primeras etapas sobresalieron absolutamente el criterio ASSER, domicilio del demandado o el lugar de situación de los bienes. Y ya en la segunda mitad del siglo XX podemos comenzar a instituirse una flexibilización teleológica, dado que el objeto del DIPr deja de ser el choque de soberanías y pasa a centrarse en el caso iusprivatista internacional, con lo cual, esa centralidad añadida por la fuerte influencia de los mecanismos convencionales de DDH, redimensiona los criterios de ley aplicable y juez competente.

Estos mecanismos pueden verse, sobre todo, pero no exclusivamente, en el Derecho Internacional de familia, como ser el Convenio de la Haya sobre Responsabilidad Parental de 1996, donde se eliminó la conexión domicilio del incapaz (ficto forzoso) y se adoptó la residencia habitual del menor (art.5), y se adoptaron criterios especiales para menores refugiados y desplazados (art.6), en situación de sustracción internacional (art.7) o la existencia de foros más, y menos, convenientes (arts. 8 y 9). También en la CIDIP-II sobre Obligaciones Alimentarias (arts. 8, 9 y 21).

Este influjo coadyuvo a determinar los pilares sobre los que se erigió la LGDIPR. Pues se siguieron modernas tendencias tanto a los efectos del derecho material aplicable y juez competente. Para visualizar de forma omnicompreensiva este ejercicio de la función de *jurisdictio*, es preciso entender el alcance de dichas reglas y su limitante.

El acceso a la justicia es una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*) en virtud de criterios doctrinales, jurisprudenciales y normativos. La única limitante es que la persona en cuestión posea algún estatuto de prerrogativas por ser Jefe de Estado,

Ministro de Relaciones Exteriores o jefe de misión diplomática permanente u especial. Fuera de estos casos, se erige la responsabilidad civil, penal o administrativa por los hechos realizados.

Aun así, cuando la relación jurídica presenta elementos jurídicos o extrajurídicos que se desbordan de las fronteras de un solo Estado, estamos ante un caso multinacional. Para conocer si un tribunal nacional puede entender, o no, en la causa primero es necesario calificar dicha relación, es decir, subsumirla en una categoría y no otra dentro del subsistema de DIPR vigente.

EL art. 57, como ya vimos, opera en cuatro circunstancias, a saber: 1) en defecto de norma supranacional (art.27 C/ Viena 69; art. 1 CIDIP-II Normas Generales, Art. 525 C.G.P, art.1 Ley 19.920, entre otros); 2) cuando no existan disposiciones especiales (sobre todo arts. 59 y 60 de la LGDIPR), 3) en defecto de la autonomía de la voluntad (para contratos internacionales); y 4) cuando la persona en cuestión no posea alguna inmunidad diplomática (de conformidad con las normas convencionales y consuetudinarias vigentes).

Fuera de estos casos, se disponen un total de nueve criterios unilaterales de jurisdicción. Es decir que, a diferencia de las normas bilaterales, este tipo de conexiones determinan el “ámbito de aplicación” de la función de *jurisdictio* de las autoridades judiciales uruguayas. Dentro de los criterios previstos tenemos que algunos vienen desde la vigencia del art.24011 del CC y los arts. 56 de los TDCIM 1889 y 1940, como ser el criterio del paralelismo o ASSER y el domicilio del demandado. La asunción de competencia en temas de medidas cautelares en virtud de lo dispuesto en el C.G.P, y la de las agencias o establecimientos en virtud del art. 197 de ley 19.920 y diversos textos convencionales.

Incorporaciones sui generis son pocas, como el foro de necesidad y proximidad (art. 57 inc. “d, e y f”), y aunque no fue analizado en este artículo, la jurisdicción específica en materia contractual, donde sobresale la autonomía de la voluntad conflictual amplia.

En definitiva, la LGDIPR no dispuso un terremoto jurídico en el sistema de DIPR ya vigente, sino que vino a incorporar soluciones que se aplicaban por vía jurisprudencial, incorporar otras muy necesarias, sobre todo los foros de proximidad, necesidad, etc. Así como ofrecer una redacción más adecuada en virtud de las actuales tendencias globales.

Referencias bibliográficas

- Araujo, O., Barbé, O., Cestau, S., (1949) Código Civil anotado Tomo primero. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo.
- Arbuet, V. (1993) Lecciones de derecho diplomático y consular Tomo II. Fundación de Cultura Universitaria.
- Boggiano, A. (1991). Derecho Internacional Privado Tomo I. Tercera edición. Teoría General, Derecho Procesal Internacional, Derecho Civil Internacional. Abeledo Perrot.
- Cahier, P. (1965). Derecho Diplomático Contemporáneo. Ediciones Rialp.

- Caravaca, A., Carrascosa, J. (2018). *Derecho Internacional Privado Volumen I* decimoctava edición. Ediciones Comares.
- Caravaca, A., Carrascosa, J. (2004). La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (4),49-7. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400402>
- Dreyzin de Klor, A. (2015) *El Derecho Internacional Privado Actual*. Incluye el análisis de las normas pertinentes del Código Civil y Comercial.
- Fiore, P. (1879). *Tratado de Derecho Internacional Público*. Góngora y Compañía editores.
- Fernández Arroyo, D. (2005) Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf>.
- Fresnedo, C. (2013) *Curso de Derecho Internacional Privado Tomo II Parte Especial Volumen I*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Fresnedo, C. (2021) *Actualización Curso de Derecho Internacional Privado Tomo I, II Parte especial Vol. 1 t Tomo II Parte especial Vol. 2*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Fresnedo, C. Lorenzo, G. (2021) *Texto y Contexto Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*. Fundación de Cultura Universitaria.
- 82 ■ Giuliano, M. (1960) *Les relations et immunités diplomatiques Collected Courses of the Hague Academy of International Law Volume 100*.
- Guillot, A. (1929). *Comentarios del Código Civil*, Jerónimo Sureda editor.
- Herbert, R. (2005). Estado de la cuestión de la inmunidad diplomática en la República: (A propósito de una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia). *Revista Uruguaya De Derecho Internacional Privado*, (6), 41–54. Recuperado a partir de <https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/rudip/article/view/1375>.
- Juenger, F. (1985) *General Course on Private International Law Collected Courses of the Hague Academy of International Law Volume 193*.
- Opertti, D., Fresnedo, C. (2009) *The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law*. Yearbook of Private International Law, volume 11. Sellier, European law publisher and The Swiss Institute of Comparative Law.
- Santos, R. (2021) *Ley de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano Curso General*. Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Scotti, L. (2017). *Manual de Derecho Internacional Privado*. Thomson Reuters LA LEY.
- Scotti, L. (2016) El acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03 N° 06: 22-47.

- Stipanivic, E. (1989) Actos de proposición: demanda, emplazamiento, contestación y reconvencción. En *Curso sobre el Código General del Proceso*. Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria.
- Tellechea, E. (2002) La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional. Fundación de Cultura Universitaria.
- Tellechea, E. (2016) La jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero. Necesidad de una nueva regulación en el ámbito interamericano. *Rev. Secretaria Tribunal permanente revisión Año 4, N° 7*; mayo 2016; - pp. 17 – 39.
- Uzal, M.E. (2016) *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Thomson Reuters LA LEY.
- Véscovi, E. (2000) *Derecho Procesal Civil Internacional Uruguay, el Mercosur y América*. Ediciones Idea.

SANTIAGO PEREIRA CAMPOS

Profesor Titular de Derecho Procesal, Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación, y Director del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado en la Universidad de Montevideo, Uruguay.
spereira@rap.uy

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6751-1759>

MICAELA VERA PACALUK

Integrante de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo, Uruguay.
mvera@rap.com.uy

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3375-9075>

Recibido: 23/03/2022 - Aceptado: 22/04/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Pereira Campos, Santiago; Vera Pacaluk, Micaela. (2022) ¿Qué puede hacer el acreedor en el incidente de calificación del proceso concursal? ¿Es vinculante para el juez la calificación fortuita de la sindicatura o intervención? *Revista de Derecho*, 21(41), 85-113.
<https://doi.org/10.47274/DERUM/41.5>

¿Qué puede hacer el acreedor en el incidente de calificación del proceso concursal? ¿Es vinculante para el juez la calificación fortuita de la sindicatura o intervención?

Resumen: En relación a la participación del acreedor denunciante en el incidente de calificación del concurso, la postura de nuestra jurisprudencia ha sido restrictiva limitando su participación a la mera denuncia de hechos relevantes para la calificación culpable.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el rol del acreedor en el marco del incidente de calificación del proceso concursal a la luz de los principios *pro actione* y al control de convencionalidad. Asimismo, habrá de considerarse el impacto de la derogación introducida a los arts. 198 inciso final y 199 de la Ley 18.387, por el art. 652 de la Ley 19.355.

Palabras clave: Incidente de calificación, participación, acreedor, *pro actione*, control de convencionalidad.

What can a creditor do in the incidental proceeding for classification of an insolvency proceeding? Is the classification of “fortuitous” by the receiver or court auditor binding upon the judge?

Abstract: Regarding the reporting creditor in an incidental proceeding for classification, the position of national courts has been restrictive, limiting such creditor’s participation to simply reporting the relevant facts for classifying the insolvency as “guilty”.

The purpose of this paper is to analyze the role of the creditor within the framework of the incidental process for classification of an insolvency proceeding in the light of the *pro actione* principles and the control of conventionality. It will also examine the impact of the repeal of article 198, final paragraph and article 199 of Law No. 18.387, by article 652 of Law No. 19.355.

Key words: Incidental proceeding for classification, participation, creditor, *pro actione*, conventionality control.

O que o credor pode fazer no incidente de qualificação do processo de insolvência? É vinculante para o juiz a qualificação fortuita da administração ou intervenção?

Resumo: Em relação à participação do credor denunciando o incidente de qualificação do processo de insolvência, a posição de nossa jurisprudência tem sido restritiva, limitando sua participação à mera denúncia de fatos relevantes para a qualificação do culpado.

O objetivo deste documento é analisar o papel do credor no âmbito do incidente de qualificação do processo de insolvência, à luz dos princípios *pro actione* e do controle do convencionalismo. Além disso, haverá que considerar o impacto da derrogação introduzida aos arts. 198 ponto final e 199 da Lei 18.387, pelo art. 652 da Lei 19.355.

Palavras-chave: Incidente de qualificação, participação, credor, *pro actione*, controle de convencionalidade.

1. Introducción

Desde la aprobación de la Ley 18.387, nuestra jurisprudencia ha sostenido una interpretación restrictiva respecto de la participación del acreedor denunciante en el incidente de calificación, consistente en negarle su condición de parte, limitando su participación a la mera denuncia de hechos relevantes.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el rol del acreedor en el marco del incidente de calificación del proceso concursal a la luz de los principios *pro actione* y al control de convencionalidad. Asimismo, habrá de considerarse el impacto de la derogación introducida a los arts. 198 inciso final y 199 de la Ley 18.387, por el art. 652 de la Ley 19.355.

Buscaremos demostrar que el acreedor denunciante de hechos relevantes para la calificación culpable del concurso, reviste el carácter de parte en el incidente de calificación y, en tal calidad, posee todas las facultades, cargas y derechos procesales para alegar hechos relativos a la calificación, ofrecer y producir prueba al respecto, oponerse a la calificación del concurso propuesta por la Sindicatura o Intervención y, eventualmente impugnar o deducir oposición respecto de la decisión judicial de calificación.

2. El incidente de calificación previsto en la ley 18.387

En los artículos 196 y siguientes de la Ley 18.387 se regula el incidente de calificación del concurso, previéndose en el artículo 197:

(Comparecencia de los interesados).- Dentro de los quince días siguientes a contar desde la publicación en el Diario Oficial de la resolución judicial que ordene la formación del incidente de calificación, cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo podrá comparecer ante el Juez del concurso, denunciando los hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 199 de la referida Ley, establece:

(Tramitación del incidente de calificación).- Si el informe del síndico o del interventor y el dictamen del Ministerio Público coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones.

En otro caso, emplazará al deudor y a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o ser declaradas cómplices, a fin de que, en el plazo de diez días, aleguen cuanto convenga a su derecho (énfasis agregado).

Cabe señalar que por norma legal posterior se eliminó la intervención del Ministerio Público (artículo 652 de la Ley 19.355), con implicancias sobre el alcance de lo establecido por los arts. 198 inc. final y 199 de la Ley Concursal.

Finalmente, el artículo 200 de la referida Ley, señala:

(Oposición a la calificación): Si el deudor o alguno de los comparecientes formulase oposición, el Juez la sustanciará por el procedimiento de los incidentes. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán conjuntamente en el mismo procedimiento.

En caso de que ni el deudor ni los demás comparecientes formularan oposición, el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días (énfasis agregado).

Considerando el marco normativo precedente, cabe preguntarse cuáles son los derechos y facultades del acreedor que considera que existen elementos que determinan la calificación del concurso como culpable, independientemente de que la Sindicatura o Intervención sostenga la calificación de fortuito.

3. La calidad de parte del acreedor denunciante y la aplicación del principio *pro actione*

Desde un correcto análisis jurídico procesal de la cuestión, es evidente que carece de sentido que se le permita al acreedor -o a cualquier sujeto con interés en la cuestión- alegar hechos fundantes de la calificación culpable, pero no probarlos, ni tener el esencial derecho de defensa y contradicción. Ello conduciría al absurdo de que el acreedor compareciente en el incidente de calificación se limite a una mera comparecencia sin mayores consecuencias procesales y sustantivas.

En segundo lugar, considerando el interés o finalidad última del acreedor en el proceso concursal -esto es la legítima satisfacción de su crédito-, y atendiendo al objeto del proceso de calificación, resulta obvio que la alegación de hechos solo tiene sentido si se le confiere al acreedor concursal la calidad de parte en la calificación, con los derechos que de ello derivan.

Coadyuva con este enfoque, que la Ley 18.387 establece en su artículo 253 una remisión al Código General del Proceso (CGP) en carácter supletorio, estableciendo que: “En lo no previsto por la presente ley para la tramitación procesal del concurso de acreedores se estará a lo establecido por el Código General del Proceso” (énfasis agregado).

Pues bien, de acuerdo al artículo 31 del CGP: “Son **partes** en el proceso, el demandante, el demandado y los **terceros** en los casos previstos por este Código” (énfasis agregado).

COUTURE, en su Vocabulario Jurídico ha definido a la parte como: “Atributo o condición del actor, demandado o **tercero interviniente**, que comparecen ante los órganos de la jurisdicción en materia contenciosa, requiriendo una sentencia favorable a su pretensión” (énfasis agregado) (Couture, 1988, pp. 443 y 560).

Por otra parte, define el concepto de tercero como:

La condición jurídica de quien, sin ser actor ni demandado, se constituye como parte en un proceso ya incoado, **pretendiendo una sentencia favorable a su interés, ya sea coincidente con la pretensión de uno de los litigantes o excluyente de ella (énfasis agregado).**

Por su parte, BARRIOS analizando el concepto de sujeto del proceso, expresa que:

Sujeto del proceso es toda persona que, implicada (aunque no sea mas que accidentalmente) en su objeto, produce los actos o recibe los efectos de dicho proceso.

Con esta fórmula pretendemos cubrir la totalidad de las especies contempladas por la ley; sin descartar, desde luego, el hecho de que la producción de actos comporta, normalmente, ser alcanzado por los efectos.

Pero abarcando el caso de los que no producen actos -testigo o parte incompareciente, tercero alcanzado por la cosa juzgada, etc- .

De acuerdo con la ley genética, cada uno de estos sujetos (material y biológicamente necesarios) es determinado, en su existencia como agente o paciente del proceso, por los datos del objeto, en sus diversas variantes (**énfasis agregado**) (Barrios de Ángelis, 1989, p. 61).

Pues bien, no caben dudas que el acreedor denunciante de hechos relevantes en el incidente de calificación recibe en definitiva los efectos de dicho proceso. Por ejemplo, si obtiene una condena a la cobertura del déficit patrimonial derivada de la declaración culpable del concurso.

En este sentido, el interés directo que presenta el acreedor denunciante de hechos, en el resultado del incidente de calificación, resulta incuestionable y habilita su ingreso en razón de ser cotitular en alguna medida del derecho discutido en el proceso, por lo cual se ve alcanzado por los efectos directos de la sentencia de calificación a recaer (Vescovi, 1993, p. 144).

Landoni, citando a Viera, señala:

En la doctrina nacional Viera distingue las diversas situaciones en que se hallan los terceros frente a un determinado proceso, formulando la siguiente clasificación: a) terceros absolutamente indiferentes a la relación jurídico – material deducida en el proceso por las partes; b) terceros a los que el contenido de la sentencia pronunciada entre las partes, puede ocasionarles un perjuicio, no jurídico, sino de hecho; c) terceros titulares de una relación jurídico material dependiente de la que se deduce en el proceso; d) **terceros cotitulares de la relación jurídico material deducida en el proceso, de tal modo que la sentencia a dictarse en el proceso los afecta directamente**; e) terceros titulares de una relación jurídico-material, incompatible con la deducida en el proceso por las partes.

En los casos de los literales a y b, esos terceros carecen de legitimación para actuar en el proceso. En el caso del literal c, el tercero reúne los requisitos para intervenir en el proceso, pero su interés es dependiente del de una de las partes con la cual se le permite colaborar (tercero coadyuvante). **En el supuesto del literal d, por la intensidad de la conexión con el objeto debatido, el tercero tiene un interés propio en dicho proceso, que se identifica con el interés de una de las partes, habilitando su intervención litisconsorcial. Por último, el literal e refiere al tercero que interviene en defensa de su interés propio y exclusivo, opuesto al del actor y al demandado (excluyente) que permite la intervención excluyente (por ejemplo: tercería de dominio: art. 335.2)**

...El interés del tercero que legitima su actuación no es cualquier interés en la victoria de una de las partes, sino que, como enseña Carnelutti, **se requiere un interés jurídicamente tutelado, en cuanto su satisfacción pueda depender de la decisión de la litis en un sentido más bien que en otro** (énfasis agregado) (Landoni, 2002, pp. 129-130).

Ahora bien, las especiales características con las que se ha diseñado por el legislador el incidente de calificación, hacen que hasta la presentación del informe de la Sindicatura o del Inteventor, no sea posible determinar si el acreedor denunciante de hechos relevantes para concluir en la culpabilidad del concurso, se encontrará en la misma línea que el informe de la Sindicatura (o Interventor) o, por el contrario, tendrán posiciones antagónicas.

En efecto, el artículo 197 de la Ley Concursal preve la comparecencia en el plazo de quince días siguientes a contar desde la publicación de la resolución judicial que ordena la formación del incidente de calificación, de cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo a los efectos de denunciar hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable.

Transcurrido dicho plazo, el Síndico o el Interventor, cuenta con plazo de quince días para presentar al Juez del concurso un informe documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de acreedores, con propuesta de resolución (art. 198).

Por lo cual, hasta ese momento no resulta posible determinar si las pretensiones del acreedor denunciante y del Síndico o Interventor, serán o no contrapuestas.

Sin embargo, como señala Landoni (2002),

...debe concluirse que el tercero litisconsorcial **asume la calidad de parte autónoma, porque participa de la relación sustancial debatida en el proceso, de la que es cotitular.** No basa su intervención en un interés subordinado al de la parte a que adhiere, sino que su interés refiere de modo directo a la relación sustancial debatida. Como afirma Teitelbaum, **la intervención litisconsorcial es autónoma o principal, porque el tercero “no tiene un simple derecho dependiente del principal, sino que está en la misma relación”**

El autor – en opinión que compartimos – señala que el codeudor solidario que sale al pleito en defensa del deudor demandado constituye una verdadera parte, que si bien coadyuva al demandado, persiguiendo el mismo objeto, **puede tener una posición diversa de aquel.**

En esta hipótesis, **el tercero que comparece goza del mismo tratamiento que las partes, y puede deducir defensas y aportar pruebas que estime pertinentes** en cualquier estado de la causa, con el límite que señala el art. 50, CGP (énfasis agregado) (pp. 131-132).

Pues bien, considerando las particulares características del incidente de calificación, resulta posible concluir:

- a) Que el acreedor denunciante de hechos relevantes atinentes a la calificación del concurso como culpable, tiene interés directo y propio en la cuestión debatida en el incidente de calificación, siendo ese interés jurídicamente tutelado (esto es la satisfacción de su crédito).
- b) Que tal interés no es dependiente ni subordinado al interés del Síndico o Interventor ni del concursado o personas a quienes la calificación pueda afectar (sino que en el caso de estos últimos es altamente probable que tenga intereses contrapuestos).

- c) Que las especiales características del diseño procesal del incidente de calificación de la Ley 18.387 no permiten determinar, hasta la presentación del informe previsto en el artículo 198, si el acreedor denunciante tendrá o no un interés contrapuesto al del Síndico o Interventor.
- d) Que lo anteriormente expuesto le permite actuar en el proceso en calidad de parte autónoma y en igualdad de condiciones.

Sin perjuicio de esta interpretación, consideramos que a iguales conclusiones conllevan tanto el criterio interpretativo *pro actione* como aquel según el cual, entre dos soluciones interpretativas posibles, debe optarse por aquella que se ajuste a los estándares constitucionales y convencionales (control de convencionalidad) a los que deben ajustarse los tribunales.

En cualquier caso, la cuestión debe ser resuelta a la luz del principio *pro actione*, conforme con el cual, en situaciones dudosas debe priorizarse la solución que permite la participación del sujeto en el proceso, con todas las garantías que implica el verdadero acceso a la justicia.

Al respecto, ha señalado Delpiazzi (2015) que *pro actione* es el principio:

en virtud del cual el Tribunal puede y debe procurar el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones, **evitando que meros formalismos o interpretaciones no razonables de las normas procesales impidan el enjuiciamiento de fondo del asunto planteado** (énfasis agregado) (p. 41).

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno ha señalado:

El principio *pro actione* determina que corresponda sustanciar la pretensión y eventualmente resolver por sentencia definitiva sobre todos los supuestos de procedencia, **luego de brindar a las partes la posibilidad de ilustración**, eventual solución del conflicto por sí mismas **y en todo caso, de mayor ilustración a la hora de decidir sobre el éxito o fracaso de la pretensión** (énfasis agregado).

En igual sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno han indicado:

En casos como el de autos **se encuentra en juego el derecho humano esencial de acceso a la Justicia** de los habitantes de la República (arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República, arts. 1,8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley N° 15.737, artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos Ley N° 13.751 entre otros) **(Sentencia 179/07)**.

Ello impone una interpretación de las diversas situaciones procesales, prudente y acorde con su finalidad.

Así sostiene el Dr. MARABOTTO **“Las normas restrictivas deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales. Solo una inteligencia razonable y conforme a ese principio fundamental debe ser postulada y admitida”**.

Continúa el autor citando a Jesús González Pérez: **“El principio *pro actione* adquiere especial relieve al interpretar la normativa de los requisitos procesales, por lo que, en**

consecuencia se lesiona el derecho a la tutela judicial si no se apura la interpretación más favorable a la admisibilidad” (Un derecho humano esencial: el acceso a la Justicia, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pág. 299) (énfasis agregado) (Sentencia Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° T. Nro. 363/2008).

En la misma línea, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno, entendió que *el principio pro actione*: “Debe leerse en el sentido de que si la hipótesis no es clara o no está prevista especialmente **debe preferirse la interpretación que mejor garantice el acceso a la justicia y sus derivaciones al debido proceso”** (énfasis agregado) (Sentencia Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° T. Nro. 249/2021).

A su vez, Minvielle, en discordia extendida en Sentencia 324/2021 de la Suprema Corte Justicia de fecha 14 de setiembre de 2021, aceptó un excepcionamiento de inconstitucionalidad en función de entender que el mismo debía examinarse “*a la luz del principio pro actione, descartando el detalle o minucia excesivamente formalista, por sobre la real voluntad defensiva del interesado*” (Sentencia Suprema Corte de Justicia Nro. 324/2021).

Por su parte, Meilán Gil y García Pérez (2013), han señalado en relación con la aplicación de este principio en España por el Tribunal Constitucional:

En la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional ha ampliado el alcance del principio “pro actione” que la jurisprudencia había ido perfilando en la aplicación de la ley de 1956. En ese sentido ha declarado que:

...los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso... (STC 112/2004, de 12 de Julio).

El TC [Tribunal Constitucional] ha reiterado que, si bien las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, “no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución” (STC 19/1983), pues los requisitos de forma no son valores autónomos que tengan sustantividad propia “sino que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima” (STC 41/1986) (énfasis agregado) (pp. 427-428).

Cabe agregar que, teniendo en cuenta el carácter supletorio que se asigna al CGP por el artículo 253 de la Ley 18.387, ha de tenerse en consideración que el artículo 14 del CGP establece:

Para interpretar una norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que **el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda, se deberá recurrir a las normas procesales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo** (énfasis agregado).

Landoni (2002) citando a Couture, ha señalado:

el fenómeno interpretativo consiste en desentrañar la medida de eficacia actual de la norma, la cual prorroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro. La interpretación de la norma debe ser razonable, aportando cierta flexibilidad en las soluciones, no debe limitarse al rigor de las palabras contenidas en la disposición sino que deberá examinarse el contexto, ya que debe mantenerse la coherencia de todo el sistema jurídico, teniendo presente la época en que la norma debe ser aplicada, y en definitiva, preferir aquellas conclusiones que mejor se compadezcan con la efectividad de los derechos sustanciales, para lo cual el artículo en examen brinda una amplia gama de posibilidades (énfasis agregado) (p. 33).

Por su parte, **el artículo 11 del CGP, consagra el derecho de cualquier persona a acudir ante los tribunales, a plantear su problema jurídico concreto y oponerse a la solución reclamada**, ejerciendo todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, y en contrapartida el tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

Comentando esta norma, ha señalado Landoni (2002):

Este derecho al proceso está consagrado por nuestra Constitución y es recibido en nuestro ordenamiento con la ratificación por el art. 15 de la ley 15.737, del 8 de marzo de 1985, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (**Pacto de San José de Costa Rica**). Ésta *última*, en su art. 8, prescribe el derecho de todo sujeto a comparecer reclamando ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, la tutela jurisdiccional del Estado y constituye en *último* análisis el derecho de acción. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye, entre otros, la libertad de acceso a los tribunales, **el derecho a obtener una decisión justa alcanzada en un proceso con las garantías debidas**, el derecho a reclamar el cumplimiento forzado del fallo, el derecho a un proceso público y sin dilaciones...En esta norma se encuentran enunciadas las situaciones jurídicas de los tres sujetos principales: la acción (**“derecho de acudir a los tribunales, a plantear...”**), la excepción (**“derecho a ... oponerse a la solución reclamada”**) y la jurisdicción (**“el deber de proveer sobre sus peticiones”**)...Los numerales 11.2 y 11.3 regulan los requisitos o condiciones de la acción. La norma menciona solo dos de las condiciones que la doctrina exige para el ejercicio de la acción: el interés y la legitimación en la causa, sin mencionar la **“posibilidad jurídica”**. No obstante, esta condición puede inferirse de otras disposiciones, como las que se refieren a la improponibilidad manifiesta de la demanda (arts. 24, num 1 y 119.2) (énfasis agregado) (pp. 20-21).

93

Sobre el derecho al acceso a la justicia, señala Delpiazzo que entre los atributos que se desprenden del contenido del derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al acceso a la justicia, caracterizado como el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, es el presupuesto de los demás. **En este sentido, señala que si este derecho se limita en forma injustificada o es negado, no hay posibilidad de hablar de efectividad de la tutela, sino de una absoluta denegación de justicia.** (Delpiazzo, 2009, p. 39).

Así, el citado autor señala:

En tal sentido se ha dicho que “el derecho de acción, que abre la posibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional, es un derecho subjetivo público que constituye uno de los derechos humanos, desde el momento que, por medio de ella, toda persona puede lograr que el Estado dé satisfacción a la pretensión, *de cualquier naturaleza*, que haga valer. Por ello, es un derecho que se califica de jus cogens...”

Por ende, la determinación del alcance de este derecho al acceso a la justicia exige una labor de ponderación de los jueces y tribunales, dado que los requisitos procesales referidos solo serán constitucionalmente válidos cuando estén dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarden adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida.

En el marco de dicha labor judicial, el Juez tendrá que valorar la situación de conformidad con las proyecciones lógicas del derecho al acceso a la justicia, las cuales determinarán en definitiva, el comportamiento debido a seguir (**énfasis agregado**). (Delpiazzo, 2009, pp. 39-41).

La doctrina citada a modo de ejemplo -los autores que trabajan en la misma línea son prácticamente la unanimidad de los juristas nacionales e internacionales en la materia- pone el acento en cómo interpretar -y eventualmente integrar los vacíos- las normas procesales.

La interpretación restrictiva que postula que el acreedor solo puede alegar hechos vinculados a la calificación del concurso como culpable, pero no puede ni probarlos, ni controlar la producción probatoria, ni cuestionar el informe contrario de la Sindicatura o Intervención, ni impugnar las decisiones judiciales, conlleva una grave infracción del derecho humano esencial de acceso a justicia y es contrario al diseño constitucional del debido proceso.

Por ende, debe descartarse tal interpretación restrictiva, prefiriendo aquella que, por ser *pro actione*, permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa, conforme a la Constitución (evitando así la inconstitucionalidad de la norma) y a las normas internacionales, en el marco del control de convencionalidad que debe hacer el tribunal (evitando así la inconvencionalidad de la norma).

4. Derechos y facultades del acreedor denunciante de hechos eventualmente configurativos de la culpabilidad del concurso

En definitiva, **la manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, determinan la razonable posibilidad de que la parte sea escuchada, con oportunidad de esgrimir su derecho y pruebas ante el tribunal y que este analice y valore las mismas, lo que implica el derecho a ser oído respecto de sus razones y medios de defensa en forma previa al dictado de la resolución, y eventual impugnación de la misma.**

De esta manera, la doctrina ha señalado que entre las proyecciones del derecho al debido proceso, se encuentran, entre otros:

- El **derecho a ser oído, esto es, a exponer sus razones y medios de defensa antes del dictado de la sentencia**, lo que presupone la publicidad de las actuaciones respecto de las partes intervinientes, que se concreta en el derecho a acceder al proceso público todas las veces que se estime necesario.
- El **derecho a ofrecer y producir pruebas y a controlar la producción de la prueba propia y la que pueda sustanciar la contraparte o el tribunal de oficio.**
- El **derecho a la efectiva contradicción procesal o debate argumental entre las partes, con plenas posibilidades de defensa y de prueba, sin que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre cuestiones o materias sobre las que no haya existido la necesaria contradicción.**
- El **derecho a una decisión fundada, que tome en cuenta y aprecie en su justo valor los argumentos aducidos y los hechos probados.** (Delpiazzo, 2009, p. 44).

Por lo expuesto, resulta jurídicamente improcedente, en el marco de nuestras normas constitucionales, convencionales y legales, admitir al acreedor la participación en calidad de denunciante de hechos relevantes para la calificación del concurso, con la única prerrogativa de denunciar tales hechos, sin siquiera considerar ni diligenciar la prueba que ofrece como sustento. Tal circunstancia implica claramente una denegatoria de justicia que posiciona al acreedor en una situación de total indefensión y que, en definitiva, torna su comparecencia en el proceso en un acto vacío de contenido y eficacia.

En este sentido, como ya lo analizamos, no caben dudas que el acreedor compareciente en el concurso, reviste la calidad de parte, en tanto tercero que ostenta un interés legítimo con la consecuente legitimación procesal y causal.

Así lo ha expresado López Rodríguez (2015):

Por otra parte, consideramos que **la comparecencia de los acreedores no puede reducirse a la mera denuncia de hechos relevantes para la calificación culpable, sino que debe reconocerse que en mérito a esos hechos, disponen de la facultad de proponer la calificación, así como las condenas que correspondan a Derecho y, especialmente, la condena a la cobertura del déficit concursal. Si, como lo reconoce la doctrina, la finalidad esencial del concurso es, en la medida de lo posible, la de satisfacer el derecho de crédito de los acreedores, al juez le ha de bastar con la propuesta de calificación culpable y condena realizada por cualquier acreedor o persona que pruebe tener un interés legítimo. Una interpretación contraria sería limitativa del derecho de los acreedores a una efectiva tutela jurisdiccional, fundada en disposiciones expresas que han sido establecidas por razones de interés general (art. 7 Constitución). Entendemos que **corresponde una interpretación amplia que reconozca legitimación autónoma a los acreedores u otros interesados comparecientes, a pesar de no existir una norma que expresamente así lo disponga, en virtud del principio hermenéutico *pro actione* (énfasis agregado) (p. 557)****

El tema en análisis resulta de tanta trascendencia, no solo en Uruguay, sino en general en el Derecho Comparado, que en España, al suscitarse dudas similares, se optó por modificar la ley para dar certeza jurídica, consagrando expresamente la calidad de parte al acreedor en el incidente de calificación -con los derechos y facultades derivadas de ella-; única interpretación razonable en el marco de las normas y principios esenciales del debido proceso, lo cual fue admitido a nivel jurisprudencial¹.

En este sentido, respecto de la legislación española – fuente de nuestra Ley – ha señalado López Rodríguez (2013):

En el art. 169 de la Ley Concursal española n° 22 de 9 de julio de 2003 (LCE) mantenía un régimen muy similar al nacional, hasta que el Real Decreto Ley (RDL) n° 3 de 27 de marzo de 2009 **le atribuyó la calidad de parte a cualquier acreedor o persona que, acreditando un interés legítimo, se personase en el incidente de calificación** dentro de los diez días siguientes a la última publicación de la resolución judicial de aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación. Como, a pesar de la atribución referida, **se mantenían las dudas respecto a si dichas personas mantenían legitimación para pretender la condena a la responsabilidad por el déficit concursal**, la Ley n° 38 de 10 de octubre de 2011 vuelve a modificar el art. 169² de la LCE, manteniendo la referencia a **que quien se personase en el incidente tendrá la calidad de parte**, incorpora al art. 170.1 la previsión de que se le deberá dar vista a los comparecientes del informe de calificación que presente la administración concursal y del dictamen que emita el Ministerio Fiscal (MF)... En la actual redacción de ese artículo, dada ´por la Ley n° 38 de 3 de noviembre de 2011, se expresa que “cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”. Luego, el art. 170.1 de la LCE se mantiene tal cual estaba, pero en el apartado 3 se prevé que se le dará vista del contenido de la sección a quienes hubieren comparecido, a los efectos de que aleguen cuanto convenga a su derecho.

Con la actual redacción del apartado 3 del art. 170 es evidente que a los acreedores o a cualquier otra persona que acredite un interés legítimo y se haya personado en autos, se les dará vista del informe de la administración concursal y del dictamen del MF. Puesto que el apartado 3 referido les habilita expresamente a alegar cuanto convenga a su derecho y el art. 168.1 **les reconoce la condición de parte, corresponde al derecho de tal condición el solicitar al juez una sentencia de calificación culpable, proponer**

1 En la jurisprudencia española, pueden encontrarse resoluciones que sostienen la tesis mencionada.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1ª de Pontevedra, de fecha 4 de octubre de 2020, entendió que habiendo coincidencia entre la Administración concursal y el Ministerio Fiscal, correspondía el archivo de las actuaciones. Pero que igualmente se admitía la atribución de calidad de parte establecida por la norma, la cual otorgaba a los acreedores y terceros interesados la posibilidad de interponer recursos, dentro de la delimitación del objeto del incidente realizado por quienes ejercen pretensión de calificación, esto es la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

Por otra parte, la sentencia del juzgado en lo Mercantil de Alicante de fecha 11 de marzo de 2011, consideró que resulta claro el deseo del legislador de otorgar la condición de parte a los acreedores y cualquier otro interesado que manifieste interés legítimo, por lo cual su actuación ya no se limita a realizar alegaciones sobre la culpabilidad, sino que la calidad de parte les permite asumir derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso. Por lo cual, al no distinguir la ley, debe entenderse en pie de igualdad con los demás legitimados y por ende con facultades para formular pretensiones (López Rodríguez, 2013, p. 540).

2 Ley 38/2011 del 11/10/2011: “Artículo 168. Personación y condición de parte.

1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la reapertura de la sección de calificación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”.

cuales personas debieran quedar afectadas por la calificación o serles atribuida complicidad e, incluso, peticionar un determinado contenido condenatorio, que podrá incluir naturalmente, la condena, a la cobertura del déficit concursal. Siendo parte, el acreedor o la persona interesada, puede también recurrir la sentencia de calificación (énfasis agregado) (pp. 539 y 541).

En definitiva, la interpretación que niega la calidad de parte a los acreedores en el marco del incidente de calificación, debe descartarse aun cuando no exista en Uruguay una norma del tenor de la reforma española. Como ocurrió en ese país aún antes de la reforma, es posible interpretar -aún a falta de norma expresa- que el acreedor tiene calidad de parte en el incidente de calificación, con los derechos y facultades que de la misma derivan, por ser esta solución la que se ajusta a los principios de interpretación constitucionales, legales y convencionales, en el marco del principio *pro actione*.

En conclusión, el acreedor denunciante de hechos relevantes ostenta un interés directo y legítimo en la tramitación del proceso y recibe los efectos del resultado del mismo, revistiendo incuestionablemente la calidad de parte.

En tal calidad se encuentra habilitado no solo a comparecer en el plazo estipulado a denunciar los hechos relevantes, sino también a ofrecer la prueba que sustente los mismos, debiendo la misma ser diligenciada en forma previa al dictado de la resolución que califica al concurso.

Asimismo, tiene derecho a controlar el diligenciamiento de la prueba que se ofrece en el trámite del incidente y a impugnar las conclusiones a las que arribe el Síndico o Interventor en caso de que sean contrarias a su interés.

5. Los argumentos de la jurisprudencia restrictiva y su crítica a la luz de los principios constitucionales. La nueva tendencia jurisprudencial nacional que ya se vislumbra.

No puede soslayarse que nuestra jurisprudencia en varios casos ha concluido que el acreedor que comparece al amparo del artículo 197 de la Ley 18.387 no reviste la calidad de parte. Así, por ejemplo, lo resolvió mediante resolución 3595/2019, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2° Turno, reiterándolo en Decreto 354/2020 de fecha 17 de febrero de 2020, señalando:

la falta de legitimación de los comparecientes por imperio legal, no violándose los principios del debido proceso, ni el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva, todos los que fueron ejercidos al presentarse al amparo de lo establecido por el artículo 197 de la Ley Concursal, la que también prevé como ya se señalara el trámite correspondiente en su artículo 199 entre las partes que en el mismo se establece (Resolución Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2° T. Nro. 3595/2019).

Por su parte, en línea similar, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concurso de 1º Turno, mediante Resolución 1274/2020 de fecha 14 de julio de 2020, en un caso donde no se admitió la participación de la Comisión de Acreedores en el incidente de calificación, sostuvo:

aunque se comprobara la Constitución en forma de una Comisión de Acreedores, la sede no hará lugar a la prueba pretendida...

Los acreedores... pueden denunciar hechos relevantes para calificar el concurso como culpable.

Luego el síndico o el interventor y en conocimiento de los hechos denunciados en caso de existir, elabora su informe. Si en éste, propone como resolución la calificación de culpable, se emplaza al deudor y a las personas que pudieran ser afectadas por la calificación o declarados cómplices, quienes serán los legitimados a oponerse al informe.

Claramente la ley no considera a los acreedores parte en el Incidente, su función se restringe, en la etapa pertinente a "denunciar hechos relevantes" y no poseen legitimación activa en el mismo. Del mismo modo, tampoco prevé que la Comisión de Acreedores se constituya en parte y las funciones establecidas en la ley de "controlar el desarrollo de los procedimientos y colaborar en la búsqueda de soluciones de insolvencia del deudor" no implica, *más allá de la denuncia de hechos relevantes, el derecho de constituirse en parte y pretender el diligenciamiento de prueba.*

Su cometido de controlar los procedimientos, implica que examine, analice y compruebe que los procedimientos establecidos en la ley y cumplidos en el expediente principal y sus incidentes, se realicen conforme a derecho. La Comisión de Acreedores está legitimada a comparecer, pero en la forma en que la ley lo determina, y es en el período de denuncia de hechos relevantes, no puede imponerse como parte del incidente, porque la ley no le dio esa legitimación (indisponibilidad de las normas procesales, art. 16 CGP) y no siendo parte del Incidente de oposición a la calificación, no corresponde se diligencie la prueba pretendida por los acreedores o por la Comisión de Acreedores en caso que se constate su constitución en forma válida (Resolución Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º T. Nro. 1274/2020).

Obsérvese que en estos fallos -que no tenemos el honor de compartir- no se explica cómo se cumple con los postulados del debido proceso ni qué sentido tiene permitir al acreedor alegar hechos que no se le permite probar.

Nos preguntamos: ¿cómo puede el acreedor cumplir con la tarea de controlar que los procedimientos se realicen conforme a derecho que el tribunal señala en el caso precitado, si carece de posibilidades de ofrecer prueba, producir la misma, contradecir, impugnar, etc.? Tal interpretación vulnera los más esenciales postulados del debido proceso y del acceso a justicia.

El último caso jurisprudencial citado, resulta especialmente interesante porque posteriormente a la resolución, comparecieron varios acreedores, a los efectos de deducir tercería coadyuvante.

En el caso referido, la titular de la Sede, Dra. Susana Moll, admitió la tercería coadyuvante, señalando:

El artículo 48.1 del CGP regula la intervención coadyuvante de terceros que tienen una relación sustancial con una de las partes y que pueden afectarse desfavorablemente si

la misma es vencida, pero a quien no se extienden los efectos jurídicos de la sentencia. Es la llamada tercería coadyuvante simple, se defiende un interés propio en un conflicto ajeno, con quien coadyuva.

Las partes en este proceso incidental de calificación se encuentran clara y debidamente identificados (art. 199 y 200 LC): la sindicatura, el deudor y los afectados por la calificación del concurso.

Los comparecientes son acreedores verificados en el concurso, que pretenden intervenir voluntariamente en el proceso de calificación, por lo que corresponde determinar si se hallan legitimados, lo que significa, lisa y llanamente, establecer si ostentan un interés jurídicamente tutelado (directo, personal y legítimo).

El interés tutelado, no es el mero interés de hecho en el objeto del proceso, sino directo, propio y legítimo, en conservar y obtener una situación determinada mediante los procedimientos jurídicamente establecidos para ello. **Resulta claro, a juicio de la suscrita, que un resultado desfavorable a la calificación pretendida por la sindicatura impacta desfavorablemente a sus expectativas de recupero dentro del concurso y por ende, influye en forma directa y personal a los acreedores, por lo que la suscrita entiende que pueden válidamente plantear su participación en este incidente como terceros coadyuvantes.**

Lo que la sede no admitirá es su participación como terceros coadyuvantes litisconsorciales, puesto que los mismos no están legitimados para demandar o ser demandados en este proceso, no son titulares de una determinada relación sustancial que podría verse afectada por la sentencia de calificación del concurso, la cual afecta directamente a la concursada y a los afectados por la calificación, pero claramente no a los acreedores, los cuales si pueden afectarse desfavorablemente si no se acoge la pretensión de la sindicatura, por lo que no corresponde admitir una tercería coadyuvante litisconsorcial, sino **una tercería coadyuvante simple.**

De conformidad con lo establecido en los arts. 55 y 334.2 del CGP el tercero coadyuvante tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y formará una sola parte con la coadyuvada (énfasis agregado) (Resolución Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º T. Nro. 686/2021).

Posteriormente, el nuevo titular de la Sede revocó la resolución precedente³, no admitiendo la tercería coadyuvante, lo cual fue objeto de interposición de recursos, por uno de los acreedores comparecientes.

Finalmente, -y esto es lo realmente novedoso y relevante- el TAC 7º mediante reciente Sentencia 6/2022 de fecha 2 de febrero de 2022, revocó el fallo precedente, admitiendo la tercería coadyuvante interpuesta, señalando:

IV) No obstante la opinabilidad de la temática en análisis, **el Tribunal se pronunciará por la tesis que considera más garantista de los derechos sustanciales de los interesados, en tanto no estamos en presencia de nomas prohibitivas que impidan la actuación de terceros en carácter coadyuvante con la Sindicatura, tal como se sostiene por el apelante, siendo de aplicación los principios generales en la materia y en particular lo establecido en el artículo 10 de la Constitución Nacional, 253 de la ley 18.387 y 48 del C.G.P.**

3 Resolución Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º T. Nro. 1296/2021: “Se comparte con la recurrente que el instituto de la tercería coadyuvante (art. 48.1 CGP) no resulta aplicable al incidente de calificación previsto en el Título IX de la Ley 18.387”.

En consecuencia, se admitirá la intervención del tercero apelante con carácter coadyuvante de la pretensión de la Sindicatura, **cuyo objeto es la solicitud de declaración del concurso del deudor como culpable, situación que habrá de dilucidarse en los obrados correspondientes conforme a derecho.**

Estima la Sala que sin perjuicio de la oportunidad prevista en el artículo 197 de la ley 18.387, para la comparecencia de terceros interesados, son de aplicación las normas generales de intervención de terceros reglada por el C.G.P., en materia de proceso concursal, en atención a la previsión contenida en el artículo 253 de la misma norma.

En consecuencia, corresponde revocar la recurrida respecto al apelante, considerando procedente la intervención coadyuvante del BANCO ITAÚ URUGUAY S.A., a los efectos requeridos en la comparecencia oportunamente efectuada en los obrados de calificación, con el alcance previsto en el artículo 48.1 del C.G.P., debiendo tomar el proceso en el estado en que se encuentre.

Como se indicara en la resolución revocada en primera instancia, cuyos fundamentos se comparten (fs. 29-31 de autos), estamos ante una comparecencia como tercería coadyuvante simple, **donde el tercero que ha demostrado su interés en el objeto de la pretensión que esgrime, está legitimado para defenderlo mediante la comparecencia que nos ocupa. Se trata de un acreedor que ha verificado su crédito en el concurso, por lo que ha demostrado su interés propio, directo y legítimo a conservar y obtener una situación determinada mediante los procedimientos jurídicamente establecidos para ello.**

Como también se señala en la providencia de fs. 30, **un resultado desfavorable a la calificación pretendida por la sindicatura impacta desfavorablemente a sus expectativas de recupero dentro del concurso y por ende, influye en forma directa y personal a los acreedores.**

Los comparecientes son acreedores verificados en el concurso, por lo que sí tienen relación sustancial con la sindicatura” (énfasis agregado) (Sentencia Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° T. Nro. 6/2022).

Sin lugar a dudas, **la correcta interpretación de la norma realizada por el TAC 7°, optando por la interpretación más garantista, es la que debe prevalecer.**

Resulta ineludible hacer referencia a los parámetros que ha tenido en cuenta el referido tribunal para arribar al fallo revocatorio:

- a. Ante una cuestión opinable, debe priorizarse la interpretación más garantista.
- b. Que no existe norma prohibitiva que impida la actuación del acreedor como tercero.
- c. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Concursos, debe aplicarse el régimen procesal supletorio previsto en el CGP conforme al art. 253 de la Ley de Concursos.
- d. Que el acreedor presenta un interés directo, personal y legítimo en el resultado del incidente de calificación.
- e. Que un resultado adverso, impacta desfavorablemente a sus expectativas de recupero dentro del concurso y por ende, influye en forma directa y personal a los acreedores.

Con este trascendente reciente fallo de segunda instancia del TAC 7º, se vislumbra un cambio fundamental en nuestra jurisprudencia, dejando atrás las resoluciones restrictivas analizadas.

Resulta evidente que el acreedor denunciante tiene interés en el resultado del incidente de calificación ya que de él puede depender la posibilidad de cobrar su crédito, por lo cual permitirle denunciar hechos, pero no permitirle ni probarlos ni controlar el proceso, se traduce en términos procesales en negarle actuación en tal proceso y situarlo en un injustificado plano de desigualdad con el deudor – interesado en obtener una calificación fortuita – y con el Síndico o Interventor – en aquellas situaciones en que presenta un interés contrapuesto.

Por su parte, el principio de igualdad en materia procesal, debe ser analizado en atención a las oportunidades conferidas a los sujetos de acuerdo a su interés objetivo. En este sentido, ha señalado nuestra Suprema Corte de Justicia: “En referencia al principio de igualdad en materia procesal, (se) **infringe muy gravemente el principio de igualdad, por cuanto la norma procesal confiere un trato diferencial a quienes deben ser tratados en una similar categoría: la de partes...**” (Sentencia Suprema Corte de Justicia Nro. 553/2016).

Desde esa óptica y como los sujetos procesales deben ser tratados de igual modo (sin perjuicio de las necesarias diferencias que derivan de su peculiar posición procesal), la disímil solución a la que arriban algunos jueces -ahora superada por el TAC 7º- en base a una interpretación restrictiva de las normas del incidente de calificación, colide con el tantas veces citado precepto constitucional que consagra el principio de la igualdad.

En definitiva, la interpretación de las normas procesales concursales que determina una solución en perjuicio del acreedor denunciante e interesado en el resultado del proceso (atento a las consecuencias del mismo en su patrimonio), resulta contraria a los preceptos constitucionales por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la igualdad.

La interpretación conforme a las normas constitucionales y convencionales no puede sino derivar en conferirle al acreedor que en el incidente de calificación denuncia y ofrece prueba sobre el carácter culpable del concurso, la calidad de parte (tercero) con todos los derechos derivados de tal calidad.

6. Cuando un acreedor denuncia el concurso como culpable y ofrece prueba de ello, el juez no queda obligado por la calificación fortuita del síndico o del interventor.

El artículo 199 de la Ley 18.387 establece que **si el informe del síndico o del interventor y el dictamen del Ministerio Público coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el Juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones.**

Sin embargo, posteriormente, el artículo 652 de la Ley 19.355 estableció:

Deróganse todas aquellas referencias a la intervención procesal del Ministerio Público y Fiscal, contenidas en disposiciones del Código Civil, del Código General del

Proceso, del Código de la Niñez y la Adolescencia, de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal (Decreto-Ley N° 15.365, de 30 de diciembre de 1982), de la Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985) y leyes especiales, en cuanto se opongan a lo dispuesto en los artículos 27 a 29 del Código General del Proceso, en la redacción dada por el artículo 649 de la presente ley (énfasis agregado).

Ello determinó que ya no interviene más el Ministerio Público en el incidente de calificación del concurso.

Esta es una cuestión de especial relevancia, porque el presupuesto legal que determinaba la eventual preceptividad para el juez de archivar las actuaciones declarando fortuito el concurso ha desaparecido: que coincidan la Sindicatura y el Ministerio Público.

Tal “coincidencia” ya no puede darse, porque el Ministerio Público ha dejado de intervenir, siendo por ende inaplicable la norma, debiendo acudir al principio general; esto es: que el dictamen de la Sindicatura, como ocurre con la alegación de todo representante o asesor de parte y como ocurre con todo informe de cualquier auxiliar del tribunal, no obliga al juez, que deberá resolver si el concurso es fortuito o culpable, atendiendo a la prueba obrante en el proceso.

No debe olvidarse que, como ya lo hemos señalado, el carácter de parte del acreedor que postula el carácter culpable del concurso, le habilita a realizar todas las actuaciones procesales tendientes a propiciar una calificación culpable, cuyo objetivo último es en definitiva lograr la satisfacción de su crédito.

Respecto de la participación del Ministerio Público en la tramitación del incidente de calificación cuando ella procedía (en forma previa a la Ley 19.355), señalaba López Rodríguez (2013):

El art. 200 prevé que el deudor o “alguno de los comparecientes” pueden formular oposiciones a la calificación. Si tenemos presente que el art. 197 facultó a acreedores e interesados a comparecer, en función de lo dispuesto por el art. 200 y aún cuando no hubiesen sido emplazados – teniendo en cuenta el principio pro actione ya invocado- pueden oponerse a la calificación.

Claro que, esta posibilidad se ve severamente limitada en cuando en el inc. 1 del art. 199 se establece que si el síndico o el interventor y el dictamen del MP coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez ordenará el archivo de las actuaciones sin más trámite. En este caso, resulta evidente que los acreedores e interesados no tienen siquiera una oportunidad procesal de manifestar su oposición. De modo que las chances de que acreedores e interesados puedan plantear oposición a la calificación, aun en una posición favorable a su legitimación, se limitan a los casos en que no hubiera coincidencia entre el síndico o el interventor y el MP en calificar al concurso como fortuito o en que ambos lo calificaran culpable (énfasis agregado). (pp. 542-543)

Obsérvese que las afirmaciones realizadas por el citado autor, partían de la premisa de que existía una participación del Ministerio Público que implicaba un contralor y otorgaba una garantía a los acreedores, en la medida que existía un dictaminante técnico,

público e independiente -la independencia técnica del Ministerio Público es indudable-, que se expedía sobre la calificación, **más allá del informe elaborado por el Síndico o Interventor.**

Una vez suprimida la intervención del Ministerio Público en el incidente de calificación, se suma un argumento coadyuvante con los demás analizados, pero definitivo, tanto para habilitar la actuación plena del acreedor denunciante (produciéndose la prueba por él ofrecida y permitiéndosele todos los actos de contralor propios del principio de contradicción y del debido proceso), como para sustentar que el informe de la Sindicatura o Intervención que solicita la declaración del concurso como fortuito no sea preceptivo para el Juez.

Sostener que el juez está inexorablemente sometido al dictamen de la Sindicatura que propone la calificación fortuita del concurso, implica darle a la Sindicatura naturaleza jurisdiccional y dejar sin garantía alguna a los acreedores denunciantes, y en definitiva a todos los acreedores en relación a la posibilidad de cobrar sus créditos, ya que no existiría ni control del juez actuante, ni existiría posibilidad de cuestionamiento alguno por los acreedores intervinientes respecto del informe de la Sindicatura o Intervención.

Ello transformaría el proceso de calificación en una formalidad vacía, alejada totalmente del concepto de proceso y de la idea de jurisdicción y, por ende, contraria al modelo constitucional y convencional de debido proceso.

Un juez que queda sometido al dictamen de un sujeto privado, cuando ya no existe intervención del Ministerio Público, y más aun cuando acreedores han alegado y ofrecido prueba de la culpabilidad del concurso, resulta inadmisibile.

La Sindicatura debe ser un auxiliar del trabajo del juez, pero la Sindicatura no ejerce jurisdicción, pudiendo siempre el tribunal apartarse de su dictamen y resolver las pretensiones planteadas en sentido distinto (en el caso: el pedido de declaración de culpabilidad del concurso formulado por acreedores).

Debe tenerse presente que nuestra doctrina ha sostenido, en forma previa a la derogación de la intervención del Ministerio Público dispuesta por el artículo 652 de la Ley 19.355, que la hipótesis que habilitaba a deducir oposición a la calificación era cuando el Síndico o el Ministerio Público consideraban que la calificación debía ser culpable.

En efecto, señalaban Chalar y Mantero (2010) en relación al artículo 199 de la Ley 18.387:

Esta norma nos merece varias reflexiones. ¿Qué sucede si, pese a que los comparecientes del art. 197 denunciaron la existencia de elementos de culpabilidad y presuntos implicados, el informe del Síndico o interventor o el dictamen del ministerio público no recogen estos elementos en su totalidad o no relevan la actuación de una o más personas denunciadas? Entendemos que los comparecientes se encuentran entre los habilitados a formular oposición en virtud del art. 200 (opción de la que carecerán, por otro lado, si el concurso es calificado como fortuito y se archivan las actuaciones). El artículo 200 dispone que “si el deudor o alguno de los comparecientes formulase oposición, el juez la sustanciará por el procedimiento de los incidentes. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán conjuntamente en el mismo procedimiento”. Se prevé también que “en caso de que ni el deudor ni los demás comparecientes formularan oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Para que se archiven las actuaciones, se requiere que tanto el síndico o interventor como el ministerio Público califiquen el concurso como fortuito; el juez no puede revertir tal calificación aun cuando existieran a su favor elementos para atribuir al concurso la de culpable. Por otro lado, basta con que cualquiera de los antes nombrados lo considere culpable para que el juez deba continuar el trámite, emplazando a los interesados” (énfasis agregado) (pp. 198-199).

Resulta evidente que a partir de la eliminación de la participación del Ministerio Público en el incidente de calificación, las afirmaciones realizadas por la doctrina en este sentido, han perdido virtualidad frente la nueva regulación.

En este sentido, señala Ettlin (2021):

La forma en que el Síndico o el Interventor entiende en su informe cómo debe calificarse el Concurso, ¿obliga al Juez?

Parece que sí, cuando el auxiliar entendió que el Concurso debe entenderse fortuito, por como habría quedado actualmente el texto del art. 199 inc. 1° (“Si el informe del síndico o del interventor... [se sacó la intervención del Ministerio Público] coincidiera[n] en calificar el Concurso como fortuito, el Juez, sin más trámite, ordenará el archivo de las actuaciones”, y del art. 199 inc. 2° (“En otro caso, emplazará...”)) al suprimirse la intervención del Ministerio Público por el art. 652 de la Ley No. 19.355.

Pero en realidad, el texto del art. 199 de la Ley No. 18.387 partía del presupuesto de que debía haber coincidencia entre el Ministerio Público y el Síndico o Interventor para que el Juez procediera conforme a su coincidencia. Recordemos que derogada la intervención del Ministerio Público por el art. 652 de la Ley No. 19.355, **ahora no se suscitara la situación de coincidencia que requería el art. 199 incs. 1° y 2° de la Ley No. 18.387; el verbo conjugado “coincidiera” con la derogación apuntada se desnaturaliza, y al desaparecer este presupuesto, podría ser discutible si la opinión del Síndico o Interventor en cuanto a cómo debería calificarse el Concurso debería vincular al Magistrado judicial. En todo caso, debería el Juez expresar o motivar por qué se apartaría del parecer del Síndico o Interventor y prefiere entenderlo como Culpable o Fortuito según el particular, porque impone una decisión fuera de la normalidad procesal y los Jueces siempre están motivados a fundamentar sus decisiones (énfasis agregado).**

Véase además que sostener que la mera solicitud de calificación del concurso como fortuito por parte del Síndico o Interventor, implica sin más trámite el archivo por el juez, sin posibilidad de realizar cuestionamientos, conduce al absurdo de que únicamente se permite la oposición en una situación que le es más ventajosa al acreedor (esto es cuando se ha solicitado la declaración culpable pero por ejemplo no se condena a la cobertura del déficit a algunos Administradores), pero no en el caso más grave de calificación fortuita.

Finalmente, no puede dejar de considerarse que el régimen concursal instaurado por la Ley 18.387 ha propiciado una participación activa de los acreedores, tendiente a lograr la satisfacción de su crédito, finalidad que debe ser tenida en cuenta en todas las

etapas del proceso concursal, las que implican otorgarle plenas prerrogativas procesales a tales efectos⁴.

La doctrina extranjera, analizando la hipótesis en la cual existe coincidencia entre el informe del Síndico o Interventor y el Ministerio Público, se ha planteado qué actividad puede desplegar el acreedor denunciante de hechos relevantes, atento a que -al igual que lo establece nuestra legislación-, se dispone en estos casos el archivo de las actuaciones.

Así, se ha señalado en España:

...la práctica judicial nos enseña que esta conclusión -archivo de las actuaciones - no es compartida por el conjunto de nuestros tribunales, quienes amparándose en la sentencia que comentamos estiman que la atribución de legitimación del acreedor personado y parte en la sección de calificación no debe limitarse a su posibilidad de recurrir la eventual sentencia que pudiera dictar el Juzgado de lo Mercantil supuesta la petición de culpabilidad por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, o uno de ellos, sino que impide la conclusión y archivo sin más trámite de la sección de calificación.

En definitiva, la cuestión que se ha planteado es la relativa a la legitimación de un acreedor para deducir pretensiones en la sección de calificación, y caso de admitirse esa posibilidad, la resolución que debe adoptarse cuando administración concursal y Ministerio Fiscal coinciden en contra del criterio de aquel, en que el concurso se califique como fortuito.

Ciertamente, el tenor literal del art. 170, apartado 1, de la Ley Concursal admite poca interpretación: cuando el informe de la administración concursal y el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones, mediante auto, que contra el que no cabrá recurso alguno⁵, como hemos indicado.

Ahora bien, la duda se suscita sobre si dicho precepto puede ser reinterpretado a la luz del artículo 168 de la Ley Concursal, que podría permitir que la persona apersonada y tenida por parte en la sección de calificación no se limitara a alegar por escrito cuanto considerara relevante para la calificación del concurso como culpable, sino también deducir pretensiones de condena en el seno de dicha sección. Con este razonamiento, el artículo 170, apartado 1, se referiría en exclusiva al caso en que en la sección no hubiera acreedores personados.

Veamos los motivos por los que algunos tribunales reconocen legitimación activa al acreedor personado para deducir pretensiones en la sección de calificación. Expuestos en síntesis son los siguientes:

4 Así, en primer lugar, le ha conferido legitimación para solicitar el concurso de su deudor, tenga o no su crédito vencido (art. 6 nral. 2).

Por otra parte, se le ha otorgado la potestad de presentar (o el Juez podrá solicitar) informes para la mejor instrucción del proceso a las asociaciones representativas de acreedores (art. 17) y a solicitar medidas cautelares tendientes a proteger la integridad del patrimonio del deudor (art. 18).

Asimismo, se le ha habilitado a ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores, integrantes del órgano de control interno y liquidadores, en hipótesis en que existe omisión por parte del Síndico o Interventor (art. 52), así como a promover la acción revocatoria a los efectos de reintegrar a la masa activa los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor en caso de no promoción por parte del Síndico (art. 85).

En definitiva, puede verse como la Ley ha dado participación activa a los acreedores con la finalidad de satisfacer su crédito.

5 Véase, que el tenor de nuestro artículo 199 de la Ley 18.837 presenta una variante en su redacción respecto de su fuente española, en el sentido de que no establece la prohibición de impugnar tal resolución. Y como hemos visto, la solución de que al calificarse el concurso como fortuito deban archivarse las actuaciones, no necesariamente veda la facultad de impugnar tal calificación.

a) Tras la reforma operada en el artículo 168 de la Ley Concursal, que modifica su rúbrica sustituyendo la anterior por la de “Personación y condición de parte”, subyace el deseo del legislador de otorgar la condición de parte a los acreedores personados en la sección, con el estatus inherente a la misma.

b) El acreedor personado no es ya un tercero interviniente en el proceso, limitado a hacer alegaciones previas sobre la culpabilidad del concurso, **sino una auténtica parte, considerada como sujeto jurídico que pretende una tutela jurisdiccional concreta y asume los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso.**

c) No supone obstáculo a esta tesis que el artículo 170, apartado 1, de la Ley Concursal no haya sido reformado, pues admitiría una exégesis del precepto que permitiría compatibilizarlo con el artículo 168 de la Ley Concursal, **en el sentido de que solo procedería el archivo de las actuaciones si no hubiera ningún acreedor personado que hubiera deducido pretensiones de condena y la administración concursal y el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito. Existiendo un personado que calificara el concurso como culpable, es cuando habría de seguirse el trámite del artículo 170, apartado 2, de la Ley Concursal.**

d) Esta interpretación permite dar sentido pleno al artículo 172, apartado 4, de la Ley Concursal, que **reconoce a quienes hayan sido parte en la sección de calificación interponer recurso de apelación contra la sentencia que se dicte, sin limitar en modo alguno esa posibilidad. Si los acreedores pueden recurrir, pues, una sentencia absolutoria, sin que lo hagan ni la administración concursal, ni el Ministerio Fiscal, pretendiendo la condena que alguno de éstos había deducido en la primera instancia, habrá de entenderse que también podrán hacerlo en la misma, cuando se produzca la personación, pues sería contradictorio negárselo en este momento y permitirlo más tarde” (énfasis agregado).** (Fernández Aguado, 2011-2012, pp. 172-174).

106



En definitiva, como puede apreciarse, los intérpretes han buscado siempre dotar de sentido razonable a las normas jurídicas, dándole el sentido constitucional y convencional a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva. Concluir algo distinto ya era ilógico con la intervención preceptiva del Ministerio Público coincidiendo con la Sindicatura, pero es absolutamente absurdo ahora que el Ministerio Público no interviene.

La correcta intelección de los artículos 199 y 200 de la Ley 18.387 a la luz de los criterios interpretativos reseñados precedentemente y de la eliminación introducida por la Ley 19.355 a la intervención del Ministerio Público, partiendo de la premisa demostrada de que el acreedor denunciante en el incidente de calificación reviste la calidad de parte, es aquella que resulta alineada con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y que otorga las garantías del debido proceso. Eso es:

1. Luego de la derogación introducida por la Ley 19.355, cualquier interpretación o aplicación del artículo 199 de la Ley 18.387 debe hacerse teniendo especial consideración a la eliminación de la intervención del Ministerio Público. Por lo tanto, no puede verificarse el presupuesto normativo de “coincidencia” o no entre el informe del Síndico o Interventor y el Ministerio Público. Ello, torna inaplicable la norma. Ya no existe un dictaminante técnico público e independiente que controle la calificación y pueda discrepar con la realizada por el Síndico o Interventor. Por ende, carece de sustento sostener que el juez queda obligado por el dictamen de

- la Sindicatura, faltando la coincidencia del Ministerio Público que ya no puede emitir su dictamen.
2. El artículo 199 de la Ley Concursal, ante la falta del Ministerio Público, sea que deje un vacío o que requiera una interpretación sistémica, debe leerse a la luz de los principios constitucionales y procesales. En ningún caso puede ello conducir a inhabilitar al Tribunal para que, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, analice si se dan los presupuestos para declarar fortuito el concurso y proceder al archivo de las actuaciones.
 3. Si el Tribunal se limitara a “acatar” sin mayor análisis lo establecido en el informe de la Sindicatura, se verificaría un desplazamiento de la función jurisdiccional hacia la Sindicatura o el Interventor, en clara contravención de nuestros preceptos constitucionales y de lo establecido en el artículo 51 de la Ley 15.750, que limita el ejercicio de la jurisdicción a los tribunales que allí se mencionan.
 4. Aun cuando la Sede disponga el archivo de las actuaciones, del tenor del artículo 199 no se deriva la imposibilidad de impugnar u oponerse a la calificación fortuita.
 5. Sin perjuicio de que todas las resoluciones recaídas en el proceso concursal son pasibles de impugnación salvo norma expresa, ha de verse que el acreedor denunciante de hechos relevantes se encuentra habilitado para deducir oposición al amparo del artículo 200 de la Ley 18.387. En efecto, el mencionado artículo establece que “*Si el deudor o alguno de los comparecientes formulase oposición*”, la misma se sustanciará por el procedimiento de los incidentes. Del tenor de la norma se desprende:
 - a) Que a los efectos de la oposición, el artículo 200 no distingue si la calificación del mismo fue culpable o fortuita, por lo cual no debe distinguir el intérprete, siendo la interpretación propuesta la única que garantiza la efectividad de los derechos sustanciales (art. 14 del CGP) en el marco de la intelección que corresponde darle al art. 199 ante la eliminación de la intervención del Ministerio Público.
 - b) Que el acreedor denunciante de hechos relevantes, se encuentra comprendido en el término “alguno de los comparecientes” del art. 200, ya que quienes pueden comparecer al incidente de calificación son los sujetos previstos en el artículo 197, entre los cuales está el acreedor (sujeto que puede ser afectado -nada menos que en la posibilidad de cobrar su crédito- por la calificación del concurso - art. 199-).
 6. Finalmente, como ha señalado Martínez Blanco (2018), “en el nuevo escenario concursal, los acreedores comparecen al contrario de lo que sucedía en la calificación de la vieja quiebra, que se sustanciaba sin la presencia de aquellos” (p. 441). Por lo cual, el hecho de haber variado tal solución habilitando su participación debe llevar a la interpretación que favorece una comparecencia sin limitantes, ejerciendo sus derechos y facultades.

7. Los derechos del acreedor denunciante a la luz del control de convencionalidad

Sin perjuicio de lo señalado en numerales precedentes, la cuestión debe ser analizada a la luz del control de convencionalidad.

Señala Hitters que la inspección de convencionalidad debe ser llevada a cabo primero en el campo doméstico en cuyo caso hablamos del “control primario” (Hitters, 2015, p. 126), lo que significa una **comparación entre las normas internacionales y las domésticas** (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 674).

Este cotejo no solo se hace con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”), sino también a la totalidad de lo que se ha llamado el *corpus iuris interamericano* (Castilla Juárez, 2013, pp. 51-97) o *corpus iuris internacional de los Derechos Humanos* (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 943)⁶, que abarca –con lo discutible que ello es en doctrina– hasta la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señala Hitters que muchas veces ha manifestado la Corte Interamericana que son los órganos del Estado doméstico quienes deben realizar ese primer examen de convencionalidad. Esta es una doctrina legal “consolidada” bajo la concepción ya expresada de que todas las autoridades y órganos del Estado deben ejercitar el control de convencionalidad (art. 1.1 y 2 CADH) (Hitters, 2015, p. 127).

Obsérvese incluso que en el ámbito interamericano se ha sostenido que la regla del agotamiento “efectivo” de los recursos internos queda relevado cuando no existe un verdadero acceso a la justicia en el ámbito interno, o cuando no se le permite al agraviado utilizar las vías judiciales.

Es clave entonces que, de ser posible, el tribunal nacional actuante **en lugar de romper la regla local supuestamente viciada, lleve a cabo una “interpretación conforme” de la normatividad doméstica con la supranacional, sobre la idea de salvar la convencionalidad del precepto.**

En efecto, una de las formas más contundentes para lograr esta “armonización” entre el derecho nacional y el internacional se viabiliza a través de la denominada “**cláusula de interpretación conforme**”. La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual las normas locales son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, para alcanzar una mayor eficacia (Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 358).

Como lo enseña SAGÜÉS, es **necesario que el tribunal interviniente, realice una “selección de interpretaciones, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico**

6 Como lo denomina Eduardo FERRER MAC-GREGOR. Señala este autor: “El *corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*” (FERRER MAC-GREGOR, 2011, p. 943). Conf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16.

compatibles con la Convención Americana” y los demás tratados de derechos humanos (Sagües, 2014, p. 25).

En el ámbito interno, cabe la interpretación más acorde a la Constitución, si las normas de ésta no son contrarias a los tratados internacionales de derechos humanos.

Señala Sagües, que al lado del control represivo de convencionalidad que implica inaplicar reglas de derecho interno contrarias a las normas internacionales de derechos humanos y a la doctrina de la Corte Interamericana, se desarrolla **el rol “constructivo o positivo”** que “en última instancia produce un **reciclaje de la norma nacional**, sea constitucional o subconstitucional”. Y agrega que ello “implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (los destacados me pertenecen) (Sagües, 2014, p. 24).

Señala el prestigioso profesor argentino que cabe realizar la operación de **“selección de interpretaciones**, prefiriendo aquellas exégesis del derecho domestico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros” (los destacados me pertenecen) (Sagües, 2014, p. 25).

Las normas deben interpretarse conforme a la Constitución convencionalizada y si una norma legal –en el caso los artículos 199 y 200 de la Ley 18.387- admite más de una interpretación, debe darse prioridad a la que sea *pro homine, pro actione*, y en definitiva, permita una mayor defensa y derecho al recurso de los litigantes⁷.

Por ende, las reglas internas de interpretación confluyen con los criterios interpretativos derivados del control de convencionalidad, para concluir que la única manera de leer la regulación del incidente de calificación a la luz de los principios y normas constitucionales, los principios procesales y las normas internacionales de derechos humanos, es admitiendo al acreedor denunciante la calidad de parte y permitiendo al juez apartarse del dictamen de la Sindicatura o Intervención, produciendo toda la prueba ofrecida que sea admisible, pertinente y conducente, y admitiendo la impugnación de la calificación en definitiva resuelta. Cualquier otra interpretación vulnera las normas y principios mencionados.

8. Conclusiones

- 1) En virtud del análisis precedentemente efectuado, corresponde concluir que el acreedor que alega hechos eventualmente configurativos de la naturaleza culpable del concurso debe ser considerado parte (tercero) en el incidente de calificación.
- 2) En tal calidad, tiene derecho a alegar hechos, a ofrecer prueba de estos, a que se diligencie la prueba, a ejercer los controles jurídicos propios de una parte, a ejercer contradicción en caso de una eventual posición contraria de la Sindicatura

⁷ Tal línea de razonamiento se menciona en la citada Sentencia No. 290/2015 de la SCJ en la discordia de PÉREZ MANRIQUE, que señala: “En casos como el de autos se encuentra en juego el derecho humano esencial de acceso a la Justicia de los habitantes de la República (arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República, arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Ley No. 15.737, artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos Ley No. 13.751, entre otros)”.

- o Intervención, y a formular oposiciones e impugnaciones contra la resolución judicial que se adopte.
- 3) Luego de una tendencia jurisprudencial nacional contraria a darle al acreedor en el incidente de calificación ese estatus que es el que le corresponde, se vislumbra un cambio jurisprudencial positivo -liderado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno en reciente Sentencia No. 6/2022 del 2/2/22- que admite al acreedor actuar en el proceso con los derechos plenos de parte.
 - 4) Habiéndose derogado la intervención del Ministerio Público en el incidente de calificación (art. 652 de la Ley 19.355), no puede verificarse en ningún caso la coincidencia de calificación fortuita de la propuesta de la Sindicatura o Intervención y la propuesta del Ministerio Público, presupuesto del art. 199 de la Ley 18.387 para que el tribunal declare sin más trámite el carácter fortuito del concurso.
 - 5) En consecuencia, en ningún caso el tribunal queda inexorablemente sujeto al dictamen de la Sindicatura o Intervención postulando la naturaleza fortuita del concurso, pudiendo apartarse del mismo por entender que se verifican elementos de culpabilidad, conforme a la prueba ofrecida en el proceso, bajo riesgo de trasladar la actividad jurisdiccional a quien reviste carácter de auxiliar de la justicia.
 - 6) La interpretación de las normas concursales -y su eventual integración- a la luz de los principios constitucionales y del control de convencionalidad conllevan ineludiblemente a las conclusiones precedentes.

Referencias bibliográficas

- Couture, E. J. (1988). *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Barrios de Ángelis, D. (1989). *El proceso Civil, Código General del Proceso*. Montevideo: Editorial Idea.
- Vescovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Landeira, R., Simón, L., y Pereira Campos, S. (1993). *Código General del Proceso, comentado, anotado y concordado. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Abaco.
- Landoni, A. (2002). *Código General del Proceso, Vol. I*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F.
- Delpiazzo, C. (2015). Despliegue del principio de responsabilidad en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público, Año 24(47)*, pp. 27 a 48.
- Meilán Gil, J. L. y García Pérez, M. (2013). Cuestiones actuales de la Justicia Administrativa en España. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*, pp. 423-465. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/25.pdf>.
- Delpiazzo, G. (2009). *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*. Montevideo: Universidad de Montevideo.

- López Rodríguez, C. (2015). La insoportable inevitabilidad del incidente de calificación y la calificación culpable. En *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial (pp. 555-559). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- López Rodríguez, C. (2013). Legitimación de los acreedores en el incidente de calificación. En *Dinamismo y desafíos del derecho comercial*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial (pp. 539-543). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Chalar, L. y mantero, E. (2010). La calificación del concurso. *Anuario de Derecho Comercial*, tomo 13, pp. 185-204.
- Ettlin, E. (2021). La calificación del proceso concursal y la jurisprudencia uruguaya. Apuntes para una disertación sobre la jurisprudencia uruguaya en materia de calificación del concurso, Recuperado de <https://edgardoettlin.blogspot.com/2021/06/la-calificacion-del-proceso-concursal-y.html>.
- Fernández Aguado, J. I. (2011-2012). Legitimación del acreedor personado en el incidente de oposición a la calificación del concurso como culpable para recurrir en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil. En *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Número 5 (pp. 169-181). Madrid: Dykinson.
- Martínez Blanco, C. (2018). *Manual de Derecho Concursal, 3ª edición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Hitters, J.C. (2015). Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, 13(1), pp. 123-162. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040068004>.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional en Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid - Buenos Aires: Marcial Pons.
- Castilla Juárez, K. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados. Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, pp. 51-97.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 44(131), pp. 917-967.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *La Reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma* (pp. 339-429). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sagüés, N. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje el Derecho Nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 1, N° 2 (pp. 23-32). <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno. (Uruguay). (2014, mayo 28). Sentencia 0004-000297 del 28 de mayo de 2014 (Sentencia n° 0004-000297). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=743421>.
- Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno. (Uruguay). (2008, diciembre 22). Sentencia 363 del 22 de diciembre de 2008 (Sentencia n° 363). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=743421>.
- Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno. (Uruguay). (2021, diciembre 8). Sentencia 249 del 8 de diciembre de 2021 (Sentencia n° 249). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=743421>.
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno. (Uruguay). (2022, febrero 2). Sentencia 6 del 2 de febrero de 2022 (Sentencia n° 6). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=734678>.
- Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2021, septiembre 14). Sentencia 324 del 14 de septiembre de 2021 (Sentencia n° 324). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=734067>.
- Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2016, noviembre 21). Sentencia 553 del 21 de noviembre de 2016 (Sentencia n° 553). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=734067>.
- Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2015, noviembre 4). Sentencia 290 del 4 de noviembre de 2015 (Sentencia n° 290). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=734777>.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2° Turno. (Uruguay). (2019, noviembre 25). Resolución 3595 del 25 de noviembre de 2019 (Resolución n° 3595). Recaída en los autos caratulados “MOTOCICLO S.A. CONCURSO LEY 18.387 INCIDENTE DE CALIFICACION” IUE: 41-58/2019.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1° Turno. (Uruguay). (2020, julio 14). Resolución 1274 del 14 de julio de 2020 (Resolución n° 1274). Recaída en los autos caratulados “CEREOIL URUGUAY S.A. CONCURSO LEY 18387. INCIDENTE DE CALIFICACION” IUE: 40-4/2018.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1° Turno. (Uruguay). (2021, marzo 11). Resolución 686 del 11 de marzo de 2021 (Resolución n° 686). Recaída en los autos caratulados “CEREOIL URUGUAY S.A. CONCURSO LEY 18387. INCIDENTE DE CALIFICACION” IUE: 40-4/2018.
- Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1° Turno. (Uruguay). (2021, julio 16). Resolución 1296 del 16 de julio de 2021 (Resolución n° 1296). Recaída en los autos caratulados “CEREOIL URUGUAY S.A. CONCURSO LEY 18387. INCIDENTE DE CALIFICACION” IUE: 40-4/2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Costa Rica). (2014, enero 30). Sentencia Serie C 276 del 30 de enero de 2014 (Sentencia Serie C n° 276). Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Costa Rica). (2014, mayo 26). Sentencia Serie C 278 del 26 de mayo de 2014 (Sentencia Serie C n° 278). Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_278_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Costa Rica). (1999, octubre 1) Opinión Consultiva OC-16/99, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", Serie A No. 16. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.
- Uruguay. (2008, octubre 23). Ley n.º 18.387: Ley de Proceso Concursal. *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>.
- Uruguay. (2015, diciembre 19). Ley n.º 19.355: Presupuesto Nacional de Sueldos Gastos e Inversiones. Ejercicio 2015 - 2019. *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19355-2015>.
- Uruguay. (1988, octubre 18). Ley n.º 15.982: Código General del Proceso. *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>.
- Uruguay. (1985, junio 24). Ley n.º 15.750: Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (LOT). *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15750-1985>.
- España. (2003, julio 9). Ley n.º 22: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2003/07/10/pdfs/A26905-26965.pdf>.
- España. (2009, marzo 27). Real Decreto Ley n.º 3: Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-5311-consolidado.pdf>.
- España. (2011, octubre 10). Ley n.º 38: Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15938-consolidado.pdf>.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

GRACIELA RUOCCO

Transformaciones del Derecho Administrativo

GRACIELA RUOCCO

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad en la República, Uruguay
y en la Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.

gruoccocosta@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4911-8897>

Recibido: 19/05/2022 - Aceptado: 20/05/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Ruocco Graciela. (2022). Transformaciones del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho*,
21(41), 117-130. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.6>

Transformaciones del Derecho Administrativo¹

Palabras clave: derecho administrativo, administración pública, Estado.

1 Conferencia brindada el 28 de abril de 2022 para el Centro Virtual de Estudios de la Gestión Pública.

Changes in Administrative Law

Keywords: administrative law, public administration, government, State.

118



Alterações no Direito Administrativo

Palavras-chave: direito administrativo, administração pública, Estado.

1. Introducción

Ha dicho con acierto De La Riva, que la evolución del Derecho Administrativo se mantuvo siempre ligada a los avatares económicos, políticos y sociales, y hoy se enfrenta a un escenario signado por un nuevo modo de relacionamiento entre el Estado y la Sociedad, un reposicionamiento de los tres órganos del sistema tripartito de poderes, un creciente influjo de las instancias internacionales sobre las estatales, y un fuerte impacto de los avances tecnológicos sobre la Administración pública. Todos estos cambios están haciendo crujir la estructura histórica del Derecho Administrativo, y obligan a repensar el alcance de sus categorías clásicas con vistas a actualizarlas (De La Riva, 2020, pp. 235-249).

Conforme Durán Martínez (2007) el Estado de Bienestar, al decir de Forsthoff, que “todo lo invade y todo lo controla ‘desde la cuna hasta la tumba’” (Ávila Rodríguez, 2011, p. 98), ha entrado en crisis. Como bien observó Rodríguez-Arana, ese modelo de Estado “situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis” (Ávila Rodríguez, 2011, p. 98).

Se produce así el salto «del Estado prestador al Estado garante», regulador.

En el tramo final del siglo pasado, el generalizado repliegue de los poderes públicos en el campo económico y social inaugura una nueva fase, a la que Cassagne tipifica como la del Estado subsidiario, en razón del evidente influjo del principio de subsidiariedad en la configuración del rediseño de las relaciones entre lo público y lo privado. Durante ese último tramo, es indudable que el sector privado ha recuperado espacio frente a un Estado que había ido avanzando en la escena económica a lo largo de más de un siglo. Este movimiento pendular no importa un regreso al Estado gendarme, puesto que no postula un Estado ausente (como alguna vez se ha creído), sino un mero cambio de su localización en la arena económica, concretizado a través de un extendido abandono de sus funciones prestacionales para asumir el papel de regulador y fiscalizador, y garante del interés público (De La Riva, 2020, pp. 235-249).

Conforme Delpiazzo puede hablarse de un “neoliberalismo”.

El Derecho Administrativo, entendido como el régimen jurídico aplicable a la estructura y organización de la Administración Pública y a las relaciones entre esta y los ciudadanos, se ha venido adaptando a ese cambio del modelo de Estado, de Estado intervencionista a Estado regulador, determinado, por una parte, por la reducción del tamaño del aparato público y la desregulación de sus actividades, y por otra, por la búsqueda de mecanismos que le den mayor gobernabilidad y legitimidad a la Administración.

Por otra parte, la Corte Constitucional de Colombia ha admitido la atribución de funciones administrativas a particulares, lo que obedece a la necesidad de cumplir los cometidos del Estado social de derecho y constituye una expresión de la democracia participativa².

2 Al respecto, véase Corte Constitucional, sentencias. C-308 de 1994 y C-866 de 1999.

2. Las transformaciones.

Las transformaciones que signan la nueva realidad tienen que ver con:

- el desarrollo de un incipiente Derecho Administrativo Global,
- la simplificación administrativa,
- la implantación de la Administración electrónica,
- la huida del derecho administrativo y luego la publicación del régimen jurídico de las entidades de derecho privado o la vuelta al derecho administrativo, y
- la regulación.

2.1. Derecho Administrativo Global

Si bien la *globalización* es un fenómeno económico, también impacta en el terreno jurídico, lo que obliga a replantearse la cuestión de los confines del Derecho Administrativo.

Conforme Delpiazzo (2016), originalmente acotado a las fronteras territoriales de los Estados, el fenómeno de la *globalización* ha determinado que el Derecho Administrativo ingrese en un proceso de transformaciones que al día de hoy permiten hablar de un incipiente *Derecho Administrativo Global* (pp. 27-54). Dos factores que han incidido decisivamente al respecto son, la universalización de los derechos humanos y la consiguiente extensión del control de convencionalidad por un lado, y por otro, la globalización de las relaciones jurídicas, potenciadas por el desarrollo tecnológico que permite vincularse a Administraciones y sujetos ubicados en los más distantes puntos del planeta.

El autor refiere a la caracterización del Derecho Administrativo como un Derecho *en permanente mutación* como consecuencia de los continuos cambios que experimenta la Administración en su organización y funcionamiento, procurando responder a los requerimientos sociales de cada momento. Y siguiendo a Meilán Gil (2016), señala que, ya avanzado el siglo XXI, bien se ha hablado de la necesidad de un *Derecho Administrativo Revisado*, como consecuencia de la rapidez que exige el dinamismo del Derecho Administrativo ante las irreversibles transformaciones actuales impuestas por un conjunto de circunstancias determinantes de la reconversión del Estado y de su rol en un mundo cada vez más interconectado y donde las relaciones jurídicas cambian aceleradamente (pp. 15 y ss.).

Esta realidad ha resultado en la definición de un *Derecho Administrativo Global*, definido como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban” (Kingsbury, Krisch y Stewart, 2007, p. 28).

Incuestionablemente en las dos últimas décadas estos importantes cambios políticos, económicos y sociales –*globalización*–, han puesto en tela de juicio la operatividad y funcionalidad de no pocas instituciones, conceptos y técnicas jurídicas que conformaban el Derecho Administrativo clásico (Ruocco, 2021, p. 99 y ss.).

La globalización alienta el tránsito del Estado centralizado, al Estado políticamente descentralizado, ya que, en determinadas circunstancias, lo global necesita de lo local («glocalización»), además de la creación de administraciones independientes, organismos reguladores.

En la crónica de las transformaciones del Estado-nación se resalta la crisis de la soberanía estatal con la progresiva pérdida de poder del Estado frente, por una parte, a las corporaciones transnacionales y, por otra, frente a cada vez más potentes organizaciones internacionales que, como la Unión Europea, son al mismo tiempo causa y consecuencia de la globalización.

2.2. La simplificación administrativa

El fundamento de las **políticas públicas simplificadoras** se encuentra en análisis económicos que valoran lo que supone para la economía de un país, singularmente para la creación de empresas, la existencia de trámites innecesarios en nuestros procedimientos. Estas estrategias públicas se construyen dando participación a los actores privados en sinergias propias de la gobernanza.

- 1) La simplificación **organizativa**, que ha dado en llamarse racionalización, ha estado íntimamente conectada con la necesidad de reducción del déficit público y al acatamiento del principio de estabilidad presupuestaria, y en una aplicación del principio de eficacia, no sólo mediante la fusión o la supresión de entidades, sino también por la vía de la reestructuración de sus plantas de personal.
- 2) Entre las muchas medidas que se han podido adoptar a favor de la simplificación **procedimental** en el rediseño de concretos procedimientos, debe subrayarse la concentración de trámites en un solo acto.

121

2.3. Implantación de la administración electrónica

Indudablemente conectada con la simplificación administrativa se encuentra la implantación de la Administración electrónica: el procedimiento administrativo, que ahora es en todo caso electrónico y la utilización de medios electrónicos en sus relaciones con los ciudadanos.

2.4. La huida y la vuelta del Derecho Administrativo

No constituye una novedad la utilización por las Administraciones públicas de entidades de derecho privado (sociedades mercantiles o fundaciones) para el desempeño de los fines que les son propios. La creación de entidades instrumentales de la Administración no se ha limitado a la creación de entidades de derecho público o personificaciones jurídico-públicas, sino que también ha pasado por la constitución de entidades de derecho privado o personificaciones jurídico-privadas.

Esta aplicación mayoritaria de un régimen de derecho privado, aún en el caso de entidades de derecho público, ha sido destacada como uno de los elementos fundamentales que han dado lugar a lo que se ha dado en conocer como la huida del derecho administrativo. Se huye de él y se aplica el derecho privado con la justificación de que sus procedimientos son más pesados y, por tanto, poco ágiles y eficaces, pero también

se eluden las garantías y los controles que son lo propio del derecho administrativo. Esta huida ha sido especialmente notoria en el ámbito de la contratación, tanto en lo que hace a la contratación de obras, servicios y suministros con empresarios, como en lo que hace a la selección del personal laboral propio.

Con todo, esta huida del derecho administrativo se ha ido reconduciendo progresivamente por distintas vías:

- 1) Podía hablarse ya entonces de cierta **publicación** del régimen jurídico de estas entidades de derecho privado, pues en ciertos aspectos se les aplicaba el derecho administrativo. Los últimos años han traído consigo nuevos hitos, de indudable trascendencia, en esta **vuelta al derecho administrativo** del régimen de las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración. Deben destacarse los que han tenido lugar con la aprobación de la legislación de transparencia y acceso a la información pública y buen gobierno.
- 2) Mediante las **actividades de fomento**, el Estado en lugar de desarrollar directamente actividades industriales y comerciales a través de empresas o sociedades de su propiedad, crea las condiciones económicas, mediante estímulos crediticios o tributarios, para que los particulares se hagan cargo de las mismas.

2.5. La regulación

La regulación supone, como es sabido, una retirada de la Administración en el ejercicio de sus potestades, o al menos, una retirada en apariencia, o más bien, un desplazamiento de las técnicas. Piénsese que el que la Administración no intervenga directamente autorizando una actividad de un ciudadano o prestando un servicio, no significa que esta ejerza dejación de sus funciones, que ahora son otras, esencialmente regulatorias. Ello no significa menor intervención de la Administración, sino intervención con otro tipo de funciones, regulando, lo que supone, ciertamente, un importante cambio de paradigma.

Esto que decimos es lo que ocurre cuando la actividad de los ciudadanos deja de estar sujeta al control administrativo previo de una autorización, que se sustituye por la presentación por este de declaraciones responsables o comunicaciones, según disponga la normativa. En estos casos, la actuación de la Administración se sigue produciendo, pero en otro plano: por un lado, regulando con carácter previo la actividad, si cabe de forma más intensa; por otro, interviniendo en una fase posterior, la de control, si se detectan incumplimientos por parte del ciudadano que ejerce la actividad.

Algo parecido ocurre en el ámbito del servicio público, en el que sectores económicos que tradicionalmente habían estado bajo la gestión de la Administración, que proveía a los ciudadanos directamente de necesidades que se consideraban vitales o colectivas, se han liberalizado o externalizado, entregándose al sector privado, de tal modo que su prestación ya no es responsabilidad del Estado. Esto es lo que ha ocurrido con la generación de electricidad, distribución del gas, las telecomunicaciones, el servicio postal, seguros, los transportes, etc. Son los llamados sectores regulados. En estos, la Administración no ha desaparecido, sino que sus funciones han cambiado. Ya no le toca prestar directamente, o por medio de un contratista, el servicio, sino ejercer potestades de regulación o supervisión.

Debe considerarse que el modelo de Estado regulador tiene que resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propio de la prestación de los servicios ya no a cargo del Estado sino de los particulares, y los intereses de la ciudadanía, que responden a su papel activo como protagonista de su desarrollo en el Estado Social de Derecho, y por ello las respuestas dadas por el Derecho Administrativo a ese nuevo modelo de Estado en muchas ocasiones pueden resultar contradictorias.

3. Respuestas del Derecho Administrativo

Las respuestas del Derecho Administrativo al modelo contemporáneo de Estado son:

- a) **Constitucionalización** generada en virtud del reconocimiento de la Constitución ya no solamente como valor político de creación y organización del Estado sino también como norma jurídica, de aplicación directa e inmediata sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley.

En ese orden de ideas, se pasa de un institucionalismo constitucional a un antropocentrismo constitucional, donde el referente deja de ser la Administración Pública y pasa a ser la persona humana, en razón de cuya realización es que se justifica la existencia de aquella. Ello implica un replanteamiento del régimen jurídico de prerrogativas y potestades excepcionales que se reconocía como propio de la Administración para pasar a muy claras limitaciones y controles al ejercicio de la discrecionalidad.

- b) **Internacionalización:** La inserción de los Estados en la comunidad internacional y el acceso a los recursos de la cooperación técnica vuelven imperativa la adopción y aplicación interna de los tratados de derechos humanos, los cuales, en el ámbito que atañe al Derecho Administrativo, promueven la extensión de las garantías que conforman el derecho al debido proceso en los trámites judiciales a las actuaciones administrativas, de manera que cada vez con mayor intensidad las regulaciones y controles de los procedimientos administrativos tienden a asemejarse a los de los procesos judiciales.

Por otra parte, la internacionalización también se manifiesta en la creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, productos manufacturados, capitales, finanzas y consumo, que ha generado una drástica movilidad de las actividades económicas y empresariales y una mayor interdependencia económica de los distintos países, que en materia jurídica se ha traducido en una pérdida creciente de la soberanía estatal para elaborar las normas que conforman el ordenamiento jurídico. En efecto, ese fenómeno de globalización económica ha implicado una pérdida efectiva de poder del Estado Nación, que ha sido asumido ya sea por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales

El Derecho Administrativo está dejando de ser una creación del Estado y al empezar a serlo por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales, produce como consecuencia un menoscabo del principio democrático porque, quien crea el derecho, carece de legitimidad democrática. Asimismo, ello también

supone una alteración en el sistema de fuentes al transitar del derecho de la imposición al derecho de la composición, a la par con una paradójica convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales: se reconocen principios comunes de la actuación de la Administración (deber de motivación, proporcionalidad, derecho de audiencia y defensa) y, como se verá más adelante, se prohíbe la adopción del derecho privado como régimen propio de la actividad administrativa del Estado.

- c) **Regionalización:** Uno de los efectos generados por la globalización económica en el interior de los Estados ha sido la conformación de bloques regionales para poder asumir la competencia proveniente desde el exterior y para convertirse en actores competitivos en el mercado internacional. Así, paradójicamente, la respuesta estatal a la globalización ha sido la “glocalización”, que, en el ámbito jurídico, implica un traslado de funciones, competencias y recursos del Estado Nacional a los entes territoriales.

Desde el derecho administrativo, la glocalización hace más complejos sus contenidos, en la medida en que cada centro de poder local dispone de un aparato administrativo propio que es auto-regulado y genera reglas diferentes para el ejercicio de las funciones administrativas, en temas de gran importancia y valor estratégico como el ordenamiento del territorio, los usos del suelo y el derecho urbanístico.

- d) **Participación Ciudadana:** Uno de los elementos articuladores de la realización del Estado Social de Derecho es el involucramiento como sujeto activo de la actividad pública del ciudadano, quien a la par que titular de derechos inalienables, también es responsable por el cumplimiento de un conjunto de deberes que se derivan de la aplicación del principio de solidaridad.

En esa medida, el Derecho Administrativo establece escenarios vinculantes de participación para imprimirle validez jurídica a las actuaciones de las entidades que ejercen funciones administrativas y crea espacios para la intervención de los ciudadanos en la configuración de la estructura de las mismas, como la designación en sus juntas directivas de representantes de los usuarios o beneficiarios del servicio prestado por la entidad.

Adicionalmente, y es en lo que más énfasis se ha puesto, la participación ciudadana se ha enfocado en efectuar veedurías sobre el buen uso de los recursos públicos, acompañando principalmente los procesos de contratación para la ejecución de las obras públicas y la evaluación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de manera que, a partir de sus informes, se activen los mecanismos institucionales de control en los órdenes penal, disciplinario y patrimonial. Se ha propiciado una preocupación por la vigencia de la ética pública, que han contribuido a la reducción de los niveles de corrupción, impulsando la elaboración, adopción y aplicación de Códigos de Ética, cuya lógica apunta más a la prevención que a la represión.

Ahora bien, debe considerarse que la globalización económica ha traído aparejado el incremento de la movilidad internacional de las poblaciones, aumentando en forma rápida y significativa el porcentaje de residentes que corresponde a grupos de inmigrantes legales e ilegales, que indistintamente se van incorporando a las sociedades receptoras.

e) Cambio del Modelo de Administración Pública: Frente a una Administración sobrecargada de tareas difíciles de gestionar en muchos casos y con una notoria incapacidad para una gestión eficaz, se propende por un modelo de administración institucional despolitizada y tecnificada, con estabilidad institucional y continuidad en sus gestores, protegida por un estatuto jurídico que le dé continuidad, profesionalidad, coherencia y fidelidad a sus propios fines institucionales.

Este modelo gerencial tiene su inspiración en las transformaciones organizacionales ocurridas en el sector privado, las cuales modificaron la forma burocrático-piramidal de administración, flexibilizando la gestión, disminuyendo los niveles jerárquicos y, por consiguiente, aumentando la autonomía de decisión de los gerentes. Con estos cambios, se pasó de una estructura basada en normas centralizadas a otra sustentada en la responsabilidad de los administradores, avalados por los resultados efectivamente producidos.

Así, esa reforma de la Administración Pública está asociada a la sustitución del esquema centralizado de toma de decisiones por un modelo de mecanismos descentralizadores, el tránsito de la formulación unilateral de las decisiones de la administración a la participación de los ciudadanos usuarios en los procesos decisorios, la contractualización de las relaciones interadministrativas y de la administración con los asociados, y la complementación de los sistemas de control de legalidad con evaluaciones integrales de la gestión y procesos de rendición de cuentas en función de los resultados.

f) Control Judicial. Barnes sostiene que sobre la naturaleza del control judicial, conviene tener presentes tres datos:

- El control jurisdiccional de la acción administrativa no es el único control, sino el último. Es, y valga la imagen, lo que la cirugía a la medicina, el último remedio, aunque no el único.
- La tutela judicial es individual (se calca y proyecta sobre el derecho individual a proteger), y singular o puntual, es decir, no se extiende sistemáticamente al conjunto de la política pública en la que la decisión o norma combatidas se insertan. En otras palabras, y en cuanto derecho constitucional, la tutela judicial es de carácter subjetivo (se ocupa de la legalidad atinente a los derechos individuales), y no garantiza ni atribuye por sí misma el control de la legalidad objetiva (infracciones que no afecten a la esfera jurídica de los ciudadanos).
- El control judicial es de carácter binario (legal o ilegal) y negativo (expulsa lo que es contrario al ordenamiento jurídico), pero no constituye un control de eficacia ni de contenido positivo (si la medida examinada pudo ser “mejor”, “más eficaz”, etcétera). De ello se infiere, a nuestro limitado propósito, que el derecho administrativo no se agota en el control judicial, pese a su centralidad. El sistema del derecho administrativo ha de ofrecer otros mecanismos y garantías que, primero, sean de carácter preventivo; segundo, se refieran al conjunto de la política pública y no a una decisión aislada, y, tercero, sean capaces de medir la eficacia de la acción administrativa y la calidad de los servicios que la administración presta

- g) *La relación de poderes*: conforme Barnes, en la clásica concepción de la administración pública construida exclusivamente por su referencia a los distintos poderes del Estado:
- La administración sería aquella actividad del Estado que no tiene naturaleza legislativa, ni judicial. La administración se define, por tanto, de forma “residual” o “negativa”.
 - Para satisfacer las exigencias dimanantes del principio de legalidad, la forma principal que tiene el Parlamento de dirigir a la administración consiste en establecer programas materiales dotados del mayor grado de detalle posible. La ley aspira, en este contexto, a predeterminedar la conducta de la administración para cada supuesto. La administración, por su parte, ejecuta la ley mediante decisiones formales, como el acto administrativo, con la ayuda de determinadas técnicas de subsunción.
 - Los tribunales revisan la conformidad a derecho de las resoluciones administrativas, contrastando el entero programa establecido en la ley. Si sólo cabe hallar una única “solución justa”, los tribunales habrán de tener siempre la última palabra y podrán sustituir la decisión administrativa por la judicial.

4. La justicia administrativa

Conforme el autor citado:

...una efectiva justicia administrativa ha debido de enfrentarse, entre otros, a **tres problemas** fundamentales: la limitación del ámbito de la jurisdicción; esto es, la **existencia de asuntos no susceptibles de control**; la **eventual dificultad del examen**, bien sea de las cuestiones fácticas o de los hechos subyacentes a la acción administrativa, bien sea de los fundamentos jurídicos en que aquella se sustenta, y, finalmente, la **excesiva duración del proceso** y la consiguiente determinación del disfrute del objeto litigioso mientras pende la sentencia.

La **existencia de zonas inmunes al control** judicial ha sido contrarrestada con la proclamación de la universalidad de la jurisdicción, en cuya virtud cualquier controversia que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos es susceptible de ser residenciada ante los jueces y tribunales para su defensa y garantía. Es la **dimensión** que podríamos denominar “**cuantitativa**” de la justicia administrativa: la tutela judicial para ser real y efectiva ha de extenderse a la protección de la legalidad subjetiva.

La **dificultad para controlar a la administración** cuando actúa en el ejercicio de potestades discrecionales o en la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados ha centrado los mejores esfuerzos del derecho administrativo de las últimas décadas en todos los Estados democráticos y de derecho, a su vez, se ha erigido en el centro del sistema. Son múltiples las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han ido construyendo con el devenir del tiempo para aquilatar los criterios y las técnicas de control, en un delicado equilibrio entre el principio de división de poderes, del principio democrático y de la cláusula del Estado de derecho.⁷ Representa la **dimensión cualitativa** de la tutela judicial frente al poder público: para

ser real y efectiva, la justicia administrativa ha de poseer una determinada cualidad o intensidad en su fiscalización.

La **excesiva duración de los procesos judiciales**, aun resueltas las cuestiones anteriores, se muestra como un problema particularmente persistente. Una justicia tardía es denegación de justicia. Se trata de la **dimensión temporal** de la tutela judicial.

5. Reflexiones finales

Nuestro tiempo se caracteriza por cambios y revoluciones de efectos multiplicadores sobre la administración y la sociedad. La privatización, la desregulación, la autorregulación regulada, la colaboración público-privada, la sociedad de la información, la globalización de la economía y de la sociedad, son algunos de los fenómenos de enorme impacto sobre el derecho administrativo contemporáneo.

Todo ello ha determinado la emergencia de otras formas de regulación y gobernanza, que conviven, complementan o sustituyen al viejo modelo regulatorio. No cabe hablar de “el” modelo regulatorio, sino de “los” modelos. Y el derecho administrativo y, por consecuencia, el control judicial, habrán de evolucionar en paralelo.

Las transformaciones que se suceden en la evolución del Estado, marcan un cambio necesario de adaptación del Derecho Administrativo. Señala Barnes que el derecho administrativo clásico se ha construido a la sombra de un único modelo básico de regulación; esto es, del método tradicional conocido como *command and control* o de “orden y mando”, en una traducción más literaria que literal de la conocida expresión acuñada por la doctrina norteamericana. De acuerdo con este sistema, las leyes regulan cada sector mediante órdenes, prohibiciones y mandatos, con la pretensión de agotar todas las cuestiones y problemas posibles.

La función de la administración en este esquema se reduce, en teoría, a la ejecución mecánica y reglada de lo dispuesto por la ley, predominantemente mediante técnicas de carácter unilateral y coactivo, como el acto administrativo (licencias, autorizaciones, permisos, etcétera).

La justicia administrativa cumple en este modelo una función característica: verificar que la administración ha aplicado correctamente lo que la ley haya previsto o, lo que es lo mismo, controlar que la subsunción de la realidad en el presupuesto de hecho de la norma resulta conforme a la ley.

El *nuevo derecho administrativo* contiene una pluralidad de modelos regulatorios; esto es, de sistemas de gobierno y dirección, cada uno de ellos con una forma distinta de emanar normas y criterios y de asegurar su eficacia. Los nuevos mecanismos de regulación y gobernanza (como, por ejemplo, el método abierto de cooperación en la Unión Europea; los reglamentos pactados en Estados Unidos; los convenios medioambientales con las empresas contaminantes; la gobernanza de Internet, etcétera), por el contrario, están diseñados para dirigir un sector con mayor flexibilidad, participación, generación de consenso, coordinación de múltiples niveles o plantas de gobierno, etcétera. Entre otras consecuencias, en los nuevos modelos de gobernanza, por contraste con lo que acontece en el método de regulación tradicional, se desdibuja la rígida separación entre las distintas

fases del proceso (legislación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos), en beneficio de una integración más dinámica e interactiva de esas fases.

El derecho administrativo, en cada tiempo y lugar, se ha concentrado, desde su nacimiento, en la incesante búsqueda de una más universal e intensa revisión judicial de las decisiones y normas emanadas por la administración. Tal ha sido su primigenia razón de ser: embridar el poder con el derecho. Al fin y al cabo, la efectividad y realidad de los derechos individuales depende de su defensa judicial en caso de conflicto frente al poder público (Barnes, 2013).

Los siguientes párrafos de De la Riva (2020) evidencian la importancia de la transformación:

...semejante reposicionamiento del Estado trajo consigo, como es natural, la necesidad de aggiornar las clásicas técnicas de intervención pública. Al hilo de esta honda transformación, se advierte una disminución de la actuación imperativa unilateral que primaba en los orígenes del Derecho Administrativo, y un correlativo aflorar de variantes participativas y concertadas, que trascienden largamente la técnica contractual y, en particular, su modalidad concesional. Para afrontar sus cometidos, la Administración acude hoy con asiduidad a figuras asociativas, que facilitan la confluencia virtuosa de impulsos nacidos desde las órbitas pública y privada, o a instancias que dependen del voluntario acatamiento de los sectores implicados.

Por solo citar algunos ejemplos, cabe mencionar el auge alcanzado por los contratos de “PPP” (“participación público-privada”); el creciente empleo de la categoría de los Derechos Reales Administrativos para brindar un marco más sólido a la intervención privada en la explotación de bienes del dominio público; la habitualidad con que los privados son convocados a desempeñar tareas de fiscalización e inspección otrora monopolizadas por los agentes públicos; la variedad de situaciones en las que la actividad regulatoria en manos de autoridades públicas requiere transitar instancias de consulta obligatoria a los particulares afectados; el reemplazo extendido de la técnica autorizatoria por meras declaraciones juradas de los sujetos involucrados (a título de comunicaciones previas o declaraciones responsables); o el avance de la autorregulación en diversos sectores de la economía. (p. 341)

...

También los jueces fueron incrementando su peso relativo y su margen de discrecionalidad como intérpretes y responsables de la aplicación de la ley. Aquella independencia ganada por la Administración respecto del legislador no podía sino repercutir en una mayor autonomía de los tribunales frente a una Administración que ya no aparece ceñida a la ley con la misma rigidez. Los principios generales del Derecho cobraron, a partir de entonces, un vigor y centralidad que habían perdido, y los jueces se convirtieron, así, en genuinos creadores del Derecho, potenciados por su condición de últimos intérpretes de la Constitución, más atentos a preservar la justicia material que a velar por el cumplimiento de condicionamientos formales, con las ventajas y riesgos que ello comporta (p. 342)

...

Los avances que se vienen produciendo en el terreno de las tecnologías, en particular de aquellas que facilitan el acceso y el flujo de la información, tienen también un

indudable influjo sobre el modo de ejercer la función administrativa y, por ende, sobre el propio Derecho Administrativo (p. 344)

...

Por solo mencionar algunas de sus consecuencias más notorias, son bien conocidos los cambios que se han producido en materia de procedimiento administrativo, que ha ido abandonando su histórica dependencia del papel para migrar hacia una modalidad que descansa, de manera creciente, en el formato digital, que contribuye a la celeridad y transparencia de los trámites. Ello ha exigido ciertas enmiendas normativas, con especial referencia al régimen de acceso a las actuaciones, a su circulación entre las oficinas públicas, o a la forma en que se instrumentan las notificaciones, entre otras cuestiones. Otro terreno que exhibe profundos cambios es el de la contratación pública, donde la incorporación de modalidades virtuales ha resultado, asimismo, en beneficio de una mayor transparencia (dada la más extendida publicidad que conlleva) y en un plus de eficiencia

Esta expansión de los medios tecnológicos presenta y agudiza, a la vez, nuevos problemas para el Derecho Administrativo, como los vinculados a la necesidad de diseñar políticas de protección de datos personales, para no afectar el derecho a la privacidad; o el deber de garantizar la igualdad de acceso a todos los ciudadanos a la información disponible en las nuevas plataformas

Ante la globalización de los flujos económicos y la proliferación de iniciativas de integración regional, los sistemas nacionales de Derecho Administrativo, independientes entre sí, se mueven en dirección a su recíproca coordinación. Tal fenómeno es favorecido por la creación de instancias supranacionales y la construcción de un Derecho Administrativo global, cuyas normas y directivas van penetrando en los ordenamientos locales, dando por resultado su progresiva armonización. Ello resulta una novedad absoluta frente a un Derecho Administrativo caracterizado históricamente como eminentemente local, en razón de su fuerte apego a las instituciones propias de cada país (pp. 345-346).



Referencias bibliográficas

- Ávila Rodríguez, C. M. y Gutiérrez, F., (Coordinadores). (2011). *El derecho a la buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga. Málaga, es diputación Defensor del ciudadano/a. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- Barnes, J. (2013). *Las Transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo y el control judicial de la Administración Pública*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- De La Riva, I. (2020). Las transformaciones del derecho administrativo ¿ante un cambio de época? *Prudentia Iuris*. Número Aniversario. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.235-249>.
- Delpiazzo, C. (2016). Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*. Año 25, Número 50. Universidad de Montevideo.

- Durán Matínez, A. (2007). *Reflexiones sobre la definición de derecho administrativo. Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. La Ley, Montevideo.
- Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R. (2007). El surgimiento del Derecho Administrativo Global. *Res Pública Argentina*, Año 2007, N° 3.
- Meilan Gil, J. L. (2016). *Derecho Administrativo Revisado*. Andavira, Santiago de Compostela.
- Ruocco, G. (2021). Impactos de la globalización en las fuentes del Derecho Administrativo. *Exigencias del Derecho Administrativo del Siglo XXI*. La Ley. Montevideo.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

TOMÁS HENRIQUEZ C.

Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Pavez Pavez vs. Chile

TOMÁS HENRÍQUEZ C.
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)
LLM Georgetown University (EEUU)
thenriquez@adfinternational.org
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2990-9237>

Recibido: 10/05/2022 - Aceptado: 31/05/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Henríquez C, Tomás, (2022). Caso Pavez Pavez vs. Chile: una sentencia judicial con graves omisiones argumentales.
Revista de Derecho, 21(41), 135-153. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.7>

Caso Pavez Pavez vs. Chile: una sentencia judicial con graves omisiones argumentales

135

Resumen: se realiza un comentario de jurisprudencia sobre la sentencia del caso Pavez Pavez v. Chile, emitida a inicios del año 2022 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia en cuestión es relevante en sí por la temática que trata, al ser una de las pocas decisiones del sistema interamericano que abordan de manera directa la libertad de religión y su relación con otros derechos en tensión. Se argumenta que la decisión alcanzada posee escaso valor jurisprudencial, atendiendo a las importantes deficiencias argumentales en la interpretación del alcance del derecho a la libertad de religión, y en la omisión de aplicación del examen de proporcionalidad estricto que la Corte anuncia como determinante en el caso en cuestión.

Palabras clave: Religión, Igualdad, Jurisprudencia, Educación, Idoneidad.

Pavez Pavez v. Chile: a judicial decision with grave argumentative omissions

Abstract: case commentary on the Pavez Pavez v. Chile judgment, issued at the beginning of 2022 by the Interamerican Court of Human Rights. The judgment in question is relevant given its subject matter as it is noteworthy for being one of few decisions of the Inter-American system that directly addresses freedom of religion and its relationship with other rights in tension. It is argued that the decision reached has little jurisprudential value, given the significant shortcomings in the interpretation of the scope of the right to freedom of religion, and the failure to apply the strict proportionality test that the Court announced as decisive in the case in question.

Keywords: Religion, Equality, Jurisprudence, Education, Suitability.

136

Processo Pavez Pavez contra Chile: uma decisão judicial com graves omissões argumentativas

Resumo: Se realiza um comentário de jurisprudência sobre a sentença do caso Pavez Pavez v. Chile, emitida no início do ano 2022 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A sentença em questão é relevante em si mesmo devido ao assunto de que trata, sendo uma das poucas decisões do sistema interamericano que abordam de maneira direta a liberdade de religião e sua relação com outros direitos em tensão. Argumenta-se que a decisão alcançada tem pouco valor jurisprudencial, tendo em conta as importantes deficiências de interpretação do âmbito do direito à liberdade de religião; e na omissão de aplicação do exame de proporcionalidade estrito anunciado pelo Tribunal como determinante no caso em questão.

Palavras-chave: Religião; Igualdade; Jurisprudência; Educação; Adequação.

1. Introducción

En abril de 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) cerró por fin la saga de Sandra Pavez v. Chile; un proceso iniciado el año 2008 que, tras largos 13 años pululando en el sistema interamericano de derechos humanos, por fin llegó a su final. La sentencia definitiva fue adoptada por los jueces Elizabeth Odio Benito, Ricardo Pérez Manrique, Eugenio Zaffaroni, Patricio Pazmiño Freire, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Humberto Sierra Porto. Este último fue el único que redactó un voto aparte en el que disiente de la posición de la mayoría en su conclusión de haberse violado el derecho al trabajo. El juez Eduardo Vio-Grossi no participó del procedimiento en atención a su nacionalidad chilena.

El fallo del caso Pavez se esperaba con anticipación por distintos sectores de la población y académicos¹, entre otras cosas por ser este el primer caso que presentaba de forma directa cuestiones de libertad religiosa que históricamente no habían figurado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, ante la creciente polarización social y conflictos jurídicos entre distintos grupos del cuerpo social, el resultado de este caso y los razonamientos jurídicos de la Corte tenían un potencial esclarecedor sobre el sentido y alcance de la libertad de religión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su armonización respecto de otros derechos y libertades.

Iniciaremos nuestro análisis exponiendo de forma sintética los antecedentes más relevantes del caso antes de su llegada a la Corte Interamericana, así como las posiciones sostenidas por las partes del litigio. Luego nos abocaremos a la tarea de someter a escrutinio el análisis realizado por la Corte en torno a tres cuestiones que resultan ser centrales a la resolución de la controversia. A saber: el sentido y alcance de las normas de protección de la libertad religiosa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la (no) aplicación del examen de proporcionalidad a las circunstancias del caso; y la arbitrariedad de la Corte en su tratamiento del derecho al trabajo, el que expande en forma acomodaticia y arbitraria para cubrir un pretendido “derecho a la vocación”.

Nuestra intención en este trabajo es demostrar al lector que la decisión del caso Pavez constituye una sentencia notoria por su total ausencia de argumentación jurídica, en incumplimiento de los deberes que pesan sobre la Corte, lo que en definitiva redundará en su escaso valor jurisprudencial, por los motivos que profundizaremos.

2. Hechos del caso, antecedentes jurídicos y posturas de las partes

A modo de introducción, y como constata la Corte en relación con los hechos del caso, Sandra Pavez es una profesional docente que trabajó hasta su jubilación en un colegio “público” (esto es, administrado y financiado por el Estado). Hasta 2007, la peticionaria

1 Ver, Celis (2022). El Centro de Derecho y Religión de la Pontificia Universidad Católica de Chile editó un número especial con gran parte de los informes de *amicus* que se presentaron en el caso, a favor y contra la pretensión de la Sra. Pavez. Por otro lado, la editorial de la Universidad Autónoma de México editó un volumen que recogía exclusivamente los informes presentados a favor de la posición de Sandra Pavez. Ver, Saldivia Menajovsky (2021).

impartía clases de religión confesional católica en la escuela Cardenal Samoré de San Bernardo, Chile.

La Constitución chilena reconoce la libertad de religión y de Culto desde 1925². Adicionalmente, Chile cuenta con una Ley de Libertad Religiosa y de Culto, que garantiza el derecho de toda persona a recibir enseñanza religiosa, y de elegir la educación religiosa acorde a sus propias convicciones (Ley N. 19638, artículo 6(d); Chile, 1999). La misma ley “reconoce a las entidades religiosas plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios” y en particular la facultad de “capacitar, nombrar, elegir y designar en cargos... a las personas que correspondan” (Ley N. 19638, artículo 7(b); Chile, 1999). Finalmente, en el ámbito específico de la educación, el Decreto N. 924 de 1983 del Ministerio de Educación reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales de todo tipo.

Bajo esta última normativa –adoptada por el Estado con el propósito declarado de asegurar el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa acorde con sus convicciones y de proteger la autonomía de las comunidades de fe, conforme a las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, las autoridades religiosas de las distintas denominaciones están llamadas a certificar la idoneidad de los profesores de las clases de religión confesional³.

El vicario para la educación de la Diócesis de San Bernardo revocó el certificado de idoneidad de la Sra. Pavez, luego de que se tomara conocimiento de que ella mantenía una relación de pareja con una mujer, cuestión que para la fe católica y su doctrina configura un estado persistente y público de pecado, que denota para ellos la falta de idoneidad personal para educar en la fe. Así, la profesora Pavez no podía enseñar la fe católica en la escuela. Ello no trajo como consecuencia su despido, y de hecho siguió trabajando en otra posición docente de forma ininterrumpida hasta el año 2020, con una mejora salarial, e idénticos beneficios (Corte IDH, 2022, párr. 28).

En 2007 la Sra. Pavez ejerció exclusivamente una acción jurisdiccional en resguardo de los derechos que pretendía vulnerados. Así, interpuso un recurso de protección⁴ dirigido únicamente en contra del Vicario para la Educación de San Bernardo –no contra su empleador, ni en contra de ninguna agencia del Estado–, alegando que el hecho de dejar de considerarla idónea y revocar su certificado era un acto “ilegal o arbitrario” que violaba sus derechos a la privada y honra, a la libertad de trabajo, y a la no discriminación debido a su orientación sexual. La Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso al reconocer que no podía hablarse ni de ilegalidad ni arbitrariedad, pues la revocación se hizo conforme con las normas del Decreto 924 ya referido, y que se basó en razones de orden teológico-canónicas, existiendo además proporcionalidad entre la revocación y los efectos de ello seguido (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2007, c. Noveno);

2 “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.” (Constitución Política de la República, artículo 19 N. 6; Chile, 2005).

3 “El profesor de Religión, para ejercer como tal, deberá estar en posesión de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponda, cuya validez durará mientras ésta no lo revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir dicho cargo... Si el establecimiento educacional no cuenta con personal idóneo deberá requerirlo a la autoridad religiosa que corresponda, de acuerdo a las preferencias de los padres y apoderados.” (Decreto N. 924 de 1983, artículo 9; Chile, 1983).

4 El recurso de protección es una acción jurisdiccional de tutela de derechos fundamentales que habilita a toda persona recurrir ante las Cortes de Apelaciones de Chile ante “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” por los cuales “sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías” que se señalan. (Constitución Política de la República, artículo 20; Chile, 2005).

efectos que a la fecha no eran otros más que apartarla de la clase de religión, pues como ya se ha dicho y quedó acreditado ante la Corte, la Sra. Pavez jamás vio interrumpido su vínculo laboral por estos hechos.

En abril de 2008, conociendo el recurso de apelación de la Sra. Pavez, la Corte Suprema de Chile confirmó íntegramente la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel. Ese mismo año Sandra Pavez presentó su denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Luego de 10 años durmiendo en la Comisión Interamericana, el 18 de diciembre de 2018 esta emitió su informe de fondo. Es notable que en este la Comisión enfocó el caso exclusivamente como uno de discriminación en razón de orientación sexual, omitiendo tomar en consideración el tipo de labor desempeñada por la profesora, así como los intereses y derecho de la comunidad católica y de los padres del colegio cardenal Samoré (Comisión IDH, 2018), lo que no es razonable ni correcto desde el punto de vista del análisis jurídico.

Tanto la Comisión como los representantes de la Sra. Pavez alegaron que la normativa chilena que regula las clases de religión y reconoce la potestad de agrupaciones religiosas para certificar idoneidad es en sí contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, 2022, párr. 91), razón por la cual se solicitaba su derogación, o al menos su modificación “a fin de que asegurar (sic) que el mismo no promueva actos de discriminación por orientación sexual en su aplicación” (Corte IDH, 2022, sección conclusiones, párr. 3). En concreto, se alegaba que la normativa chilena por sí sola, y en su aplicación en el caso sub iudice, violó los derechos a la igualdad y no discriminación, vida privada, trabajo y acceso igualitario a la función pública⁵.

El Estado chileno por su parte defendió que su normativa interna reconoce y permite la actualización de los derechos protegidos por la libertad de religión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados vinculantes para Chile. Así, ella garantiza que padres y estudiantes reciban una educación religiosa acorde con sus convicciones, y que las comunidades religiosas de las cuales ellos forman parte elijan con libertad a quiénes son aptos para enseñar su fe. Se sostenía que ambos aspectos de la libertad religiosa están intrínsecamente relacionados, pues la garantía para los padres y estudiantes se hace realidad por medio del control que ejercen las autoridades religiosas, que aseguran que los maestros de religión la enseñen y ejemplifiquen de manera acorde con las convicciones compartidas por la comunidad a la cual los padres e hijos pertenecen. La negativa de tales autoridades religiosas a reconocer la idoneidad para impartir la clase de religión católica, y la aceptación de dicho entender por parte del Estado, no afectaría el contenido de los derechos invocados por la Sra. Pavez. Pero incluso si se admitiera en gracia de discusión que los afecta, la consecuencia de la pérdida de un certificado de idoneidad (esto es, la medida adoptada, de acuerdo con la regulación del Estado), superaría con creces un examen de proporcionalidad, incluso estricto. Ello pues la revocación del certificado no inhabilita para el desempeño laboral como profesor en general, ni configura una causal legal de despido de los profesores, y no incide en las condiciones laborales. Así, entendía el Estado, la Sra. Pavez no sufrió ninguna de estas limitaciones a sus derechos.

5 Tanto la Comisión como la Corte consideraron a su vez que existía una violación a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Creemos que esta conclusión también es errónea, pero dado que dicha conclusión es accesoria a las demás, no abordaremos el asunto en este comentario.

Finalmente, a inicios del 2022 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó su sentencia definitiva en el caso. A su crédito, y a diferencia de la Comisión Interamericana, la Corte reconoció –como no podía ser de otra forma– que el asunto exigía tener en consideración los alcances de la libertad de religión, incluyendo los derechos a la autonomía de las comunidades religiosas y el de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones. La Corte realiza un análisis sobre el *corpus juris* internacional en materia de libertad religiosa y luego analiza el contenido del Decreto 924 de 1983 frente a la normativa aplicable. Como profundizamos más abajo, concluye que la normativa en sí no presenta inconvenientes, pero determina la responsabilidad del Estado luego de constatar la afectación de los derechos a la vida privada, libertad personal, y derecho al trabajo de Sandra Pavez, y afirmar (sin argumentar, como se verá) que, bajo un análisis de proporcionalidad, se ha de concluir la violación

...por el trato discriminatorio que sufrió al haber sido separada de su cargo de profesora de religión católica, y al habersele asignado funciones distintas a las que tenía, luego de que fuera revocado su certificado de idoneidad para dictar clases de religión católica. (Corte IDH, 2022, párr. 146).

3. La hoja de ruta incumplida de la Corte y otras omisiones argumentales

140

Si hay algo que atraviesa esta sentencia es su falta de densidad argumentativa en los puntos jurídicos centrales y determinantes para la definición del caso. Esta observación no es exclusivamente nuestra, sino que también compartida por el juez Humberto Sierra Porto, quien, de forma directa, acusa una “omisión de fundamentación...evidente” (Corte IDH, 2022, voto concurrente, párr. 9) de sus pares, al menos respecto de la determinación de vulneración del derecho al trabajo, en la modalidad de menoscabo de la vocación.

Pero el juez Sierra Porto es excesivamente recatado en su crítica, como veremos, y las deficiencias de la sentencia hacen que la decisión en sí tenga escaso valor jurisprudencial, más allá de haber decidido la controversia del caso. Una decisión que no cumple con las condiciones mínimas de racionalidad⁶ no puede adquirir la connotación de precedente judicial, así como tampoco puede ser fuente de estándares normativos⁷. No sólo eso, la decisión de la Corte suscita una paradoja repudiable: la propia Corte incumple los estándares que ella exige a los Estados respecto del deber de motivación de las decisiones judiciales, como se verá.

La Corte se fija desde un inicio una hoja de ruta argumentativa, al reiterar que, conforme a su jurisprudencia, ante una posible discriminación como la que se alega (trato discriminatorio que redundaría en el goce del derecho al trabajo, la vida privada y

6 “...en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias de la consistencia y la coherencia.” (Bernal Pulido, 2006, p. 58).

7 No nos parece que sea el caso que esta sentencia sea pionera o revolucionaria sobre el derecho interamericano a la libertad de religión u otros, y su relación con la no discriminación. No sólo es el caso que su interpretación sobre contenido y alcances de la libertad de religión arriba a conclusiones no fundadas, sino que además termina decidiéndose en base a la aplicación del examen de proporcionalidad, limitando en gran medida su alcance a los hechos del caso.

libertad personal), se ha de aplicar un “escrutinio estricto”, pues se está en presencia de una “categoría protegida” como lo es la orientación sexual. Esto es lo que la debe llevar a examinar: si la medida ha afectado el contenido de un derecho protegido; si existe un fin legítimo e imperioso que justifique la afectación; la necesidad de la medida para la consecución del fin; y la aplicación de un juicio de proporcionalidad estricto (Corte IDH, 2022, párr. 96 y 142).

Además, dado que se trataba de su primer caso en que la libertad religiosa resultaba ser centralmente relevante para la adecuada resolución del caso, le correspondía interpretar las disposiciones relativas a este derecho, fijando su sentido, alcance y ámbito de protección, debiendo dar a conocer la argumentación en virtud de la cual arribaba a sus conclusiones. En este plano particular, la Corte estaba llamada a resolver en un contexto donde ya existía una vasta jurisprudencia, tanto nacional como internacional, que ha delineado el ámbito de protección de tal libertad con unos contornos ya claros, pero que la Corte decide desconocer. Por lo mismo, su decisión de apartarse de lo que es un consenso internacional y comparado en la materia –construido sobre iguales normas de reconocimiento del derecho, e idéntica interpretación y aplicación en controversias jurídicas– exigía un trabajo argumentativo que la Corte simplemente no da. Comenzamos por esto último.

4. Aislacionismo atípico al momento de escudriñar al contenido protegido de la libertad y autonomía religiosa

141

La Corte aborda el contenido de la libertad de religión en forma dispersa a lo largo de la sentencia, lo que dificulta su lectura. Ella dedica una primera parte, en la sección de consideraciones generales a sentar premisas sobre esta libertad, así como de la garantía del derecho a la educación religiosa, tanto para los padres como para los niños (Corte IDH, 2022, párr. 73 a 84).

Luego vuelve a retomar el asunto a propósito de su examinación del Decreto 924 de 1983, a la luz de las premisas que ya se habían delineado (Corte IDH, 2022, párr. 94 a 97). En este punto es que la Corte declara que el reconocimiento del Estado a que las autoridades religiosas “seleccionen” a los profesores de religión bajo un régimen como el chileno es legítimo a la luz de la Convención Americana (Corte IDH, 2022, párr. 97)⁸.

La Corte volverá a abordar el contenido y alcance de esta libertad y sus derechos asociados una tercera vez, en otro pasaje, pero ahora con el objeto de restringir su alcance. En ese sentido, la Corte afirma que el que las instituciones religiosas puedan determinar si un profesor de religión es o no idóneo para enseñar la fe no constituye “una facultad inherente contemplada en el derecho internacional” (Corte IDH, 2022, párr. 115) y que,

... las clases de religión católica como parte de un plan de educación pública, en establecimientos educativos públicos, financiados por fondos públicos, no se

8 No se puede dejar de notar que el uso de este término denota la incomprensión de la Corte del derecho chileno, expuesto por lo demás en la audiencia pública, pues no hay tal selección como decisión de contratación, sino una mera habilitación para ser designado al cumplimiento de esa función concreta por parte de los directivos de la escuela. Esto lo distingue del contexto jurídico español, por ejemplo, en que es la autoridad religiosa la que directamente determina la contratación o despido.

encuentran dentro de los ámbitos de libertad religiosa que deben estar libres de toda injerencia del Estado puesto que no están claramente relacionados con las creencias religiosas o la vida organizativa de las comunidades. (Corte IDH, 2022, párr. 129)

Como dijimos, acá la Corte debe algunas explicaciones.

Ante todo, porque como le hizo ver el Estado –así como también los peritos Carozza (Corte IDH, 2021, resuelve)⁹ y Robbers (Presidenta Corte IDH, 2021, párr. 21)¹⁰, quienes fueron llamados *ex officio* por la Corte para declarar sobre la libertad de religión y autonomía– ningún otro órgano jurisdiccional o de monitoreo de tratados antes de la Corte Interamericana ha puesto en duda que el derecho internacional de los derechos humanos protege la libre elección de los maestros de religión, ni ha tenido la osadía de afirmar un postulado tan evidentemente contradictorio como que las clases de religión confesional no tienen clara relación con las creencias religiosas.

Primero que todo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dictaminado que el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) protege la libre enseñanza de la religión y aquellos actos que son parte integrante de ella, “como ocurre con la libertad de escoger a sus... maestros [*teachers*]” (Comité DDHH, 1993, párr. 4). El mismo Comité había resuelto un caso análogo al de Pavez – Delgado Páez vs. Colombia– absolviendo de reproche el que el Estado respete la decisión de las comunidades religiosas sobre quién puede enseñar religión y la forma en que ha de impartirse aquella enseñanza (Comité DDHH, 1990).

A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido enfático en proteger este derecho a determinar con libertad quien es apto para enseñar religión y moral –afirmando este punto en particular de manera unánime por la Gran Sala– (TEDH, 2014, párr. 127 a 130)¹¹, entendiendo que los maestros de religión representan a sus comunidades de fe (TEDH, 2014, párr. 133-134)¹², en servicio a sus mismos fieles, incluso en el contexto de las escuelas públicas donde enseñan la religión (y que eran el escenario de los casos conocidos por el Tribunal Europeo). La misma conclusión sobre el alcance del derecho se encuentra en las decisiones de los tribunales superiores de

9 “Resuelve” requerir diligencia probatoria de oficio de citar a declarar como perito a Paolo Carozza, quien “... se referirá a... el estatuto de la libertad de religión bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”

10 “Resuelve” requerir diligencia probatoria de oficio de citar a declarar como perito a Gerhard Robbers, quien “rendirá peritaje sobre peritaje sobre los distintos modelos de regulación de las relaciones entre el Estado y las comunidades religiosas y su compatibilidad con el deber de respeto de la libertad religiosa, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos. Lo anterior con particular énfasis en la autonomía religiosa, el deber negativo del Estado a respetarla, y las implicancias prácticas en ámbitos tales como el ejercicio de la jurisdicción del Estado”

11 En el mismo sentido, los párrafos 20 y 24 del voto de minoría, que recoge la opinión de todos los jueces en disenso.

12 En el mismo sentido el párrafo 30 del voto de minoría. Ver también, TEDH, 2016, párr. 93; y los casos de *Obst v. Alemania* (2010); *Caso Siebenhaar v. Alemania* (2011); y *Schüth v. Alemania* (2012).

Trinidad y Tobago¹³, Canadá¹⁴, Brasil¹⁵, Estados Unidos¹⁶, Colombia¹⁷ y Chile. Entonces, la pregunta que le cabía responder a la Corte es: ¿En qué se equivocaron todos estos órganos jurisdiccionales o monitores de tratados, que justifica afirmar la conclusión contraria de que tal determinación no tiene protección bajo el derecho internacional de los derechos humanos? No hay siquiera un intento de respuesta de parte de la Corte; sólo su *dictum*.

Alguien podría intentar objetar acá, por ejemplo, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es distinta en su texto al PIDCP o a la Convención Europea de Derechos Humanos, o bien que no sería pertinente importar los razonamientos de otros organismos en torno a sus tratados específicos. Pero tal objeción es débil y en definitiva falla, al no reconocer que la consagración de estos derechos en los distintos sistemas de protección de derechos humanos es esencialmente la misma. Por otro lado, la práctica asentada de la Corte refuta también esas objeciones. Levanta suspicacia en el lector el hecho de que una Corte que se ha caracterizado en el pasado por su apertura a considerar la jurisprudencia comparada –muchas veces en forma determinante– para decidir, o para interpretar los tratados de manera de reconocer derechos no escriturados, en este caso en cambio se decida por actuar con un sentido recién descubierto de recato y una mirada completamente aislacionista del resto del mundo.

Sobre lo primero, la Corte parece insinuar (en forma implícita, pues sobre esto tampoco argumenta) que la Convención Americana tendría un alcance distinto (y más limitado) al de otros tratados, atendiendo a que al referirse concretamente a la educación religiosa –siguiendo el artículo 12.4 de la Convención– sólo se hace referencia a los padres, y no a las autoridades religiosas de las comunidades (Corte IDH, 2022, párr. 113)¹⁸. Pero tampoco lo hacen la Convención Europea y el PIDCP, y ello no fue obstáculo para que el Comité de Derechos Humanos y el TEDH reconocieran como parte del derecho protegido esta atribución de las comunidades religiosas, ejercida por sus autoridades.

13 Caso Kamla Jagessar v. Teaching Service Commission, referido a la negativa de la Teaching Service Commission –organismo del Estado– a contratar a una directora de escuela por la negativa de la iglesia presbiteriana que administraba el establecimiento de reconocerla como idónea por falta de idoneidad moral y religiosa (High Court of Justice, 2012).

14 Caso Caldwell et. Al v. Stuart et al., referido al despido de profesora de matemáticas y materias comerciales en una escuela dependiente de la diócesis católica de Vancouver, que recibía subvenciones estatales por la prestación del servicio educacional. (Corte Suprema de Canadá, 1984).

15 Caso Acao direta de inconstitucionalidade N. 4.439 Distrito Federal, referido a la impugnación de constitucionalidad del acuerdo entre el Estado brasileño y la Santa Sede por presunta violación de derechos fundamentales a consecuencia de la impartición de clases de religión confesional en escuelas públicas. En la sentencia se afirma entre otras cosas que el núcleo principal de la educación religiosa exige maestros comprometidos con su confesión religiosa, que sean miembros de la misma y que estén debidamente acreditados. (Tribunal Supremo Federal, 2017).

16 Caso Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru, en que se reafirma la doctrina de la “excepción ministerial”, por el cual las relaciones laborales entre ministros religiosos y sus congregaciones o iglesias están exentas de la legislación federal en materia de empleo. El caso de Estados Unidos es excepcional, en cuanto dicho Estado adopta una separación total entre iglesia y Estado que prohíbe las clases de religión en escuelas públicas. (Corte Suprema de EE.UU., 2020).

17 Caso referido a demanda de discriminación del actor, que fue removido de la enseñanza de la fe católica en una escuela pública de la localidad de Casanare, luego de que el obispo del lugar retirara su aprobación ante quejas de padres por el hecho de que el docente era miembro de la iglesia anglicana, y no de la iglesia católica. (Corte Constitucional, 1999).

18 Una variante del argumento sería que tanto al Convención Europea como el PIDCP mencionan concretamente que la libertad de religión incluye la manifestación de la religión o creencias “mediante...la enseñanza”, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no lo hace. Pero esto no nos parece convincente. La Convención Americana cubre la profesión y divulgación de la religión colectivamente, lo que las personas realizan a través de su pertenencia a las iglesias y otras comunidades de fe. El numeral 3° del artículo 12 está a su vez vinculado en forma intrínseca con el numeral 1°, y aquel reconoce que la posición por defecto es la manifestación de la religión en forma libre, hasta que no se restrinja por causas legales. Una de las formas de manifestación de la religión y creencias es la enseñanza libre de las mismas, con todos los actos que le son integrales, lo que incluye la selección de maestros, como bien señaló el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y vimos con anterioridad. Así, aún si no se le explicita, la Convención Americana protege el culto, los ritos, las prácticas y la enseñanza. Esta es la conclusión a la que arriba el ex presidente de la Corte Interamericana, Héctor Fix Zamudio, como la correcta interpretación del artículo. (Fix Zamudio, 1996, párr. 13).

Además, pretender esto es al menos sugestivo de un doble estándar, considerando que la Corte ha sido proclive a encontrar derechos implícitos en el texto, ampliando el ámbito de protección más allá de lo expresado en él¹⁹. Sin ir más lejos, ella hace esto incluso en esta sentencia, al considerar que lo que se vulneró para la Sra. Pavez fue su “vocación docente” (Corte IDH, 2022, párr. 140), que como tal no tiene respaldo en el texto ni de la Convención ni de la Carta de la Organización de Estados Americanos (y así lo retrucó el juez Sierra Porto). ¿Por qué la Corte se niega a razonar de manera semejante cuando es la libertad religiosa el derecho humano que está llamada a interpretar? ¿Qué lleva a la Corte a tomar la postura más restrictiva de entre todas las posibles cuando está interpretando el alcance de una libertad explícitamente garantizada? O presentado de otra manera, ¿Por qué la Corte no le da a esta libertad en particular una interpretación expansiva, de conformidad con el principio *pro homine* que ella blande siempre con máximo entusiasmo? La Corte no nos proporciona una respuesta.

Y en lo referente a la relevancia de las decisiones de otros organismos, parece indefendible que una Corte que ha llamado a profundizar en el diálogo jurisprudencial con otros tribunales (Corte IDH, 2020), acá en cambio ignora por completo lo que otros tienen que decir en la materia. El razonamiento jurídico de los distintos organismos es incuestionablemente relevante, toda vez que ellos han debido enfrentar problemas análogos en aplicación de normas jurídicas sustancialmente idénticas, y haciendo uso de los mismos modos de análisis y resolución, como lo es el examen de proporcionalidad. La decisión de omitir toda consideración a dichas opiniones en este caso genera un contraste evidente y pronunciado con la conducta previa de la Corte, como lo refleja la sentencia de Artavia Murillo c. Costa Rica—por nombrar solo un ejemplo paradigmático de entre muchos posibles— en que la Corte explícitamente basó su decisión en el razonamiento de otros tribunales (Corte IDH, 2012b).

En aquella oportunidad la Corte fijaba su posición —la que no compartimos— de que al interpretar el tratado no sólo se han de tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con aquel, “sino también el sistema dentro del cual se inscribe..., esto es, el derecho internacional de los derechos humanos” (Corte IDH, 2012b, párr. 191), entendiendo que esta rama del derecho es un todo unificado, que por tanto iguala la interpretación de todos los tratados hacia un común denominador, por sobre su especificidad regional (Corte IDH, 2012b, párr. 224-244)²⁰. De esta manera, la Corte ha considerado pertinente interpretar y resolver sus casos sobre violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz, por ejemplo, de los tratados del sistema universal, europeo y africano de derechos humanos. ¿Qué distingue a este caso para que la Corte justificadamente abandone esa manera de proceder? Una vez más, no se proporciona una respuesta.

19 Ver, por ejemplo, el “derecho a enterrar a los muertos” (Corte IDH, 2012a, párr. 155 y ss.)

20 Así, por ejemplo, en Artavia Murillo, la Corte sostuvo como parte de su argumentación que, aunque la Convención Americana hace explícita la protección del derecho a la vida (“este derecho”) en general desde la concepción, los demás tratados de derechos humanos a nivel universal y en otras regiones no contienen igual norma, y por ello la Convención Americana no debiera interpretarse como extendiendo el derecho a la vida a los concebidos, pero no nacidos. No estamos de acuerdo con esa argumentación, pues es contraria al efecto útil de las cláusulas que están explícitamente incluidas, lo que en todo caso lo distingue de la situación que comentamos, en que más bien se trata de dar una interpretación restrictiva, que deja la protección por debajo de aquella que se reconoce bajo los demás tratados, con normas prácticamente idénticas

Es notorio en cambio que esta sentencia está desprovista de toda referencia a la jurisprudencia europea, universal, o regional²¹, en circunstancias de que ésta fue invocada profusamente por el Estado, los peritos y los múltiples informes de *amicus curiae*, demostrando que otros órganos que lidiaron con este tipo de controversias antes que la Corte habían arribado a la conclusión contraria a la que finalmente ella adoptó.

En síntesis, la sentencia Pavez muestra un flojo ejercicio argumental en que la Corte no explica cómo llega a sus conclusiones sobre el ámbito de protección del derecho que analiza, ni por qué este es sustancialmente distinto al que todos sus pares que han abordado el asunto han reconocido. La deficiencia argumental llega al punto de caer en la incoherencia interna, pues si en un inicio la Corte niega que sea una facultad inherente de las instituciones religiosas el decidir la idoneidad de sus maestros –como ya se vio–, ella finaliza señalando que “esas facultades ... derivan directamente del derecho a la libertad religiosa” (Corte IDH, 2022, párr. 130); agregando que ellas deben adecuarse a los otros derechos y obligaciones vigentes en materia de igualdad. Entonces ¿Eran parte del ámbito de protección del derecho o no? Las contradicciones de la Corte no lo dejan en claro. Con todo, esto nos sirve como transición para abordar la siguiente cuestión.

5. La no-argumentación respecto del examen de proporcionalidad estricto

¿Qué significa que un derecho deba adecuarse a los derechos y obligaciones en materia de igualdad? ¿En qué sentido un derecho tiene que adecuarse a otro derecho? ¿Se subordina un derecho a otro? ¿Está acá la Corte afirmando la superioridad de la igualdad y no discriminación por sobre otras libertades? ¿Fundada en qué?

En el mejor de los casos, podemos entender que esa “adecuación” se refiere a que ningún derecho es absoluto, y que el ejercicio de uno puede incidir en el goce del derecho de otro, al punto de configurarse una violación de derechos humanos. Esta ha sido, en síntesis, la posición de la Corte en su jurisprudencia. Pero en el caso de la igualdad y no discriminación, lo que determina que un trato determinado constituya una violación de este derecho exige de manera necesaria determinar –y así lo ha dicho la Corte, en la misma sentencia definitiva en comentario– si es que dicha conducta supera el examen de proporcionalidad estricta. Malamente podría entonces aceptarse la insinuación de la Corte de que sea necesaria una especie de subordinación de la libertad de religión a la

21 La sentencia del caso Pavez solo contiene dos referencias a la jurisprudencia de otros organismos nacionales o internacionales, tratada a nivel de pies de página, en las notas 159 y 164. La primera refiere a la Corte Suprema de Estados Unidos en llamado caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and Schools v. EEOC*, por ser esta la decisión que recoge en ese país su doctrina de la “excepción ministerial”. La segunda hace referencia al caso *Fernández Martínez v. España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero sólo respecto del punto acotado y no controversial de que las comunidades religiosas que realicen acciones que interfieran con la vida privada de un miembro, deben demostrar, y no sólo alegar, que las acciones del individuo ponen en riesgo su autonomía. Su invocación en este contexto es bizarra, por sobre todo porque las comunidades religiosas no tienen legitimación activa para intervenir como partes ante la Corte para demostrarle lo que ella parece exigir. Tal asunto sólo podría discutirse en el plano doméstico. Pero, además, porque en el caso *Fernández Martínez*, los jueces del TEDH estaban contestes en que el verse obligados a retener a un maestro de religión que no les representaba por considerarlo inidóneo era suficiente fundamento para considerar esto una amenaza seria a la autonomía de las comunidades religiosas, como cuestión general; es decir, llegaron a la conclusión contraria a la de la Corte y esta última lo desconoce (TEDH, 2014, párr. 133 a 136).

igualdad y no discriminación (Corte IDH, 2022, párr. 130)²², pues además ello implicaría la introducción de una jerarquía de derechos inexistente e inaceptable.

Así, ante el reconocimiento explícito de que la normativa chilena no establece en sí discriminaciones directas o indirectas (Corte IDH, 2022, párr. 97-98)²³, la cuestión se desplaza al examen de proporcionalidad sobre el trato concreto recibido por la Sra. Pavez en el caso, sin que la sola presencia de la categoría protegida sea suficiente para concluir la configuración de discriminación.

¿Y qué argumentación o análisis nos da la Corte? Ninguno. El lector puede verlo a simple vista. En el párrafo 142 la Corte dice cuáles son los elementos que analizará como parte del examen –fin “convencionalmente” imperioso, necesidad y proporcionalidad estrictas, además de la afectación de derechos. En el párrafo 143 deja constancia de que acá se ve envuelta la categoría protegida de orientación sexual (lo que gatillaría el escrutinio estricto). Y en el párrafo 144 salta directo a la conclusión –que se declara, pero no se argumenta– sobre “los costos de la medida”, los que resuelve en una línea.

De manera sorprendente, la Corte afirma explícitamente que existe proporcionalidad entre la revocación del certificado y los efectos que se siguieron, en relación con la interferencia sobre los derechos de Pavez:

Esta Corte considera que los costos de la medida restrictiva en perjuicio de Sandra Pavez Pavez no superan las ventajas que se obtienen en materia de protección de la libertad religiosa y de protección de los padres a escoger la educación de sus hijos. (Corte IDH, 2022, párr. 144)

Es decir, las ventajas obtenidas en resguardo de la libertad religiosa son superiores a los costos de restricción sobre Sandra Pavez ¿Es esto sólo un error de redacción, o es que la decisión original era distinta? No lo sabemos. Pero asumiendo para argumentar que se trata de lo primero, sigue siendo el caso que la Corte no intentó justificar por qué los costos sobre la Sra. Pavez eran mayores a los beneficios. Es más, su único pasaje dedicado al punto expresamente se aparta de ese análisis, pues lo que reprocha es que “en ningún momento se tomaron en cuenta los efectos que tendría esta medida en la vida personal de la Sra. Sandra Pavez Pavez o su vocación docente” (Corte IDH, 2022, párr. 144). Como es evidente, la cuestión de si se “tomaron en cuenta los efectos” por parte del Estado (efectos que nos parece que sí fueron considerados, pues ello explica los muy limitados efectos civiles seguidos de la decisión de revocación, a fin de que no fueran desproporcionados) no es lo mismo que examinar los beneficios y los costos, y establecer la proporción o desproporción entre ellos. Tal era el ejercicio esperable, y simplemente no existe. Y por si eso fuera poco, la Corte no parece estar consciente de que ella incurre en exactamente el mismo vicio que acusa, pues ella tampoco describe o analiza cuáles son los efectos perjudiciales sobre la “vocación docente” de la Sra. Pavez.

22 “esas facultades que derivan directamente del derecho a la libertad religiosa, deben adecuarse a los otros derechos y obligaciones vigentes en materia de igualdad y no discriminación.”

23 “la vigencia del Decreto 924 no resulta per se contraria a la Convención, y puede incluso constituir una de las varias formas de incorporar en el derecho interno lo dispuesto en el artículo 12.4 de la Convención... la Corte constata que el contenido del Decreto 924 no establece diferencias de trato entre las personas en razón de su orientación sexual ni tampoco en razón de ninguna de las otras categorías especialmente protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. Por otra parte, este Tribunal observa que no se encuentra alegado ni acreditado que esa norma constituyera una forma de discriminación indirecta.”

Así, aunque la Corte compromete un análisis del asunto bajo la “proporcionalidad estricta”, no cumple su promesa. No analiza si es que el fin perseguido por Chile cumple con ser “convencionalmente imperioso”; omite discutir sobre la necesidad de la medida para la consecución del fin; y no lidia con el balance de costos y beneficios del caso. En síntesis, es una decisión no argumentada, y por ello, arbitraria.

La cuestión de la proporcionalidad es, por supuesto, el elemento central de esta decisión, y a priori era especialmente relevante conocer el razonamiento de la Corte, pues como se le hizo ver en el proceso, su par europeo había considerado, en circunstancias perfectamente análogas, que incluso si el profesor de religión contratado en una escuela pública terminaba siendo despedido con una indemnización, a consecuencia de la pérdida de su idoneidad para enseñar por decisión de la autoridad religiosa, ello era proporcional a la necesidad de proteger la libertad religiosa y por ello no constituía una discriminación. Esto fue así tanto en los casos de Fernández Martínez v. España (TEDH, 2014)²⁴ como en Travas v. Croacia (TEDH, 2016)²⁵. Si en este caso en cambio la peticionaria no fue despedida, sino promovida, con aumento de remuneraciones, idéntica estabilidad laboral y en el cumplimiento de funciones docentes acordes con su título profesional –todo lo cual es admitido por la Corte en la sentencia–, ¿cómo y por qué la Corte concluye que acá existe desproporción y por ello ilicitud? No lo hace, sólo lo afirma.

6. La omisión de considerar normas decisorias de la litis

Volvemos acá al punto del juez Sierra Porto en su voto parcialmente disidente. Como mencionamos más arriba, Sierra Porto critica a sus pares el que hayan inventado de manera *ad hoc* la “vocación” como ámbito de protección del derecho al trabajo. Correctamente reprocha que “la Corte no expone cuáles son las disposiciones que directa o indirectamente reconocen la vocación como parte del derecho al trabajo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos” (Corte IDH, 2022, voto concurrente, párr. 9). Y tiene toda la razón. Tal determinación escapa por completo de los precedentes de la Corte sobre el derecho al trabajo, y no tiene anclaje alguno en las normas aplicables. Esto es determinante porque la Corte considera que existió afectación del derecho al trabajo (el primer paso para aplicar el examen de proporcionalidad), en base a un supuesto ámbito de protección jamás reconocido antes de este fallo, y sin la debida fundamentación para ser afirmado ahora por primera vez. Pero la afectación del derecho al trabajo no es real, y en este plano la Corte comete tal vez la peor y posiblemente más grave de todas sus omisiones.

24 José Antonio Fernández Martínez era un exsacerdote católico que luego de pedir dispensa del estado clerical para contraer matrimonio, fue contratado como profesor de religión y ética en una escuela pública secundaria en Murcia, España. La diócesis competente ordenó en forma directa el término de la relación laboral con la escuela, en atención a la pérdida de confianza en su idoneidad para enseñar, a propósito del conocimiento de hechos de su vida privada y declaraciones que dio a la prensa regional. El Sr. Fernández Martínez se vio forzado a dejar su empleo como profesor de religión, recibiendo beneficios de seguridad social hasta encontrar un nuevo empleo. La Gran Sala del Tribunal Europeo concluyó que no existió violación de derechos humanos en su caso, siendo la medida proporcional al fin perseguido de protección de la autonomía religiosa.

25 Peter Travas ejercía como profesor de religión católica y de ética y cultura. Fue despedido de una escuela pública en Opatija, Croacia. Su despido vino como consecuencia de la pérdida de un mandato canónico para enseñar la religión católica por incurrir en conductas de su vida privada que eran incompatibles con la doctrina de dicha iglesia. Las autoridades de la escuela hicieron un intento de buena fe de encontrarle otra posición dentro de la misma escuela o el sistema escolar, sin éxito. Se le dio un aviso de dos meses y el pago de una indemnización. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que no hubo violación de sus derechos humanos.

En sus consideraciones generales sobre el derecho al trabajo (Corte IDH, 2022, párr. 87 a 90), en que establece las premisas sobre el sentido y alcance de la protección del derecho, la Corte explícitamente invoca el Convenio N. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre discriminación en empleo y ocupación, como parte del *corpus iuris internacional*. Pero la Corte se refiere a los artículos 2 y 3, omitiendo en forma arbitraria siquiera mencionar y analizar el artículo 1° del tratado. Tal artículo es esencial a la resolución de la litis en cuanto aquel define el concepto de discriminación prohibida en materia de empleo, y expresamente afirma que las distinciones o exclusiones basadas en las calificaciones exigidas para un empleo o función determinada no son consideradas discriminación. ¿Cómo puede la Corte justificar el no contender con esta norma? Sería más entendible que la Corte omitiera por completo referirse al tratado en cuestión; pero una vez que lo hace, no parece excusable que guarde silencio sobre el artículo que contiene reglas directamente decisorias de la cuestión.

Agrava la falta que la Corte omite reconocer y considerar la interpretación que hace del Convenio N. 111 la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, que es una autoridad competente para ello dentro de la OIT. En lo pertinente, dicha Comisión de Expertos explícitamente ha interpretado que la exigencia de una calificación como el certificado de idoneidad no es discriminatoria, siempre que esa exigencia de calificación no se “[extienda] a todo un sector de actividad” o bien que ella no implique una “exclusión general de ciertos empleos u ocupaciones del campo de aplicación... como, por ejemplo, (...) el servicio público, son manifiestamente contrarias al convenio” (Comisión de Expertos, 1996, párr. 119), lo que no ocurría en el contexto chileno. Asimismo, habiendo revisado la normativa vigente, el Departamento de Estándares Internacionales de la OIT ha manifestado que es común que ciertas funciones o tareas estén reservadas a personas de una particular religión, sin ser ello contrario al tratado, incluso en circunstancias en que la orientación sexual sea un criterio diferenciador (Thomas, C. y Weber C., 2019, párr. 105). ¿Cómo puede justificar la Corte ignorar todo aquello, que por lo demás le hizo ver el Estado?

La arbitrariedad de la Corte es patente, si se considera que en la misma sección del fallo ella cita, en cambio, al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para afirmar la obligación de los Estados de garantizar el derecho “sin discriminación alguna” (Corte IDH, 2022, párr. 89), pero sin lidiar con aquella norma que excluye de la categoría de discriminación la exigencia de un certificado de idoneidad como calificación para la función. O que en otro párrafo la Corte no vacila en citar la “Memoria del Director General de la OIT de 1999” como fuente para conceptuar el “trabajo decente” (Corte IDH, 2022, párr. 90), en circunstancias de que ese es un documento de difusión sobre gestión institucional de la organización sin valor normativo, mientras que la interpretación de la Comisión de Expertos de la OIT sobre el tratado sí lo tiene.

En resumen, la Corte sólo llega a considerar que existe una afectación del derecho al trabajo luego de que evita enfrentar al argumento decisorio en contra de la posición que adopta. No puede plausiblemente sostener desconocimiento de las normas e interpretaciones que acá hemos puesto de relieve, en particular si se decide traer a la vista el mismo tratado relevante.

7. Incumplimiento de los estándares que se le exigen a los Estados en materia de motivación de las decisiones judiciales.

A modo de cierre, cabe tener a la vista la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el deber de motivación de las sentencias como un elemento integrante del debido proceso al que tienen derecho todas las personas. Su jurisprudencia en la materia viene a recalcar el carácter grave de su falta de argumentación suficiente en este caso. Sobre el punto, la Corte ha sostenido que es deber de todo tribunal el exteriorizar la “justificación razonada que permite llegar a una conclusión”²⁶, protegiendo el derecho a “ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de la sociedad democrática”²⁷ (Corte IDH, 2011, párr. 141). La falta de debida fundamentación implica arbitrariedad. A nuestro juicio, esta es indudablemente la descripción que mejor se ajusta a lo que ha realizado la Corte Interamericana en el caso de Sandra Pavez.

8. Conclusiones

Al haberse analizado en profundidad y de manera detenida la decisión del caso Pavez, nos parece claro que se trata de un fallo de alcances muy limitados, en que la resolución del conflicto ha recaído en el examen de proporcionalidad sobre la medida concreta aplicada en el caso a la persona de la víctima. En ese sentido, y tomando en consideración que no se encontró antijuridicidad en las normas del ordenamiento jurídico chileno, es concebible que su aplicación en otros casos semejantes no arroje el mismo resultado, si varían las circunstancias fácticas de aquel. Pero ahí precisamente se encuentra uno de los problemas de esta sentencia, pues como ya se ha visto, ella arriba a conclusiones respecto de las cuales no argumenta, y que por ello hacen imposible entender qué exactamente es lo que la Corte toma en cuenta para concluir una falta de proporcionalidad en este caso, que permita evitarlo en el futuro.

A nuestro parecer, el fallo en comento es erróneo en su determinación sobre la desproporción. La comparación con los casos análogos del sistema europeo hace que esto sea evidente. Frente a normas jurídicas esencialmente iguales, y ante circunstancias de hecho prácticamente idénticas, no se entiende que se afirme que existe acá ausencia de proporción entre medida y efectos, cuando estos últimos son incuestionablemente más benignos en el derecho chileno que los que se admitieron en los casos comparados de España y Croacia. Cabe aquí preguntarse en qué medida podrían haber sido distintas las circunstancias para que la Corte considerase que se superaba el examen de proporcionalidad, fuera de que las autoridades religiosas simplemente no hubiesen adoptado su decisión, o que el Estado chileno la hubiese ignorado. Pero si esa es la respuesta, es que en realidad se configura acá una verdadera absolutización de ciertos

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, septiembre 1). Caso López Mendoza v. Venezuela. §141.

27 Ibid.

derechos, con claro desmedro de la libertad de religión y creencia; un resultado que nos parece inaceptable, y ajeno al derecho internacional de los derechos humanos.

La sentencia del caso Pavez parece caer en el vicio de estar dirigida a la obtención de un resultado predeterminado dada su temática e intereses involucrados. Este enfoque en el resultado por sobre la argumentación podría explicar las notorias omisiones de la Corte que se han mencionado en este ensayo, rompiendo con sus actos propios del pasado. Sea como fuere, su decisión de no confrontar normas decisorias de la litis y el razonamiento de otros organismos contenido en la jurisprudencia relevante dan cuenta de una decisión que es argumentalmente débil. Por lo mismo, este fallo debiera ser mirado con ojos críticos hacia el futuro, en especial frente a pretensiones de derivar principios generales sobre la libertad de religión para el continente americano, que no se ajustan al derecho escrito en los tratados de DD.HH., ni a su interpretación y aplicación posterior por los Estados de la región, y alrededor del mundo.

Referencias Bibliográficas

- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 77 mayo-agosto. Pp. 51-75.
- Celis, A.M. (2022). Editorial. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión. Número Especial (2022), Caso Pavez Pavez vs Chile*. Recuperado de: <http://revistalatederechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/view/48013/38307>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*. (1ª Ed.) San José, C.R.: Corte IDH. Rescatado de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>
- Fix Zamudio, H. (1996). La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *La Libertad Religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Rescatado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=569999>
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (1993). *Observación General N. 22: Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*. Rescatado de: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom22.html>
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (1996). Igualdad en el Empleo y la Ocupación, *Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª Sesión (1ª Edición)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Rescatado de: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1996-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1996-4B).pdf)
- Saldivia Menajovsky, L (ed.). *Límites a la Potestad de la religión católica para discriminar. Sobre el Caso Pavez Pavez y los amici curiae a favor de su pretensión* (2021). Ciudad de México: Editorial UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6680-limites-a-la-potestad-de-la-religion-catolica-para-discriminar-sobre-el-caso-pavez-pavez-y-los-amici-curiae-en-favor-de-su-pretension-coleccion-amici-curiae-numero-1>

Thomas, C. y Weber C., Departamento de Estándares Laborales Internacionales, Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Information paper on the protection against sexual orientation, gender identity and expression and sexual characteristics (SOGIESC) discrimination*. Rescatado de: https://www.ilo.org/global/standards/WCMS_700554/lang--en/index.htm

Normas e instrumentos citados

República de Chile. (2005). *Constitución Política de la República*. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

República de Chile. (1999). *Ley N. 19.638 "Establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas"*. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=145268>

República de Chile, Ministerio de Educación. (1983). *Decreto 924 de 1983 "Reglamenta clases de religión en establecimientos educacionales"*. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16238&buscar=decreto%2Bsuoremo%2B924%2Bde1%2B83%2Bclases%2Bde%2Breligion>

Organización de Estados Americanos. (1969) *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969). Rescatado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización Internacional del Trabajo. (1958). *Convenio N. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Rescatado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=ORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111

Consejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Rescatado de: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Rescatado de: https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf

Jurisprudencia citada

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018, diciembre 18). Informe de Fondo 148/18 Caso 12.997, Sandra Cecilia Pavez Pavez. Rescatado de: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12997Fondo-ES.PDF>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022, abril 25). Sentencia Caso Pavez Pavez v. Chile. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf

Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2021, marzo 26). Resolución de la Corte. Caso Pavez Pavez vs. Chile. Rescatado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/pavez_26_03_21.pdf

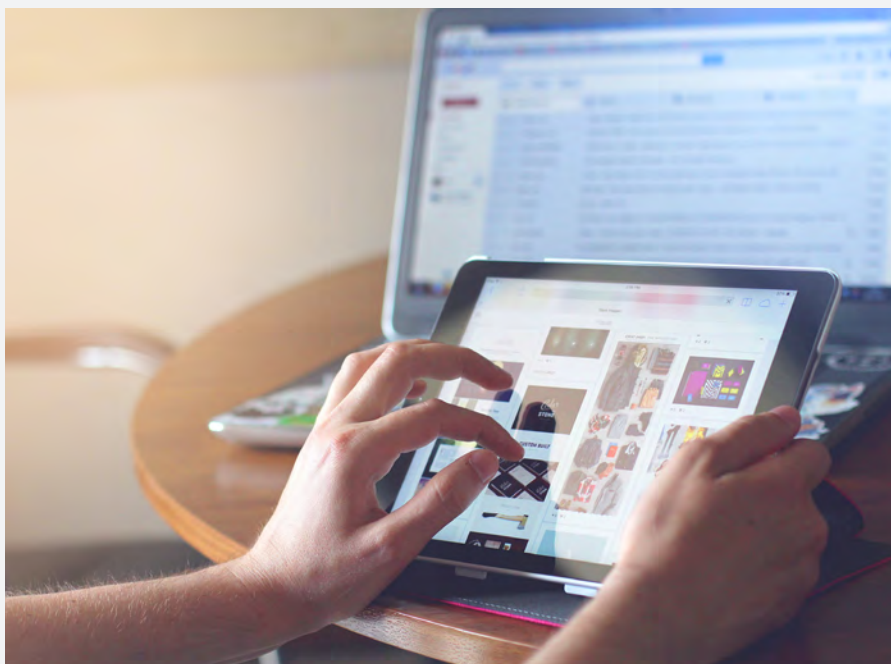
Corte Interamericana de Derecho Humanos. (2021, marzo 3), Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Pavez Pavez vs. Chile. Rescatado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/pavez_pavez_04_03_21.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, septiembre 4). Sentencia caso Masacres de Río Negro v. Guatemala. Rescatado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, noviembre 28). Sentencia caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Rescatada en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, septiembre 1). Caso López Mendoza v. Venezuela. Rescatado de: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (1990, agosto 23). *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia. Comunicación No. 195/1985, U. N. Doc. CCPR/C/39/D/195/1985* (1990). Rescatado de: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session39/195-1985.html>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala. (2014, 12 de junio). Caso Fernández Martínez v. España. Rescatado de: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4786864-5830211&filename=003-4786864-5830211.pdf>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2016, octubre 4). Caso Travas v. Croacia. Rescatado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166942>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010, septiembre 23). Caso Obst v. Alemania. Rescatado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166942>
- 152 ■ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2011, febrero 3). Caso Siebenhaar v. Alemania. Rescatado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103236>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010, septiembre 23). Caso Schuth v. Alemania. Rescatado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100469>
- High Court of Justice (Trinidad y Tobago). (2012, enero 25). Caso Kamla Jagessar v. Teaching Service Commission. CV 2009-01445. Rescatado de: http://webopac.ttlawcourts.org/LibraryJud/Judgments/HC/ventour/2009/cv_09_01445DD25jan2012.pdf
- Corte Suprema (Canadá). (1984, diciembre 20). Caso Caldwell et. Al v. Stuart et al. Rescatado de: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/5292/index.do>
- Tribunal Supremo Federal (Brasil). (2017, septiembre 27). Acao direta de inconstitucionalidade N. 4.439 Distrito Federal. Rescatado de: <https://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>
- Corte Suprema (Estados Unidos). (2020, julio 8). Caso Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru. 591 U.S. —. Rescatado de: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-267_1an2.pdf
- Corte Constitucional (Colombia). (1999, diciembre 2). Sentencia T-972/99, Expediente T-238.812. Rescatado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-972-99.htm>
- Corte de Apelaciones de San Miguel (Chile). (2007, noviembre 27). Sentencia Rol N. 238-2007-pro. Rescatado de: <http://derechoyreligion.uc.cl/es/docman/documentacion/chile/jurisprudencia/461-sentencia-que-rechaza-el-recurso-de-proteccion>

en-contra-del-vicario-para-la-educacion-del-obispado-de-san-bernardo-interpuesto-por-profesora-cuyo-certificado-de-idoneidad-fue-revocado/file

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y postgrados

Exposición sobre Arbitraje en Seguros en Perú

El Dr. Enrique Ferrando expuso en el marco del Postgrado en Derecho de Seguros de la UM



El Dr. Enrique Ferrando, socio principal del estudio jurídico Osterling y referente en materia de Arbitraje en Seguros, expuso en la Universidad de Montevideo sobre la situación del arbitraje en esta materia en Perú.

157

Ferrando señaló que la Ley de Seguros de ese país considera cláusula abusiva el pacto del arbitraje en el contrato de seguros, ya que limita al asegurado -parte débil en el contrato de adhesión- el acceso a la vía de la justicia ordinaria. No obstante, explicó, permite pactar el arbitraje una vez ocurrido el siniestro.

En el evento del 11 de marzo, el invitado comentó que, en su concepto, cabe criticar al legislador, ya que el Arbitraje en Seguros es posible en una gran cantidad de contratos de seguros de no consumo; es decir, cuando el asegurado no es un consumidor, así como en los seguros de grandes riesgos en los que el contratante negocia el contenido del contrato con el asegurador. Incluso, en su país, existe un Arbitraje de Consumo que es gratuito para el consumidor ante la INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual), cuando el monto discutido no supera un límite, pero solo para los proveedores adheridos al sistema, entre los cuales hay una sola empresa de seguros.

En los hechos, la Superintendencia de Banca y Seguros, órgano de contralor de la actividad aseguradora, no permite colocar la cláusula compromisoria en las pólizas y el arbitraje, que igualmente existe, y se entorpece en materia de seguros. La realidad es distinta en los reaseguros, en los que es habitual por tratarse de un contrato de no consumo entre pares.

Asimismo, el Dr. Ferrando se refirió detalladamente a situaciones problemáticas y de interpretación en materia de Arbitraje de Seguros, como la subrogación y la acción

directa en Seguros de Responsabilidad Civil, cuando esta es permitida por la legislación de seguros.

Al terminar la exposición, la Dra. Andrea Signorino Barbat, directora académica del Postgrado en Derecho de Seguros de la UM y organizadora del evento, agradeció al expositor y expresó que “el arbitraje en materia de seguros en el Uruguay es inexistente, y esto se debe -en parte- a las mismas razones brillantemente analizadas por el Dr. Ferrando; asimismo, se debe a la poca cultura que tenemos en la materia en el país”. La docente explicó que “Aún no se visualizan las notorias ventajas del Arbitraje en Seguros por la actuación de expertos en la dilucidación de los conflictos e, incluso, en contratos de consumo no se vislumbra la posibilidad de acceder a otros medios alternativos de resolución de disputas como el ombudsman en seguros, el defensor del asegurado y la mediación, que son una realidad a nivel internacional”.

El evento contó con la participación de abogados especialistas de Chile y Perú en forma presencial, y de Uruguay y varios países latinoamericanos en modalidad virtual.

30/03/2022

Equipo de FDER participó en Vis Pre-Moot

La competencia de arbitraje retomó la presencialidad



El 17 de marzo un equipo de ocho estudiantes de la Facultad de Derecho de la UM formó parte de la “3rd PCA Buenos Aires Vis Pre-Moot”, organizada por la Corte Permanente de Arbitraje, en la ciudad de Buenos Aires.

La Pre-Moot es una instancia de práctica previa a la competencia en Viena, más conocida como “Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot”. Tras dos años de virtualidad, finalmente el evento se llevó a cabo de forma presencial y participaron

equipos de grandes universidades provenientes de toda América: desde Argentina y Brasil hasta Guatemala y Canadá.

En representación de la Universidad de Montevideo estuvieron los estudiantes Martina Ferrari, Paulina Mendaro, Lucía Olloniego, Pablo Pastori, Facundo Pereira, Candela Rodríguez y Sabrina Tosi. También integraron el equipo los coaches y alumnos de FDER Thomas Biscomb y Juan Pablo Trelles, junto a Francisco Algorta, Javier Galperin, Melanie Ollero, Pía Ruggieri y Lucía Vilaseca, liderados por una Head Coach, la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga.

“Esta instancia fue una gran oportunidad a nivel académico para todos nosotros ya que tuvimos la chance de enfrentarnos a participantes de excelente nivel y ser arbitrados por personas de gran prestigio como los Dres. Martínez de Hoz y Zuppi”, comentó la alumna Candela Rodríguez. También añadió que con sus compañeros valoraron especialmente el retorno a la presencialidad en este tipo de competencias que muchos están viviendo por primera vez: “Agradecemos a las autoridades de la Facultad de Derecho y a la organización de la competencia por hacer posible esta experiencia y permitirnos un mayor intercambio con equipos, árbitros y participantes. Es un orgullo representar a la UM”.

04/04/2022

La UM participó en Campus Party

Uno de los mayores eventos de tecnología, innovación y creatividad del mundo

159



El Campus Party ya lleva 83 ediciones realizadas en 15 países y cuenta con más de 3 millones de participantes. Tras dos años de virtualidad, este 2022 regresó a Uruguay de la mano de Movistar y de la Intendencia de Maldonado. Del 31 de marzo al 2 de abril, en el Centro de Convenciones de Punta del Este, se desarrollaron múltiples actividades en las que jóvenes, universidades, empresas e instituciones se encontraron y compartieron conocimientos sobre tecnología. La Universidad de Montevideo estuvo presente con su

stand, ofreció dos workshops sobre computación cuántica y aprendizaje automático, y dictó una charla sobre el metaverso desde la óptica del Derecho.

Workshops

- Quantum Computing (QC) - What, Why, Who

La conferencia, a cargo del Dr. Rafael Sotelo, director del área de investigaciones de la Facultad de Ingeniería de la UM (FIUM), proporcionó una introducción sobre la computación cuántica, un campo atractivo para las empresas de software y las nuevas empresas. Además, el docente presentó los aspectos básicos de la lógica que sustenta QC, enumeró los algoritmos cuánticos más conocidos, mostró los campos de aplicación y presentó el estado de la industria, repasando los actores que están involucrados. También contó que hay muchas actividades públicas, ya sean académicas, comerciales o gubernamentales, relacionadas con el control de calidad y que el campo está ganando mucho interés e inversiones.

- Build first Machine Learning Model from Scratch

El segundo workshop tuvo como speaker a la Ing. Lucía Etchecopar, también docente de FIUM, quien habló sobre el aprendizaje automático (ML) y lo mucho que todas las empresas quieren aprovecharlo para mejorar sus productos o servicios. A lo largo del taller, se trabajó con la herramienta Google Colab, lo que permitió crear un modelo de machine learning de manera rápida y sencilla.

- Metalaw: IA + Blockchain. Corriendo las fronteras de los ecosistemas legales

Agustina Pérez Comenale, docente de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, habló junto a Juan Corvalán, director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial (IALAB) de la Universidad de Buenos Aires, sobre la nueva dimensión del metaverso y abarcó las temáticas de: Derecho aplicable, blockchain, rol de la IA en el metaverso, representación de activos tangibles e intangibles, creación de un avatar, creación de una futura identidad verificada, protección de DD.HH y de datos personales, creación de contenido y casos prácticos reales que se presentaron en el ámbito laboral.

La docente comentó que el año pasado tuvo la posibilidad de participar de la edición digital del evento en un panel sobre NFT donde habló de los aspectos legales y que este año decidió ir un paso más adelante para hablar de la nueva dimensión del metaverso. “Tengo muy bien vínculo con el equipo de Campus Party, desde el primer día me dieron un espacio. Además, considero que es un evento que busca incentivar el camino hacia las nuevas tecnologías y llevar a cabo acciones solidarias, sostenibles y de apoyo a la comunidad”.

Lanzamiento del Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado 2022

Presentaron el Dr. Federico Daverede, Dr. Santiago Pérez del Castillo y el decano de FDER, Miguel Casanova



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo realizó el lanzamiento de la edición 2022 del Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado (DTA). El pasado 5 de abril, el decano de la Facultad, Dr. Miguel Casanova, el Dr. Federico Daverede, director nacional de Trabajo y el Dr. Santiago Pérez del Castillo, director del DTA, se reunieron con los nuevos alumnos para comentar los desafíos laborales de cara al 2022.

“El candidato a ser alumno de este postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado es un candidato que quiere tener un instrumento para el ejercicio profesional”, declaró Pérez del Castillo respecto a la inserción del programa en el campo profesional. A su vez, comentó que la selección de profesionales para cubrir el panel docente “siempre estuvo abierto a un pluralismo ideológico”, de manera que se seleccionaron profesionales en defensa tanto de empresas como de trabajadores individuales. Si bien el postgrado se puede tomar tanto de forma presencial como virtual, aseguró que la primera opción “tiene una riqueza que no tiene la virtualidad”.

A continuación, el Dr. Federico Daverede reflexionó sobre los desafíos del Derecho Laboral: “Gran parte de la vida del Derecho Laboral pasa indudablemente por el ministerio, pero también por esta oficina”. El director nacional de Trabajo argumentó que “el mundo de las relaciones laborales son construcciones humanas”, y que las relaciones laborales se construyen acompañados de un marco jurídico.

Al finalizar, el Dr. Miguel Casanova inició una ronda de preguntas con los presentes para intercambiar percepciones sobre la materia y su aplicación en Uruguay hoy.

Sobre el Postgrado

Con una duración total de 140 horas presenciales de clase, tiene el objetivo de profundizar las herramientas para el buen desempeño de la abogacía, magistratura y actividad de asesoramiento profesional. Está dirigido a abogados, jueces, profesionales del área de gestión humana, funcionarios públicos relacionados con las relaciones laborales y docentes universitarios.

Presentación Máster en Derecho Procesal y Litigación 2022

FDER organizó una mesa redonda centrada en los desafíos del sistema de justicia uruguayo, con un panel de expertos e invitados especiales



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, en el marco de la presentación de la novel Maestría en Derecho Procesal y Litigación, ofreció una mesa redonda titulada “Algunos desafíos del sistema de Justicia uruguayo”.

En la tarde del 28 de marzo abrieron la actividad el decano de la FDER-UM, Dr. Miguel Casanova y el coordinador de Maestrías y Posgrados de FDER, Dr. Marcelo Sheppard. En el panel, participaron los directores de la maestría, doctores Margarita de Hegedus y Santiago Pereira Campos. Además, se sumaron a la mesa en formato presencial el Dr. Leandro Gianinni, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata y la Dra. Adriana Sampayo Lavié, directora de la Unidad de Litigación Estratégica de la Fiscalía General de la Nación. En conexión remota, participó la Dra. Graciela Gatti, presidenta de la Asociación de Magistrados del Uruguay.

Atendieron la actividad varios referentes académicos y profesionales asociados al Derecho Procesal, jueces, fiscales y el presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, Dr. John Pérez Brignani, que se hizo presente en el aula.

En el evento se plantearon algunas preguntas disparadoras relacionadas al sistema de justicia: ¿Por qué sí o por qué no un Ministerio de Justicia? ¿cómo deben usar redes sociales jueces, fiscales y abogados? ¿debe pensarse en un sistema que confiera seguridad jurídica, evitando sentencias contradictorias sobre casos similares?

Ministerio de Justicia: ¿por qué sí o por qué no?

Santiago Pereira Campos destacó en la presentación del tema que, desde una perspectiva de política pública, el sistema de justicia no es solamente el Poder Judicial, debiendo considerarse otras instituciones y organismos. Por otro lado, Uruguay es uno de los pocos países del continente que no tiene Ministerio de Justicia.

Asimismo explicó que Uruguay tiene un fuerte prejuicio porque en el período de la dictadura militar el Ministerio de Justicia implicó un avasallamiento de las garantías de la independencia judicial, “por lo tanto, tiene allí un peso importante en la historia reciente del Uruguay”. Las preguntas dispararon la conversación de un posible marco ideal de un ministerio de Justicia, qué tipo de institución sería y para qué.

Graciela Gatti agregó a título personal que quien se presente a los tribunales con un problema para que se lo resuelvan, no le importa quién vota el presupuesto o quién aprueba los dogmas o decisiones, “lo que requiere es el mejor sistema de justicia posible para resolver su caso, en tiempo y forma y de la mejor manera posible”, comentó. Y destacó que cree que puede existir paralelamente un órgano coordinador de recursos y acciones para que esto sea posible.

Adriana Sampayo también expresó -como opinión personal- que ve positivo un esfuerzo orgánico (coordinador) de los distintos órganos que forman parte del sistema de justicia de Uruguay, especialmente, sería beneficioso para la gestión del sistema penitenciario. También vio beneficios sobre la implementación de un organismo coordinador, interlocutor para todas las partes del sistema de Justicia nacional, para la estructura actual judicial.

Por su parte, Gianinni habló del caso de Argentina, que siempre contempló un Ministerio de Justicia en su sistema, y comentó brevemente los distintos antecedentes de formato del organismo que hubo en el país vecino hasta la actualidad. Seguidamente, habló de factores a favor de un Ministerio de Justicia como la eficiencia, especialización, generación de políticas públicas con representación del interés general. Habló de lo positivo de tener un organismo coordinador que toma las tareas de administración del Poder Judicial para mayor eficiencia.

¿Cómo deben usar redes sociales jueces, fiscales y abogados?

Pereira Campos abrió el debate sobre la temática de la utilización de redes sociales por parte de personas con cargos en el Sistema Judicial y contó que, tanto en el mundo anglosajón como en la Cumbre Iberoamericana, hay muchos documentos e investigaciones que fijan criterios éticos respecto a la conducta que deben tener en su vida privada, algo con lo que siempre debieron tener cautela. Sin embargo, ahora se les suma un nuevo desafío que consiste en evaluar los usuarios a los que siguen, los “me gustas” que dan e incluso si subir o no determinadas publicaciones que pueden tener un sesgo político partidario, volverse virales y ser percibidas como actitudes parciales a la hora de hacer su trabajo.

El docente sostuvo que en el Derecho Comparado no suelen existir normas jurídicas específicas sobre este tema, pero los códigos de ética lo atraviesan. Por ejemplo, el art. 94 de la Ley N°15.750 Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (LOT) indica que los jueces deben abstenerse de realizar actos que afecten la confianza de la sociedad sobre su imparcialidad. De modo que, por ejemplo, un comentario prejuicioso en Twitter generaría descrédito en el sistema de justicia por parte de los ciudadanos.

Sampayo, en relación a los fiscales, sostuvo que la Ley N° 19.483, Orgánica de la Fiscalía General de la Nación, que existe desde 2017, plantea en el art. 49 que los fiscales tienen libertad de expresión y están habilitados a formar parte de debates sobre temas como la administración de Justicia. Sin embargo, en el art. 61 de la misma ley, se establece que deben abstenerse de cualquier participación en actos públicos o privados con carácter político y de divulgar información de un caso sobre el que todavía no han fallado, lo cual aplicaría también para las redes sociales.

También contó que el área de cooperación internacional de la Fiscalía del Uruguay interviene en un grupo técnico encargado de la realización de una guía de principios éticos para fiscales en el marco de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos y que el proyecto final de dicha guía se someterá a aprobación en la próxima asamblea general en Colombia durante el mes de julio 2022. Si bien no es un código de ética ni se

prevén sanciones para el incumplimiento, más bien se trata de una guía de pautas para los fiscales de la asociación, está expresamente contemplada la libertad de expresión, el alcance y el uso de RR.SS.

Por su parte, Gianinni sostuvo que no existen leyes que prohíban a los jueces, fiscales y abogados el uso de las redes sociales porque significaría incidir demasiado sobre su autonomía, pero igualmente existen límites. Los tribunales pueden usarlas para publicar comunicados oficiales, pero no interactúan con los usuarios. En el caso de los integrantes del Poder Judicial, no hay nada que determine una sanción específica, pero sí se debe tener en cuenta la imagen de credibilidad que representan por sus cargos.

Para cerrar, Gatti adhirió a los comentarios de los demás participantes y expresó que la temática discutida es un problema que preocupa especialmente a la Asociación de Magistrados del Uruguay porque, si bien las redes no crean un nuevo conflicto, sí lo amplifican. La conducta de los jueces ya estaba contemplada en el art. 94 de la Ley N° 15.750, pero ahora todo lo que expresan mediante las redes sociales se ve más expuesto y puede generar consecuencias impensadas como la insinuación de conductas parciales por toma de decisiones sin reflexión. Seguir o darle “me gusta” a un abogado puede parecer que lo apoya en el caso que está en proceso en su tribunal, por ejemplo. Gatti opinó que los jueces representan la imagen de la Justicia en todo momento y, por ende, están sujetos a obligaciones derivadas de su función institucional. “Vamos a tener que aprender a comunicarnos mejor”, comentó.

¿Debe pensarse en un sistema que confiera seguridad jurídica, evitando sentencias contradictorias sobre casos similares?

Pereira Campos planteó que ha cambiado el rol que tienen los tribunales, en especial los tribunales superiores, porque los jueces intervienen cada vez más en políticas públicas: salud, vivienda, educación y cárceles. Y preguntó si debería existir un deber de fundamentación del apartamiento de ciertas posiciones del tribunal superior en algunos casos.

Leandro Gianinni contó que dichas contradicciones suceden en todo el mundo. Definió al Derecho como un sistema impersonal de resolución de controversias de la ciudadanía y dijo que los jueces deben ser imparciales. Sin embargo, sostuvo que el Derecho debe ser percibido por todos como un mecanismo imparcial de soluciones de controversia. Respecto a Argentina, explicó que existen factores culturales que afectan la posibilidad de razonar de este modo.

Gianinni defendió que una doctrina de precedentes sirve para tamizar los extremos ideológicos y generar una teoría de Derecho imparcial, intergeneracional y que combine factores ideológicos de distintas corrientes. Los dos grandes problemas de la teoría son: cuánto vincula una decisión anterior y qué vincula esa decisión.

Sampayo hace un planteo en cuanto al interés que despierta esta cuestión en el marco del proceso penal vigente en el sistema uruguayo y agrega que hay cuestiones en las que la jurisprudencia de los tribunales está dividida. Existen cuatro tribunales penales en Uruguay, dos piensan en un sentido y los otros dos de manera contraria sobre algunos temas. Explicó que no se puede hablar de seguridad jurídica cuando cada grupo de tribunales va a exigir y defender cosas distintas.

Gatti finalizó el debate explicando que se tiene incorporado en el ADN el hecho de que la independencia es el valor supremo a defender y eso opaca todos los problemas prácticos que la misma genera cuando no es debidamente comprendida. Sostuvo que el nuevo Código del Proceso Penal es muy complejo porque surge de la unión de

distintos proyectos, distintas visiones y distintas finalidades, lo cual deja dudas y genera incompatibilidades. El código, explicó, surge sin que exista ningún bagaje doctrinario previo. Primero apareció el código, luego la jurisprudencia y por último empezaron a aparecer textos que trataron de dar explicación a todos estos fenómenos. De esta manera, se ponen de manifiesto las grandes diferencias en los tribunales.

04/05/2022

Sobre Eutanasia: Prof. Velasco presentó su libro en el Parlamento

El profesor de la FDER, Dr. Diego Velasco, presentó su obra “Eutanasia y dignidad”



Crédito de imagen: Twitter diputado Dr. Rodrigo Goñi

El Dr. Diego Velasco Suárez, profesor de Fundamentos del Derecho en la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, presentó en el Parlamento el libro de su autoría *“Eutanasia y dignidad: perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate”*, editado por Fundación de Cultura Universitaria (FCU).

En la jornada del jueves 21 de abril a las 18 h, el Dr. Velasco Suárez presentó los puntos centrales de su obra, con comentarios de un panel especializado, integrado por el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo, el Dr. Hugo Rodríguez Almada y la Dra. Delia Sánchez.

La presentación del libro se enmarcó en el debate parlamentario que surgió del proyecto de ley del diputado colorado Ope Pasquet: “Eutanasia y suicidio médicamente asistido”. Velasco Suárez, en su texto, analiza el proyecto de ley, delimitando los conceptos de eutanasia y suicidio asistido, distinguiéndolos de la adecuación del esfuerzo terapéutico, la sedación paliativa, las voluntades anticipadas y el homicidio piadoso, según la normativa vigente en Uruguay. Luego se cuestiona si el Parlamento tiene la potestad jurídica para legalizar la eutanasia, centrándose en que ello implica distinguir entre “eutanasiables” (personas cuya vida no es digna y no es considerada irrenunciable) y “no eutanasiables” (sanos, autónomos, sin sufrimientos graves, cuyas vidas se valora y considera irrenunciables. Se detiene luego en el análisis del alcance del concepto de dignidad inherente (su relación con los derechos humanos, la sociedad, la medicina y la ética), y sus diferencias con el concepto de dignidad entendida como autonomía y libertad fáctica. A continuación, contrasta esas consideraciones con la experiencia de los

países que han legalizado la eutanasia y/o el suicidio médicamente asistido en este siglo y, finalmente, concluye con un estudio del origen histórico de la eutanasia en el siglo pasado y su relación con la consagración de la dignidad inherente como fundamento de los derechos humanos en la Declaración Universal de 1948.

Reseña del libro

Partiendo del análisis del proyecto de Ley de Eutanasia y Suicidio médicamente asistido presentado en Uruguay, la obra delimita conceptualmente qué es y qué no es la eutanasia, clarificando algunos prejuicios, que “se dan no solo en Uruguay” y que, según el autor, “empañan el debate”. Por ejemplo, Velasco aclara que “no se debe confundir eutanasia con adecuación del esfuerzo terapéutico (que excluye el encarnizamiento u obstinación terapéutica) ni con la voluntad anticipada de negarse a tales tratamientos”. Asimismo, aclara que “otra confusión habitual es creer que, cuando se aplica una «sedación paliativa» en estado terminal, se está haciendo una eutanasia. Es confundir ayudar a morir sin dolor con eutanasia”.

Algunos puntos que desarrolla el autor en el primer capítulo, realizando clarificaciones que se desprenden del análisis de las normas, son: “La negativa a tratamientos fútiles no es eutanasia”, donde explora la futilidad u obstinación terapéutica y ley de voluntad anticipada; “La sedación paliativa, incluso si tuviera un doble efecto, no es eutanasia: es parte de los cuidados paliativos”.

El académico afirma que “la eutanasia y el suicidio asistido no son una cuestión individual sino social: con su legalización, se modificaría un bien jurídico fundamental tutelado por los delitos de homicidio y ayuda al suicidio”; “La eutanasia, en este proyecto, no crea un «derecho a morir», sino un «derecho a matar»”.

En el segundo capítulo, el libro se detiene en determinar si es jurídicamente admisible el cambio normativo propuesto, tomando como criterio el carácter vinculante de los *derechos humanos* y del concepto de *dignidad inherente*, según su recepción en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las constituciones nacionales posteriores.

En el capítulo tercero, el texto contrasta estos fundamentos con las razones que se alegan para considerar la eutanasia como derecho, siguiendo el análisis crítico de la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima en el caso Ana Estrada de febrero de 2021.

El cuarto capítulo estudia las consecuencias que tendría el cambio del concepto de *dignidad* que subyace a la legalización de la eutanasia, desde una perspectiva social y ética, particularmente en el ámbito de la medicina y de los cuidados paliativos, que se presentan como la respuesta a las situaciones planteadas, debida ética, social y jurídicamente.

En el quinto capítulo, se analizan las consecuencias de las leyes de eutanasia y/o suicidio asistido en Holanda, Bélgica, Canadá y el Estado de Oregón, destacando algunos ejemplos que manifiestan la conexión entre los presupuestos teóricos de la *dignidad inherente* y las consecuencias prácticas de su abandono.

En un último capítulo se indaga, desde una perspectiva histórica, el vínculo objetivo entre la primera formulación del movimiento pro eutanasia en los proyectos de ley de Alemania de 1933 y 1940, los programas «T4» y «14f13», los juicios de Núremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el concepto de dignidad inherente que fundamenta el actual ordenamiento jurídico de los derechos humanos.

Se celebraron las primeras Jornadas de Derecho Administrativo

En Homenaje al Prof. Mariano Brito, primer Rector de la Universidad, profesores de grado y posgrado de la FDER UM expusieron sobre aspectos referidos a la Reforma del Contencioso Administrativo, a propósito de la ley N°20.010



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM inauguró sus primeras Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo Prof. Dr. Mariano Brito, tituladas en honor al primer Rector de la Universidad de Montevideo.

Los días 24 y 25 de mayo, distintos profesores realizaron sus exposiciones referidas a la ley N°20.010. Estuvieron presentes el Coordinador del área de Derecho Público, Dr. Carlos Delpiazzo, el Decano de la FDER UM, Dr. Miguel Casanova y el Rector de la Universidad, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau. El evento se realizó de manera híbrida: sesenta personas asistieron de manera presencial y más de doscientas de manera virtual.

El primer día, el Dr. Casanova brindó unas palabras de bienvenida, celebró esta primera edición y comentó: “Junto con el profesor Carlos Delpiazzo, principal impulsor de este proyecto, tenemos la ilusión de que cada año estas jornadas constituyan un aporte académico significativo para la difusión y la discusión del Derecho Administrativo, tan relevante para el desarrollo del bien común”. A su vez, recordó al primer rector de la Universidad, Prof. Dr. Mariano Brito: “Tuve la suerte y el privilegio de conocerlo y ser alumno suyo en el curso de Derecho Administrativo del 2002. En el poco tiempo que lo traté, constaté sus excelentes cualidades como docente y como jurista, pero también sus indudables virtudes humanas. Entre ellas, destaco dos que constituyen –además– pilares esenciales de la identidad de nuestra Universidad y que el profesor Brito supo encarnar inmejorablemente: el trabajo bien hecho y el espíritu de servicio”.

Luego, el Dr. Delpiazzo explicó: “La idea de las Jornadas Montevideanas, que llevan el nombre del profesor Mariano Brito, fue una actividad que no pudo concretar en su vida y que estamos realizando en esta primera oportunidad con docentes de la casa”. Posteriormente, Delpiazzo dio la palabra al primer expositor.

Expositores y temáticas de las jornadas

Exposiciones del 24 de mayo:

- Dr. Luis Simón: “Alcance de la aplicación del CGP”
- Dr. Felipe Rotondo: “Posible sistema orgánico contencioso administrativo”
- Dr. Juvenal Javier: “Importancia del despacho saneador”
- Dr. Gabriel Delpiazzo Antón: “Incidentes en el contencioso anulatorio”
- Dra. Viviana Pérez Benech: “Regulación de las tercerías”
- Dr. Gustavo Fischer: “Plazos y comunicaciones”
- Dra. Silvana Nessar: “Rol de la Procuraduría del Estado”

Exposiciones del 25 de mayo:

- Dr. Carlos E. Delpiazzo: “Pasado y futuro del contencioso anulatorio”
- Dr. Daniel Artecona: “Acceso a la jurisdicción anulatoria”
- Dra. Mariana Presno: “Sustanciación del proceso anulatorio”
- Dr. Federico Fischer: “Oportunidad y alcance de la prueba en el contencioso anulatorio”
- Dra. Cristina Vázquez: “Medidas cautelares ante el TCA”
- Dr. Miguel Pezzutti: “Efectos subjetivos del fallo anulatorio”
- Dra. Natalia Veloso Giribaldi: “Medios de ejecución de las sentencias anulatorias”.

Al finalizar la jornada del 25 de mayo, el Rector de la UM agradeció a los participantes y brindó unas palabras de cierre: “Me toca ser el tercer Rector de la Universidad de Montevideo. El primero fue Mariano Brito, luego Santiago Pérez del Castillo y, ahora, me toca a mí desde hace ocho años, con esos dos listones puestos tan altos”. “El mejor homenaje a Mariano va a ser ese, seguir cultivando esta disciplina apasionante del Derecho Administrativo, una disciplina fundacional de esta universidad”, concluyó el Dr. Gutiérrez Carrau, quien felicitó a los organizadores por el éxito de la actividad.

La UM co-organizó la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje 2022

La FDER UM fue sede del evento internacional, organizado junto al Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política de Paraguay y Francia



La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, junto al Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) de Paraguay y Francia, organizaron la edición número XIII de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), que atrajo a más de 150 profesionales del Derecho de todo el mundo en dos jornadas presenciales de gran nivel.

El evento se realizó el jueves 2 y el viernes 3 de junio en el Hyatt Centric de Montevideo. Contó con la exposición y diálogo de referentes del Derecho de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido y Uruguay. Entre el público, se destacó la presencia del ministro de Turismo, Tabaré Viera, en el inicio de las jornadas.

La edición 2022 estuvo a cargo de los directores internacionales de la CLA, Dr. Diego P. Fernández Arroyo (Argentina/Francia) y Dr. José A. Moreno Rodríguez (Paraguay); y los directores locales, Dr. Miguel Casanova Torrado, decano de la FDER-UM y el Dr. Nicolás Etcheverry Estrázulas, profesor de Filosofía del Derecho, Ética y Retórica en la Universidad de Montevideo.



En la imagen:
Dr. José A. Moreno Rodríguez,
Dr. Nicolás Etcheverry Estrázulas,
Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau,
Dr. Miguel Casanova Torrado y
Dr. Diego P. Fernández Arroyo.

Un formato para debatir sobre buenas prácticas y controversias

Las jornadas incluyeron más de sesenta expertos -que integraron once paneles con debate y moderadores- y dos expositores internacionales que brindaron conferencias centrales. La conferencia inaugural, titulada “A vueltas con la legitimidad del arbitraje internacional”, estuvo a cargo de Alexis Mourre, abogado francés y socio fundador de *Mourre Gutierrez Chessa Arbitration* y árbitro experto en más de 270 arbitrajes internacionales. Por otra parte, la conferencia “¿Cuán transnacional es el arbitraje?” en el cierre de la CLA, fue a manos de Luca Radicati di Brozolo, socio fundador de la firma *ArbLit*, destacado experto en las interacciones entre el arbitraje y la Ley de Competencia y Control de Fusiones, así como de litigios privados antimonopolio.

“Recibimos más de 150 personas de variados campos del Derecho, interesados en conocer las tendencias en Arbitraje internacional, leyes, solución de controversias entre Estados e inversores, entre otros temas. Las jornadas contaron con más de sesenta expertos que nutrieron debates interesantes, con la misión de dar luz a las prácticas de Arbitraje, un campo que está en crecimiento en la región”, comentó el Dr. Miguel Casanova, quien subrayó la necesidad de “seguir creando encuentros que traigan diversidad en el análisis, en un clima de respeto y diálogo, para debatir buenas prácticas y controversias”.

El programa de CLA 2022

El acto de apertura del 2 de junio comenzó con un breve saludo del ministro de Turismo de Uruguay, Tabaré Viera, quien declaró la conferencia como un evento de interés turístico nacional. Luego, tomaron la palabra el Dr. Moreno Rodríguez, el Dr. Fernández Arroyo y el Dr. Etcheverry Estrázulas.

Etcheverry destacó en su discurso dos grandes razones para la existencia de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje: por un lado, “recuperar el diálogo, la discusión y la argumentación de los diversos enfoques en materia de arbitraje internacional de una manera más personal, directa, respetuosa y -a la vez- más fraterna”; por otro lado, “procurar que Uruguay se transforme en un polo de atracción arbitral para esta región de América. Sobre todo, después de la sanción y entrada en vigencia de la Ley 19.636, hace ya cuatro años”. Seguidamente, el Dr. Alexis Mourre ofreció la conferencia inaugural sobre la legitimidad del Arbitraje Internacional. Ese día se brindaron paneles especializados en “Diversidad cultural y arbitraje internacional” y en “Cuestiones actuales en la solución de controversias entre Estados e inversores”.

El segundo día contó con paneles centrados en “Nuevas leyes de arbitraje rioplatenses y primeras experiencias”, así como “Temas emergentes”, como el *Arbitraje acelerado* y el Arbitraje y el cambio climático, finalizando la jornada con la conferencia de clausura del Dr. Luca Radicati di Brozolo.

Arbitraje en la UM

Desde hace años, varias generaciones de alumnos y profesores de la Facultad de Derecho de la UM han participado en competencias internacionales y generado actividades de extensión referidas al Arbitraje, como fue el UM - UNCITRAL Lac Day, sobre Mediación y arbitraje acelerado, realizado en conjunto con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En 2021 se lanzó un Diploma de Arbitraje, curso de unas noventa horas de duración, pensado para abogados que desean profundizar su capacitación en el área. El programa incluye el abordaje del Arbitraje comercial, en inversión, y en materias especiales construcción, societaria y deportiva.

La UM ascendió 20 puntos en el QS World University Rankings

En la edición 2023, la Universidad de Montevideo se mantuvo mejor posicionada entre las uruguayas y quedó en el #449



La Universidad de Montevideo (UM) se ubicó en el puesto #449 en el QS World University Rankings, en su edición 2023, según publicó la calificadora internacional el 8 de junio.

El ranking se produce a través de la consultora internacional en educación superior, QS Quacquarelli Symonds, que evalúa a las mejores universidades del mundo. En esta edición participaron más de 5.500 instituciones y la Universidad de Montevideo logró ubicarse nuevamente entre las 500 mejores, con la posición más destacada entre las uruguayas, y subiendo 20 posiciones con respecto a la edición anterior.

Este año, Massachusetts Institute of Technology (MIT) se posiciona en primer lugar; el segundo lo ocupa University of Cambridge y la tercera posición la obtuvieron con empate Stanford University.

La Universidad de Montevideo tiene convenios de cooperación académica con universidades ranqueadas en las primeras veinte posiciones, tales como University College of London (UCL), Nanyang Technological University of Singapore (NTU) y University of Hong Kong.

Entre las universidades latinoamericanas de este ranking general, la Universidad de Buenos Aires (UBA) quedó en la primera posición, seguida de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Universidade de Sao Paulo (USP). La UM quedó en el lugar dieciocho entre las instituciones latinoamericanas.

Sobre los indicadores

El ranking tiene en cuenta una serie de indicadores para medir a las universidades: la reputación académica; reputación desde el punto de vista de los empleadores; citas por profesor, que mide el impacto de las investigaciones, dividiendo el número total

de citas recibidas por las investigaciones de una universidad durante un periodo de cinco años entre el número de profesores en una institución; el indicador ratio profesor/alumno, que se obtiene por el número de profesores dividido por el número de estudiantes, dando así una orientación en la dedicación que pueden dar los profesores a los alumnos; ratio de profesores internacionales, que mide la proporción de profesores extranjeros en una institución; y, finalmente, la ratio estudiantes internacionales, que mide la proporción de estudiantes extranjeros en una institución.

10/06/2022

Nuevo Postgrado en Derecho de Familia

Cuenta con docentes uruguayos y españoles expertos en el campo



El Postgrado en Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo cuenta con un diseño curricular moderno, dinámico y esencialmente práctico, orientado a satisfacer una creciente necesidad del ejercicio profesional en aspectos medulares de la materia. Además, comprende un completo relevamiento del ordenamiento jurídico vinculado a la dinámica familiar, mediante una metodología moderna e interdisciplinaria que procura abordar holísticamente los distintos temas de Derecho de Familia.

Sobre el programa

Está dirigido a abogados, escribanos y demás operadores jurídicos que deseen profundizar sus conocimientos y perfeccionar la práctica sobre la problemática que presenta una de las materias más trascendentes del ordenamiento.

El programa cuenta con una duración de 140 horas virtuales de clase, equivalentes a 14 créditos académicos, los cuales se obtienen de cursar materias obligatorias previstas. En el equipo docente participan uruguayos y españoles especialistas en el campo del Derecho de Familia.

Las clases inician en agosto 2022 y se dictarán los lunes y miércoles en el horario de 08:30h a 10:30h. Por más información o inscripciones, escribir a: maestriasderecho@um.edu.uy

Alumnos de FDER participaron en el Concurso Interamericano de DD. HH en Washington DC

Un evento que ha educado a más de 4900 estudiantes y profesores de 365 universidades de todo el mundo



Siete alumnos de tercero, cuarto y quinto año de la Facultad de Derecho de la UM viajaron a Washington DC el pasado 20 de mayo, junto a la Prof. Sofía Maruri, para participar de la 27ª edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos. Según su [sitio web](#), se trata del único evento trilingüe (inglés, español y portugués) que entrena a estudiantes de Derecho en el uso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como una instancia legítima para reparar violaciones de derechos humanos.

Durante el concurso, los estudiantes deben basarse en un caso hipotético y tratar temas pertinentes dentro del Sistema Interamericano, este año tocó *el cambio climático y los Derechos Humanos: Impactos, responsabilidades y oportunidades*. El caso fue discutido mediante la presentación de un memorial escrito y de argumentos orales frente a expertos que actúan representando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En una entrevista con Prensa UM, la alumna Florencia Urban contó sobre su participación como oradora por segunda vez en este concurso.

¿Cómo fue la experiencia?

Sumamente enriquecedora en lo personal y profesional. El grupo tuvo avances inimaginables durante la competencia, desarrollamos capacidades que ni nosotros mismos conocíamos y pudimos trabajar y convivir verdaderamente en grupo. A su vez, el viaje a Washington nos permitió conocer otra cultura y generar un intercambio con participantes de otros países. De mi parte, como oradora, el desafío fue muy grande, pero no lo podría haber hecho sola. Conté con un equipo increíble y dos *coaches* que no pararon de aconsejarme y de impulsarme a creer en mí. Realmente logré desarrollar muchas habilidades *blandas* que me van a acompañar durante toda mi carrera.

¿Qué se siente retomar la presencialidad en este tipo de eventos?

Esta es la segunda vez que la UM forma parte del concurso y mi segunda participación. En 2021 asistimos mediante la modalidad virtual y, sin dudas, este año fue distinto. Descubrimos el intercambio cultural de ideas, el *networking* y el hecho de enfrentarnos cara a cara ante los jueces y contrincantes, que volvió el encuentro mucho más desafiante.

¿Cómo es representar a la UM y a Uruguay en otro país?

Como comentamos varias veces con los chicos durante el viaje y también al regresar: ser el único equipo que llevaba consigo la bandera uruguaya nos inflaba el pecho de orgullo porque, aunque seamos un país chiquito, tenemos mucho que demostrarle al mundo. La UM da a sus alumnos la oportunidad de ir a más, de internacionalizarse, de tener un valor agregado en su carrera y esta fue una de esas oportunidades. Sabíamos que también implicaba una responsabilidad y tratamos de representar a la Universidad de la mejor forma posible.

Fueron a la embajada de Uruguay en EE. UU, ¿cómo se desarrolló la visita?

Nos brindaron un recorrido y una charla muy buena. Pudimos conocer sobre el funcionamiento de la embajada y las políticas exteriores llevadas a cabo desde el nuevo gobierno, sin perjuicio de que hay cosas que trascienden a la bandera política de turno en materia de servicio exterior. También nos comentaron sobre las actividades que realizan los funcionarios del servicio exterior en todo el mundo y las tareas que tienen que afrontar día a día, además de la importancia que tiene su actividad en el comercio de nuestro país y en la llegada de inversionistas.

¿Qué te llevás del concurso?

Creo que la experiencia me va acompañar siempre. La carrera de Abogacía es muy completa y requiere de muchísimas capacidades en diversas áreas. Lo que he aprendido escribiendo el memorial y los consejos que me han dado los *coaches* semana a semana los podré usar cada vez que tenga que hacer una demanda o redactar un contrato. Del mismo modo, todo aquello que adquirimos al practicar para las rondas orales junto a nuestros *coaches* y otros profesores que nos acompañaron constantemente, como Nicolás Etcheverry y Eduardo Esteva, ayuda a enfrentar exámenes o audiencias de una forma mucho mejor de la que lo hacía antes. Y a nivel de DD. HH, esta instancia brindó un valor agregado a lo que ya conocíamos del sistema interamericano. Esperamos que la UM pueda seguir participando del concurso durante muchos años para que más generaciones tengan la oportunidad de aprender fuera del aula.

La alumna María Eugenia García, quien también fue oradora por segunda vez en el concurso, contó a Prensa UM sobre su experiencia.

¿Cómo se conformó el equipo?

De todos los que conformamos el equipo inicial, viajamos siete: Federico de Brum y Matías Lea Plaza, de tercer año; Gabriela Ripoll y Florencia Urban, de cuarto; y Bruno Ferreira, María Eugenia García y Belén Labandera, de quinto. La coach que viajó con nosotros fue Sofía Maruri. Desde Uruguay nos acompañaron los alumnos Federico Menza, Sofía Martínez, Santiago Nazur y Paulina Cassoni, además del coach Pablo Donangelo, que no pudo ir a Washington, pero estuvo presente durante el proceso.

¿Cómo viviste tu participación en el concurso y cómo pensás aplicar los conocimientos aprendidos?

Me gustaría resaltar el aprendizaje teórico y práctico obtenido, que nos será muy útil para el futuro, tanto la presentación del memorial escrito como la de los alegatos finales. Se trató de una gran oportunidad para desarrollar habilidades de pensamiento crítico con perspectiva de DD. HH, discutir sobre temas de relevancia, resumir sentencias, elaborar argumentos jurídicos y poder defenderlos.

En cuanto a la aplicación de los conocimientos adquiridos, pretendo aplicarlos en el día a día, tanto en mi vida personal como profesional. El conocimiento y la aplicación de la normativa internacional para una mayor protección de los derechos de las personas implica un gran desafío para los operadores jurídicos de nuestros tiempos y termina haciendo la verdadera diferencia.

¿Cuál es la siguiente competencia?

La próxima edición se celebra en mayo 2023 y estamos ansiosos por empezar a prepararnos.



TESINAS DE MASTERS

BEATRIZ TOMMASINO

Medio ambiente, Derechos Humanos y proceso. El rol jurisdiccional en materia ambiental en el Uruguay

BEATRIZ TOMMASINO

Ex docente grado 3 Derecho Procesal Universidad de la República,
Uruguay y Universidad de la Empresa, Uruguay.
jtommasino@poderjudicial.gub.uy
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0178-7979>

Recibido: 30/03/2022 - Aceptado: 22/04/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Beatriz Tommasino. (2022). Medio ambiente, Derechos Humanos y proceso. El rol jurisdiccional en materia ambiental en el Uruguay. *Revista de Derecho*, 21(41), 179-249. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.8>

Medio ambiente, Derechos Humanos y proceso. El rol jurisdiccional en materia ambiental en el Uruguay¹

179

Resumen: En la presente investigación se estudian los principales caracteres del medio ambiente y del derecho ambiental; su conceptualización, principios, instrumentos e institucionalidad en el Uruguay. Asimismo, se busca determinar la relación existente entre el fenómeno del medio ambiente y el derecho ambiental con dos sectores del conocimiento jurídico: los derechos humanos y el derecho procesal.

En cuanto a los derechos humanos, se concluye en la existencia de un derecho humano a un medio ambiente saludable, consagrado legal y constitucionalmente, así como en distintos instrumentos internacionales de los que el Uruguay es parte.

La vinculación con el derecho procesal, se hace presente cuando se torna necesaria la defensa de este derecho humano a un medio ambiente saludable, ante los estrados judiciales, desde la perspectiva de los intereses difusos o colectivos; y aún individuales. Resulta entonces útil un perfil adecuado del juez llamado a fallar en este tipo de asuntos, capacitado para adoptar, con conocimiento del tema, las medidas de tutela preventiva necesarias y fallar en consecuencia.

Incluye el estudio de la jurisprudencia nacional más relevante sobre esta temática y de algunos casos importantes del derecho comparado.

Palabras clave: medio ambiente, derecho ambiental, derechos humanos, medio ambiente saludable, procesos colectivos, intereses difusos, intereses colectivos, perfil del juez.

1 Tesina presentada para el Master en la Universidad de Montevideo. Expreso mi sincero reconocimiento: al Centro de Estudios Judiciales del Uruguay y a la Universidad de Montevideo, por la posibilidad de cursar el Master en Derecho de la Empresa, y permitir de esta forma que los integrantes del Poder Judicial participen en un ámbito de capacitación de elevado nivel académico, generando en definitiva una mejora en la calidad de la Justicia; al distinguido Prof. Dr. Rubén Correa Freitas, por sus invalorable consejos.

Environment, Human Rights and Procedural Aspects. The jurisdictional role in environmental matters in Uruguay.

Abstract: This research studies the main characteristics of the environment and environmental law; its conceptualization, principles, instruments and institutional framework in Uruguay. Likewise, it seeks to determine the relationship between the phenomenon of the environment and environmental law with two sectors of legal knowledge: human rights and procedural law. Regarding human rights, it is concluded that there is a human right to a healthy environment, established legally and constitutionally, as well as in various international instruments to which Uruguay is a party. The link with procedural law is present when it becomes necessary to defend this human right to a healthy environment before the courts, from the perspective of diffuse or collective interests, and even of individual interests. It is therefore useful to have an adequate profile of the judge called to rule on this type of matters, trained to adopt, with knowledge of the subject, the necessary preventive protection measures and to decide accordingly.

The study of the most important national court decisions on this subject and of some noteworthy foreign cases is also carried out.

Keywords: environment, environmental law, human rights, healthy environment; collective action proceedings, diffuse interests, collective interests, profile of the judge.

Ambiente, Direitos Humanos e Processo. O papel jurisdiccional em matéria ambiental no Uruguai.

Resumo: Na presente pesquisa estudam-se as principais características do meio ambiente e do direito ambiental; sua conceituação, princípios, instrumentos e institucionalidade no Uruguai. Além disso, busca-se determinar a relação entre o fenômeno do meio ambiente e o direito ambiental com dois setores do conhecimento jurídico: os direitos humanos e o direito processual. Quanto aos direitos humanos, conclui-se na existência de um direito humano a um ambiente saudável, consagrado legal e constitucionalmente, bem como em diversos instrumentos internacionais de que o Uruguai é parte. A vinculação com o direito processual se faz presente quando se torna necessária a defesa deste direito humano a um meio ambiente saudável, diante dos tribunais, desde a perspectiva dos interesses difusos ou coletivos; e ainda individuais. Portanto, é útil ter um perfil adequado do juiz chamado a decidir sobre este tipo de matéria, capaz de adotar, com conhecimento do assunto, as medidas de proteção preventiva necessárias e decidir em conformidade. Realiza-se também o estudo da jurisprudência nacional mais relevante sobre o tema e de alguns casos importantes de direito comparado.

Palavras-chave: meio ambiente, direito ambiental, direitos humanos, meio ambiente saudável; processos coletivos, interesses difusos, interesses coletivos, perfil do juiz.

“Fábula para el día de mañana: Se produjo una extraña quietud. Los pájaros, por ejemplo... ¿dónde se habían ido? Mucha gente hablaba de ellos, confusa y preocupada. Los corrales estaban vacíos. Las pocas aves que se veían se hallaban moribundas: temblaban violentamente y no podían volar. Era una primavera sin voces. En las madrugadas que antaño fueron perturbadas por el coro de gorriones, golondrinas, palomos, arrendajos, y petirrojos y otra multitud de gorjeos, no se percibía un solo rumor; sólo el silencio se extendía sobre los campos, los bosques y las marismas”

(Carson, Rachel L. *La primavera silenciosa*)

1. Introducción

El objeto de la presente investigación es el medio ambiente y su relacionamiento con dos sectores del conocimiento jurídico: el derecho de los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Procesal, entendido este como el derecho adjetivo o instrumental que regula el proceso jurisdiccional uruguayo.

En rigor, toda actividad desarrollada por el ser humano es susceptible de provocar modificaciones en el ambiente que generalmente, si no se toman los debidos cuidados, influirán en forma negativa, provocando contaminación y polución. Por consiguiente, la diversidad de temas que involucra el medio ambiente es infinita, por lo que se lo ha estudiado y se lo estudia desde muy variadas perspectivas: la sociología, la geografía, la zoología, la botánica, la educación ecológica, la responsabilidad social de las empresas, etc.

También se ha preconizado que el medio ambiente es patrimonio común de la Humanidad toda. La cuestión ambiental atañe a la humanidad en su totalidad. Se trata de un patrimonio que se aleja totalmente de la idea clásica de patrimonio concebida desde el derecho civil, “una persona un patrimonio”, porque pertenece a todos y es de interés para todos, sin excepción alguna de raza, credo, clase social o pertenencia geográfica.

La expresión “patrimonio de la Humanidad”, proviene de la década del 60, cuando se produce una fuerte tendencia a establecer este principio jurídico internacional para referirse a los fondos marinos, sus riquezas y su explotación. Finalmente ello trajo de la Convención de la ONU Sobre el Derecho del Mar, el 30 de abril 1982 (Magariños de Melo, 2005).

Podemos extraer de las variadas miradas sobre el ambiente o el medio ambiente, la conclusión de que constituye una problemática polifacética, multidimensional y también transversal, ya que surca todas y cada una de las actividades del ser humano sobre la tierra. Ello se deriva del carácter universal de esta materia, que interesa en todos los órdenes del conocimiento, con un enfoque particular y propio, y de la característica del enfoque global y planetario de su instrumento, el Derecho Ambiental.

Por parte de los Estados y de la sociedad civil, son cada vez mayores las exigencias y requerimientos para la implementación de buenas prácticas ambientales en los procesos

productivos, así como desarrollar actividades amigables con el entorno que a la vez sean sostenibles y creen bienestar en las poblaciones.

En todo contrato, bien sea entre el Estado y particulares o bien entre particulares entre sí, se incluyen una o más cláusulas que contemplen la problemática ambiental. Esto es, como habrá de incidir la actividad objeto del contrato en el medio ambiente y la forma más efectiva de neutralizar o evitar los efectos negativos posibles, tales como la contaminación, polución o degradación.

En un estudio realizado sobre las empresas en el Uruguay (año 2006), se constató que, entre los programas para disminuir el impacto negativo que pueda producir la actividad de la empresa sobre el medio ambiente, se destacan algunos que van desde cumplimientos de normas (regulaciones de MVOTMA, MSP, etc.) hasta planes propios de la empresa sobre tratamiento de residuos y programas educativos. (Ferre, Melgar, Pastori, Piani y Rossi, 2007).

Existen reglamentaciones tendientes a incentivar este tipo de conductas de las empresas. La norma UNIT-ISO 26000 es la adopción a nivel nacional de la tan esperada Norma Internacional ISO 26000, desarrollada para responder a la creciente necesidad mundial de buenas prácticas claras y armonizadas para asegurar: ecosistemas saludables; equidad social y buena gobernanza; y buena gobernanza de las organizaciones, con el objetivo último de contribuir al desarrollo sostenible. (UNIT - Instituto Uruguayo de Normas Técnicas, consulta 8.7.2020).

A nivel de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se han dictado las líneas directrices para empresas multinacionales (2011), en la que se establece, en el Numeral VI, que una buena gestión del medio ambiente constituye un aspecto esencial del desarrollo sostenible y se considera, cada vez más, una responsabilidad y una oportunidad para las empresas. (OCDE, oecd.org, consulta 28.9.2020).

En el informe 2019 sobre empresas y medio ambiente, emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDH), se realiza un profundo estudio sobre la relación existente entre el cambio climático, la degradación ambiental y la actividad de las empresas en este campo, brindado pautas y directivas a seguir.

El presente estudio, se ocupa de este fenómeno desde una perspectiva preponderantemente jurídica - procesal; en el marco de una investigación eminentemente teórica y descriptiva.

La contaminación ambiental, se ha dicho, no tiene fronteras; no tiene límites en el tiempo ni en el espacio, ni en las personas, de manera que se presenta como un hecho que puede generar daños progresivos, acumulativos y a futuro. Debido a ello, tiene mucha importancia en el Derecho ambiental el principio o criterio de equidad intergeneracional. (Cafferatta, N. s/f).

Este es el reclamo urgentísimo que efectúan hoy los jóvenes. (Greta Thunberg: “Quiero que entren en pánico. Que sientan el miedo que yo siento cada día y ¡después quiero que actúen! Que actúen como si la casa estuviera en llamas. Porque lo está”. Infobae, 2019).

Debemos detener a tiempo la actividad contaminante que ha sido una constante desde hace largo tiempo, y trocar la antigua perspectiva en una visión de futuro, no sólo

conservacionista y protectora, sino también prevenciónista, mediante la aplicación de los distintos principios que informan esta disciplina.

Todo estudio que se realice, desde la perspectiva que fuere, sobre la necesidad de la preservación del medio ambiente y como ejercer su defensa, contribuirá a crear una conciencia social ecológica, la cual es definida desde el área de la psicología, no sólo por el impacto o consecuencias sobre el medio ambiente de un conjunto variado de acciones humanas, sino también por el objetivo o intención de estas acciones para maximizar la protección del medio ambiente y reducir su deterioro al mínimo; esta conciencia ecológica también puede ser entendida como un verdadera asunción del problema de la degradación del medio ambiente y su importancia en nuestras vidas y las de las futuras generaciones.

2. Aspectos metodológicos

2.1. Problema de investigación

El problema principal es conocer en qué consiste el medio ambiente y su principal instrumento: el Derecho Ambiental. Indagar si el derecho a un medio ambiente saludable integra o no la nómina de derechos fundamentales del hombre. Determinar si en Uruguay merced a las estructuras existentes en el proceso jurisdiccional, este derecho puede ser efectivamente protegido, con especial referencia a los llamados “procesos colectivos” o “class action”; y el rol del juez en la materia.

El Capítulo I, consistirá en un estudio del medio ambiente en sí mismo, paso gnoseológico previo necesario para establecer luego su relacionamiento con las otras disciplinas mencionadas.

El Capítulo II, se dedicará al estudio de los DDHH; el medio ambiente en la Constitución y en el plano internacional; y se indagará si el derecho a un medio ambiente saludable se encuentra consagrado como un derecho fundamental.

Por último, en el Capítulo III, veremos la proyección del medio ambiente en el proceso judicial y cuál ha sido el rol del juez uruguayo en la materia, con examen de sentencias dictadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones en lo Civil.

2.2. Objetivos

Sobre el tema medio ambiente, definir su concepto; estudiar el Derecho Ambiental en la doctrina; determinar los principales problemas medio ambientales a los que se enfrenta el Uruguay del S. XXI.

En sede de DDHH, establecer si existe vinculación entre los DDHH y el medio ambiente. En caso afirmativo, en qué consiste concretamente dicho relacionamiento; con especial referencia al derecho a la información y de acceso a la justicia.

En los aspectos procesales, establecer cuáles son las vías que tiene a su disposición el individuo para defender su derecho a un medio ambiente saludable en Uruguay y si estas le posibilitan acceder a una tutela jurisdiccional efectiva, con especial referencia a los procesos colectivos y al rol jurisdiccional en la materia.

2.3. Preguntas de investigación

¿Cuáles son las principales características del medio ambiente y de la disciplina jurídica que lo rige: ¿el Derecho ambiental?

¿El derecho a un medio ambiente saludable, ha sido consagrado con el rango de derecho humano fundamental en nuestro país?

¿Cuáles son los instrumentos procesales, consagrados en Uruguay, a fin de obtener la tutela judicial efectiva de los derechos de naturaleza ambiental?

¿Cuál ha sido y cuál debe ser el rol jurisdiccional en esta materia, de acuerdo a las sentencias dictadas en Uruguay en los últimos años?

2.4. Justificación de la investigación

La relevancia del estudio propuesto está en estrecha y directa relación con la necesidad de la protección al medio ambiente, cada vez mayor en nuestra sociedad. En este tema, cobra importancia el derecho a obtener una “tutela judicial efectiva”, verdadero derecho de la personalidad, expresión del derecho humano a la acción. Establecer si, hasta el presente, se ha puesto “en obra” esta protección, resulta de fundamental importancia, como punto de partida para sugerir medidas o establecer correctivos que tiendan a esta finalidad.

CAPÍTULO I - El medio ambiente y el derecho ambiental

1. La actual crisis ambiental global

Resulta muy claro para cualquier observador razonable, que en el Siglo XXI nos enfrentamos a una crisis ambiental de las más graves en la historia de la humanidad, la cual tiene ya a estas alturas ribetes apocalípticos, y de la que sólo nos puede salvar un cambio radical de conducta de los individuos a nivel particular y de los Estados a nivel internacional, que no se avizora como probable en el corto o mediano plazo.

El experto uruguayo Eduardo Gudynas (2018) nos da su visión en América Latina de esta temática:

Somos testigos de una crisis social y ambiental a toda escala, desde la planetaria pasando a la continental llegando a cada país... Comemos alimentos repletos de químicos, bebemos aguas muchas veces contaminadas, y respiramos un aire tóxico.

Estamos inmersos en un mar de impactos, unos pequeños otros sustantivos, pero casi todos persistentes y repetidos. La situación es tan dramática que parecería que los que hoy son los más jóvenes podrían perder años de esperanza de vida debido a la contaminación. La riqueza ecológica latinoamericana se desvanece ante nuestros ojos; se calcula una pérdida promedio del 89% en las poblaciones de especies clave en América Latina en las últimas cinco décadas, lo que es el peor registro para todo el planeta.

En el ámbito mundial, el Informe Global de Riesgos, publicado por el Foro Económico Mundial, trata las principales amenazas sobre la prosperidad mundial en 2020, y en la

próxima década. Entre los riesgos emergentes, se incluye las deficiencias en la respuesta climática, ya que los acuerdos internacionales débiles contrastan con el aumento de inversores y la presión popular para seguir en las acciones que provocan este fenómeno.

Otro importante riesgo son los impactos producidos por la pérdida de la diversidad. Muchos ecosistemas están en declive o en riesgo de distinción. La pérdida de biodiversidad plantea consecuencias irreversibles para las sociedades, las economías y la salud del planeta.

También la deforestación y desertización de vastas zonas en el mundo se ha instalado últimamente en la agenda ambiental internacional. Como ejemplo paradigmático, traemos a colación la deforestación de la Selva del Amazonas en Brasil, que se ha visto peligrosamente incrementada en este último año, merced a los intensos incendios provocados en esa área. Inclusive la CIDDHH, en su declaración 215/2019 de 3 setiembre 2019, ha evidenciado su preocupación por este tema y las amenazas que se ciernen sobre la región de la selva amazónica que abarca la selva tropical más grande del mundo y contiene aproximadamente la mitad de su biodiversidad.

A todos estos factores tan desalentadores, se agrega en estos días la pandemia a la que se ve sometida toda la Humanidad gracias al coronavirus y su enfermedad el Covid-19. En el tema del cambio climático, tuvo incidencia esta pandemia, al verse los países organizadores obligados a suspender la Conferencia del Cambio Climático COP26, la cual fue pospuesta para 2021.

La actual crisis ambiental, fue pergeñada principalmente a partir de la era industrial y recién se adquiere conciencia de ella a nivel mundial en la década de 1970. Sin embargo, no está exenta de antecedentes a lo largo de la historia, sucediéndose en el tiempo acontecimientos similares, algunos de ellos ciertamente remotos, desde el que el hombre habita sobre la Tierra.

A partir de su aparición en el Planeta, nada menos que hace tres millones de años, el hombre ha tenido necesidad de relacionarse e interactuar con el Planeta para utilizar y extraer los recursos naturales necesarios para su subsistencia.

Desde cualquier perspectiva que se mire este fenómeno de la aparición del hombre en la Tierra, religioso o científico, no hay ninguna duda en cuanto al hecho que, una vez que surge, pasa a ser el grado más alto de evolución conocida, dado su poder de raciocinio, del que están excluidas otras especies.

Pero esa misma racionalidad que posee, no le impide, en su interacción con el medio, constituirse, como sostiene Magariños (2005), en la “piedra del escándalo”, actuando en forma contraria a los principios que regulan el funcionamiento de ese medio.

Durán Martínez (2019), coincide con esta visión de Magariños. Este accionar humano sobre su “hábitat”, naturalmente depredador, ha sido el causante de varias crisis ambientales a lo largo de la historia, que pueden rastrearse desde el Paleolítico o la era cuaternaria hasta el presente (Foladori, G., Pierri, N., 2005).

Según Leacky y Lewin (1997), a lo largo de la historia de la vida en la Tierra han tenido lugar cinco grandes extinciones, la más reciente hace 65 millones de años, cuando los dinosaurios perecieron en un brevísimo lapso de tiempo. Cada una de estas

extinciones fue catastrófica: en todas ellas desapareció al menos el 65 por ciento de las especies vivientes. No obstante, si bien la causa de esas extinciones es aún materia de controversia— ¿repentinos cambios climáticos, asteroides, dificultades de evolución?—, no ocurre así con las consecuencias y las características de estas catástrofes, que parecen seguir todas un mismo modelo. Aportando pruebas científicas irrefutables, Leakey y Lewin demuestran que la sexta extinción ha empezado ya: cada año, el hombre barre de la faz de la Tierra a trescientas especies vivas. Y esta extinción amenaza al planeta entero, incluida la especie *Homo sapiens*.

Para algunos autores, la agudización de las crisis tiene su origen en el exceso de población —teoría de Thomas Malthus— y las perversas aplicaciones del desarrollo tecnológico. La sofisticación de la tecnología, el uso de fuentes energéticas no biodegradables y la sociedad de masas hicieron que el riesgo natural tuviera un alcance mayor en cuanto a su conocimiento por la sociedad; un impacto mayor por afectar a mayor número de personas y convirtiera las crisis en globales o planetarias, como notas distintas y alarmantes.

Para otros, la causa estaría en la lucha por los recursos naturales escasos, generada por el proceso acelerado de industrialización y al agotamiento de los bienes naturales en la medida en que se ha intensificado su uso irracional y deficiente aprovechamiento. (Mercado Maldonado, Ruiz González, 2006).

Por otro lado, se asigna la responsabilidad de las crisis ambientales a la estructura social propia del capitalismo y la lucha de clases.

La aparición en el escenario mundial de esta temática, tiene comienzo con el libro de la zoóloga norteamericana Rachel Carson, “La primavera silenciosa”, publicado en EEUU en 1962, profusamente documentado, que trata el tema de los efectos nocivos en el ser humano, en la biodiversidad y en los suelos, de la utilización de pesticidas en los cultivos agrícolas de EEUU. En este país, se señala que difícilmente pudiera pensarse que a raíz de un simple libro, arrancara en los EEUU un movimiento ambiental tan sobresaliente y sin parangón en ningún otro lugar (Fortes, 2004).

“La primavera silenciosa” significó la primera toma de conciencia sobre el problema medioambiental, no solo en EEUU sino a nivel global, a tal punto, que algunos autores lo señalan como el nacimiento del derecho ambiental.

Luego de esta publicación, el siguiente hito mundial sucede en 1972, cuando se conoce el primer informe a nivel mundial sobre la crisis ambiental, mejor conocido como el “Informe del Club de Roma”.

En el mismo año 1972, la ONU organiza la Primera Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente —o sobre el Medio Humano— en Estocolmo, Suecia. De esta Conferencia emana la “Declaración de Estocolmo sobre el medio humano” de 16 de junio 1972, en la cual se destaca la importancia de la educación para cambiar el mundo y se reconoce el efecto perjudicial que tiene el estilo de vida del hombre sobre el medio ambiente.

Dicha conferencia es considerada por los estudiosos como un punto de inflexión en el tema, ya que a partir de ella, puede sostenerse sin lugar a duda alguna la existencia de un verdadero Derecho Ambiental, que se ha desenvuelto y recibido atención en relación directa con el aumento de la polución y la contaminación causada por el hombre en los ecosistemas.

De allí en adelante, el tema medio ambiental y las normas que lo rigen –el Derecho Ambiental– adquieren carta de ciudadanía a nivel mundial. Comienzan los sucesivos foros internacionales que tratan las cuestiones que suscita esta disciplina, y comienza la constante preocupación por los efectos negativos de la depredación y la contaminación sobre el Planeta.

En la década del '70, la comunidad internacional comienza a tomar conciencia de que los recursos naturales son escasos y que la depredación y contaminación desarrollada por la actividad humana, pueden tener consecuencias irreversibles. Nace lo que se denomina la “conciencia ecológica”; período que se extiende hasta 1987.

Esta última etapa transcurre hasta 1992, con el jalón que significa la Conferencia de Río. Es a partir de Río, cuando podemos hablar del inicio de un lapso en que, claramente, la actividad humana se direcciona, o al menos intenta hacerlo, hacia el “desarrollo sostenible” (Cousillas 2017).

Como vemos, menos de 50 años han transcurrido, los que, en la historia del mundo, son tan sólo instantes y también lo son en la historia de una disciplina jurídica, cuando la comparamos con otras, como el derecho civil o el derecho penal, que tienen siglos de evolución en el mundo.

2. Concepto y definición de medio ambiente

La delimitación del concepto de medio ambiente se erige en cuestión fundamental, pues a partir de su determinación, se sabrá cuáles son los bienes que lo integran y que, por ende, recibirán la protección jurídica prevista en la Constitución, la ley y los instrumentos internacionales, en un momento y lugar determinados.

En función del enfoque del presente trabajo, nos interesa el concepto jurídico de medio ambiente.

Sostiene Biasco (1997) que Medio Ambiente proviene del latín *Ambire*, que significa “rodear”; y su participio presente es *ambiens*, *ambientis*, es decir lo “que rodea”. Asimismo, proviene del francés antiguo *viron*, que significa “derredor”; y del verbo *environner*, que significa “rodear”. Medio ambiente es el conjunto de condiciones que influyen en el desarrollo y actividad de los organismos.

Es dable observar que la expresión “medio ambiente” acumula expresiones sinónimas, ya que ambos términos son equivalentes y por lo mismo, redundantes, ya que en la expresión ambiente, se encuentra contenido el significado del vocablo medio, como lo ponen de relieve Magariños (2005, p. 25) y Biasco (1997), entre otros autores.

Sin perjuicio de ello, existe coincidencia en cuanto a que la expresión a que nos referimos, conformada mediante la conjugación de ambos vocablos, resulta de uso corriente y generalizado.

Advierte Gorosito (2017) que existe una tendencia en la actualidad a su sustitución por la palabra “ambiente” en distintos instrumentos legales en los últimos años.

Los primeros instrumentos legales designaron a la materia de regulación del ordenamiento normativo emergente con su clásica acepción “medio ambiente” y fueron:

la Ley de creación del Instituto para la Preservación del Medio Ambiente (1971); la Ley N° 16.112 de creación del MVOTMA (1990); y la Ley N° 16.466 de Evaluación de Impacto Ambiental (1994). Esta expresión fue además consagrada en el art. 47 de la Constitución.

La expresión “ambiente” había tenido reconocimiento en el texto de la ley N° 17.283 de 28 noviembre 2000, autodenominada “Ley General de Protección del Ambiente”. Este reconocimiento se ha visto hoy confirmado, agregamos nosotros, con la creación del Ministerio de Ambiente, así denominado en el art. 291 de la Ley N° 19.889.

En el plano doctrinario, la cuestión de la concepción del medio ambiente no es pacífica y ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, como a su misma vez ha evolucionado su instrumento principal, el derecho ambiental.

Tradicionalmente se han distinguido dos escuelas, una restringida y otra amplia, inscribiéndose los distintos autores en una u otra concepción.

La conveniencia de adoptar una concepción amplia, es que, al comprender mayores elementos dentro del concepto, incluyendo los elementos de la naturaleza, el paisaje, las vistas naturales, el aire que respiramos, el suelo que pisamos, la atmósfera de la Tierra, se aumentan también los instrumentos de protección que pueden ser utilizados.

Según Lorenzetti (2010), en la tendencia restringida se incluyen sólo los recursos naturales tales como agua, suelo, flora, fauna y otros. Un poco más amplia es la inclusión de bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa abarca problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general. Finalmente, otros concluyen en el concepto de calidad de vida, como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre. Una definición puede incluir un listado de elementos que integran el concepto, lo cual es bueno pero es insuficiente, ya que siempre habrá algún aspecto no incluido u otro novedoso que se tiene que incluir. Sostiene el citado autor, que el listado de elementos materiales, tales como el agua, el suelo, el aire, la fauna, la flora, debería ser ampliado por otros inmateriales como el pasaje o el patrimonio histórico.

La fundamentación de la concepción restringida, sostiene Esain (2010), la encontramos en los primeros pasos que da nuestra disciplina en el ámbito normativo, cuando tiene lugar en 1972 la Conferencia de Estocolmo, y en su documento la Declaración de Estocolmo, se incluyen en algunos de sus principios sólo los elementos físicos sin mencionar aspectos culturales (Principio 2). En la Conferencia Río 1992 se consolida esta concepción estricta del medio ambiente referida a los sistemas básicos del ambiente natural. Sólo aparece una mención a los elementos culturales vinculados con las naciones indígenas en el Principio 22.

Englobado en esta posición restrictiva, encontramos al español Ramón Martín Mateo, cuyo concepto es citado por Esain.

La concepción de medio ambiente en Mateo, en una primera etapa, incluía solo los elementos naturales de titularidad común y características dinámicas, quedando fuera del marco protector el suelo y todo lo que con éste se relaciona. No equivalía medio ambiente a naturaleza, sino que tan sólo algunos de los elementos que la conforman los consideraba incluidos. El pensamiento de Mateo evoluciona, sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) 107/1995, de fecha 26 de junio de

1995. En esta sentencia, muy invocada por los distintos autores, partiendo de concepción de medio ambiente en la Constitución Española de 1978, el TCE adopta un concepto sumamente amplio de medio ambiente: “consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida”.

Massimo S. Giannini, se inscribe dentro de la posición amplia, y concibe el ambiente como el “ámbito físico de diversas acciones humanas en el cual subsisten sistemas de equilibrio que puede ser modificado, pero sólo a costa de reconstituir otros sistemas”. Este concepto reduce a dos las estrategias jurídicas: la gestión de los elementos del ambiente y la del territorio. Empero, el ambiente debe ser contemplado en su globalidad, pues la naturaleza se afirma como unidad en la que todos los sectores están íntimamente relacionados entre sí. Esta interrelación no se limita al medio físico. Los antiguos criterios que escindían la naturaleza y la cultura han sido superados pues ambas están íntimamente interpenetradas. Esta síntesis se da en el hombre que forma parte de la naturaleza y a la vez la modifica; es criatura y creador de nuevas formas de vida. (Figallo Adrianzén, 1988).

En lo que respecta al propio Esain, su concepción del medio ambiente es sistémica, “conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema. Estamos ante un concepto complejo. No casualmente los investigadores utilizan el calificativo holístico (del griego *holos*: todo) cuando pretenden emprender cualquier descripción del ambiente”.

Jordano Fraga (1985) conceptualiza el medio ambiente como un concepto jurídico indeterminado; evolutivo y dinámico; y como concepto valorativo.

Desde el punto de vista jurídico, es un bien jurídico; y al mismo tiempo un deber, ambos constitucionalmente consagrados por el artículo 45 de la Constitución Española de 1978. Es precisamente el reconocimiento con rango constitucional del derecho “a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona” el que eleva a bien constitucional al medio ambiente.

En opinión de Lorenzetti (2010), corresponde distinguir entre el “macro bien” y los “micro bienes ambientales”. Es un “macro-bien” y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Este criterio sistémico rige la Ley General de Ambiente de Argentina N° 25.675, art. 27: “se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que representan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macro bien. En esta categoría se subsumen la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, la biodiversidad, etc.

En la doctrina uruguaya, Magariños (2005) concibe el medio ambiente o Biosfera como un “sistema” en cuyo mérito no puede excluirse “a priori” ninguno de sus elementos. Es una unidad global, admitiéndose cada vez con mayor certidumbre que funciona como una entidad individual, en la que el límite de su identidad como tal individuo es difícilmente precisable. Agrega luego que la existencia del hombre es posible porque el sistema es extremadamente dinámico y funciona en un ritmo constante de equilibrio -

desequilibrio - reequilibrio. La complejidad infinita del sistema asegura que el resultante de esa aparentemente frágil equilibrio, sea tremendamente estable.

Por su parte, Gorosito (2016), coincidiendo en cierta forma con Lorenzetti, utiliza en su definición la idea de bien o valor, al cual denomina “macro bien ambiental” que constituyendo un sistema es especialmente tutelado como tal, en razón de su vulnerabilidad, por el ordenamiento constitucional; sistema a la vez natural y artificial, en el que son discernibles componentes naturales (ecosistema natural, medio ambiente primario) y socioculturales (medio ambiente secundario), siendo el Hombre y su cultura parte inseparable del mismo y estando los elementos orgánicos e inorgánicos, pertenecientes a los diversos reinos de la Naturaleza, en todos los estados de la materia, y el patrimonio cultural, protegidos y regulados, por el derecho positivo, en su interacción sistémica y especificidad sectorial, constituyendo micro bienes ambientales.

Otra línea de pensamiento ha conceptualizado al medio ambiente partiendo de considerarlo como un bien jurídico, respecto del cual los individuos son pasibles de ejercer derechos y sus correspondientes deberes. Decir que el ambiente es un bien jurídico, es afirmar que se constituye en objeto de un complejo de normas jurídicas, con aspectos simultáneos de poder y deber. (Biasco, 1997, p. 115).

Caumont y Mariño (2007), desde la perspectiva del derecho civil, en días anteriores a la reforma de la constitución de 1996, conceptualizan al medio ambiente como un derecho subjetivo. Entienden que, en tanto derecho subjetivo inherente a la personalidad humana, involucra una situación jurídica implicate –como correlato– de un deber concreto de conducta dirigida a su respeto integral por los destinatarios receptivos del mandato imperativo corolario a aquél: el titular del derecho subjetivo a un ambiente sano está munido de poder jurídico como titular de un interés protegido y de una necesidad reconocida y secundada por el ordenamiento objetivo.

190



3. Tres paradigmas ambientales

Existen, como es natural, un gran número de autores que crean su propio paradigma en materia de medio ambiente, a la luz del cual examinan los resultados de sus estudios e investigaciones.

En el presente caso, hemos seleccionado tres autores de relevancia, los cuales ordenaremos en forma cronológica, de acuerdo a la aparición de sus respectivos escritos sobre el tema:

3.1) Mateo J. Magariños de Mello (2005).

3.2) Ricardo L. Lorenzetti (2010).

3.3) Ricardo Gorosito Zuloaga (2020).

Es necesario en forma previa establecer el significado de algunos términos que emplearemos.

Paradigma - el Diccionario de RAE define paradigma de la siguiente manera: “teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento”.

Klimovsky (1997, pp. 345-347) explica gráficamente la noción de paradigma:

Para recurrir a una metáfora: una persona que utiliza anteojos mira a través de ellos, pero no los utiliza para mirarlos. Si se está contemplando la realidad a través de un paradigma, se observan entidades y situaciones a través de él, pero, en general, no se tomará conciencia del mismo mientras se investiga. Nadie tiene interés en discutir el paradigma, salvo en situaciones de crisis en el mundo científico, porque el paradigma está fuera de cuestión. Una vez adoptado, él es la llave maestra para nuestra inspección acerca del mundo.

Pensamiento Sistémico: El pensamiento sistémico es un modo de análisis que evalúa todas las partes que se interrelacionan y que a su vez conforman una situación hasta lograr una mayor conciencia de los sucesos y del porqué. Es así, que las distintas partes que conforman el todo, se encuentran interrelacionadas, constituyendo lo que se conoce como “sistema”.

De esta manera, los componentes del ambiente no se analizan de una manera particular sobre cada uno de sus elementos, sino que se amplía la perspectiva de estudio, no solamente tomando la relación de sus componentes externos a la sociedad humana, sino que ella misma se incluye como ente en constante relación y continuos flujos de dependencia y conectividad.

En el plano jurídico, el concepto de sistema fue utilizado en la doctrina uruguaya por el procesalista Barrios de Ángelis (2002) en su obra *Teoría del Proceso*, para brindar una explicación del proceso judicial.

Holístico: según el Diccionario de la RAE, significa perteneciente o relativo al holismo. Mientras que el Holismo es una doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen. Como vemos es una concepción o una mirada similar a la que proporciona el pensamiento sistémico.

3.1. Mateo Magariños de Mello

La obra “Medio Ambiente y Sociedad”, a la cual nos referiremos principalmente, publicada en 2005, constituye, en puridad, una ordenación de sus trabajos sobre el tema realizado por quien fuera su alumno, Gorosito.

Magariños (2005) estudia en primer lugar lo que denomina “paradigma mecánico”, visión del mundo que despunta en el S. XVII, introduciéndonos en el Reino de las Máquinas, y que tuvo sus arquitectos, sus profetas y sus intérpretes; entre ellos Bacon; Descartes, Newton. A estos le siguen Locke, Smith, Turgot. Es precisamente con Locke, según el autor, que comienza la “pesadilla ambiental”. El papel del Estado es simplemente promover la subyugación de la Naturaleza con el fin de alcanzar la prosperidad material necesaria para realizar los fines de los individuos.

Este Paradigma Mecánico regirá durante más de trescientos años el pensamiento universal y sus consecuencias son todavía impredecibles en todo su alcance que costará quien sabe qué cataclismos desarraigar y superar; implica una noción materialista de la vida caracterizada por el “progreso continuo”. Lo califica como responsable de la crisis global en la que nos encontramos inmersos actualmente.

Con la Segunda Guerra Mundial se cierra el ciclo del Paradigma Mecánico. Aparece entonces en sus albores lo que Magariños llama el “Paradigma Holístico”. Ya los viejos esquemas científicos y formas de pensar existentes hasta ese momento devienen inútiles y obsoletos para interpretar un nuevo mundo, donde advienen nuevos fenómenos que interpelan al hombre y requieren otras teorías para su interpretación: la Ciencia de Partículas, la Cibernética, la Informática, la Mecánica Cuántica.

Sostiene este doctrinario que existe un consenso total entre los pensadores en cuanto a que el nuevo Paradigma se encuentra integrado por distintas visiones que confluyen, y que constituyen sus notas esenciales:

- a) Visión Holística de los sistemas y del mundo, que supone, inclusive, la existencia de relaciones esenciales entre la materia inanimada y los seres animados.
- b) Visión sistémica de la realidad sobre la que actúa, consistente en que la dinámica del todo está regida por la existencia de relaciones entre todas las cosas organizadas en sistemas.
- c) Visión ecológica o contextual, destacando el concepto unitivo en que funcionan todos los sistemas.
- d) Concepción evolucionaria de los sistemas en perpetua transformación sistémica entre sí.
- e) Enfoque prospectivo, en función del carácter evolucionario, que determina una perpetua transformación, lo cual hace necesario incluir la variante “tiempo”, para considerar la dimensión futura cambiante dentro del proceso dentro de cada sistema y en el conjunto, “pasado-presente-futuro-presente” como un *continuum* con ritmos muy diversos de aceleración.

3.2. Ricardo Luis Lorenzetti

En su obra “Teoría del Derecho Ambiental”, que vio la luz en el año 2008, este autor argentino, expresa que el Paradigma Ambiental (PA) presenta una causalidad típica, porque no es concebida como una proyección de la subjetividad, sino típicamente sistémica. Está basado en una idea de interacción compleja que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana; es una concepción sistémica de la causalidad que se ha ido desarrollando en múltiples campos.

Recurre asimismo a la noción de la concepción “holística”, en el sentido que todo tiene una interrelación que debe ser respetada, tanto en la naturaleza como en el derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión, prescindiendo del contexto (p. 16).

El PA, para el autor, confiere preeminencia a la acción colectiva, porque al contrario de lo que ocurre con la economía clásica, lo que interesa es el efecto acumulativo de las acciones individuales, los cuales son absolutamente diferentes.

Menciona la noción de causalidad, uno de cuyos supuestos se refiere al caso en que varios individuos realizan acciones que, aisladamente son inocuas, pero sumadas, producen un resultado dañoso.

También acude a la idea de “contrafinalidad”, concebida como las consecuencias no intencionadas que surgen cuando cada individuo en un grupo actúa sobre una presunción acerca de las relaciones con otros que, cuando se generaliza, produce la contradicción (p. 17).

Todo el edificio teórico de la cultura occidental ha sido construido sobre la base del individuo, utilizando los paradigmas de libertad y de la igualdad. El cambio actual está caracterizado por una concepción menos antropocéntrica y más geocéntrica, es decir, la aparición de la naturaleza como sujeto.

El PA tiene impactos en muchas áreas, como la moral, por tratarse de una concepción esencialmente “valorista”.

El ambientalismo introdujo nuevos valores que han ingresado en los textos constitucionales y supranacionales, y que cumplen la función de límite material para la legislación.

Introduce –el PA– importantísimos cambios en la economía, ya que el foco ha dejado de ser la acción racional individual. Surgen ahora nuevos ejes, dejándose de lado la anterior perspectiva individualista, que es sustituida por otra, en la cual se debe contemplar la globalidad y las consecuencias o efectos que las acciones individuales, aparentemente inofensivas consideradas de una a una, pueden incidir negativamente sobre el bienestar colectivo.

3.3. Ricardo Gorosito Zuloaga

Entre los múltiples aportes de este autor a la temática ambiental, hemos seleccionado uno de sus últimos trabajos, publicado en el año 2020, titulado “La Constitucionalización del Paradigma del Desarrollo Sostenible y el Estado Ambiental de Derecho”.

El autor utiliza el mismo concepto ya aludido de Jordano Fraga: la constitucionalización, entendida como la incorporación a las Cartas Constitucionales de principios y regulaciones propias del Derecho.

Realiza un estudio del concepto de Estado de Derecho de tipo occidental, el cual ha mostrado una gran plasticidad adaptativa. Ello se demuestra en la incorporación, históricamente sucesiva y progresiva, de nuevos valores fundamentales que, sin negar los previos, los complementan ampliando la esfera de derechos, obligaciones, procesos e instituciones. La agregación de los valores de igualdad y justicia o protección social, derechos de la segunda generación o derechos sociales y la imposición al Estado de deberes prestacionales y poderes de planificación y conducción económica y de políticas sectoriales, ha dado lugar al Estado Conformador del Orden Político, Social y Económico o Estado Social de Derecho o Estado de Bienestar.

A nuestra altura histórica, agrega, el contenido caracterizante del Estado de Derecho, incluye el valor sostenibilidad o Desarrollo Sostenible; derechos y deberes de tercera o cuarta generación.

El Estado Ambiental de Derecho se configura cuando los valores fundantes de la protección ambiental y del Desarrollo Sostenible, se incorporan a los Pactos Constitucionales.

4. El derecho ambiental

4.1. Delimitación

La mayoría de los autores coinciden en que el Derecho ambiental en un sentido moderno nació tras la Declaración de Estocolmo adoptada en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano (5-16 de junio 1972). Sin embargo, sostiene Jordano Fraga (1995), importantes antecedentes históricos desmienten esta afirmación. En EEUU, la *Environmental Policy Act* de 1969; en Francia, el Decreto 1971/94 de 27 de enero, creador del Ministerio de la *Protection de la Nature et de l'Environnement*.

A estas alturas de la evolución del Derecho Ambiental, no existe duda que se trata de una disciplina independiente, en la cual se verifican todos los requisitos que suele exigir la doctrina para considerar a un determinado sector del ordenamiento como rama autónoma, que se ha desgajado del tronco común del derecho civil. Ostenta, también, lazos muy profundos con el derecho administrativo sancionatorio y el derecho penal, dado el elenco de infracciones administrativas y de delitos denominados “ecológicos” que se han tipificado en distintos instrumentos legales.

Nuestro país no tiene incorporados en su derecho positivo este tipo de delitos de agresión medioambiental. Sin embargo, existe un proyecto de ley a estudio del Parlamento, remitido por el Poder Ejecutivo en 2017, cuyo objetivo es incorporar un título específico de “delitos contra el ambiente” en el Código Penal uruguayo (Carpeta 751/2017 Distribuido 1128/2017 de 8 de febrero de 2017).

En el seno del Derecho Ambiental, existen principios propios, que inclusive han recibido consagración legislativa; amén de recurrir a otros principios, propios del Derecho Público, adaptándolos.

Posee también técnicas jurídicas propias, como la evaluación del impacto ambiental en nuestro derecho o los *marketables permits* del Derecho norteamericano (Jordano Fraga, 1995, pp. 124-125).

El hecho que se trate de una disciplina autónoma, no quita que sea una disciplina en formación, ya que su evolución es constante.

Para Magariños (2005), el derecho ambiental formalmente tiene cuatro características fundamentales que lo distinguen de los demás por su naturaleza: a) un Objeto Global, que comprende todas las ramas en las que lo dividimos como metodología de estudio; b) ámbito territorial planetario; c) titular específico e irrepetible, que es la Humanidad en su conjunto, inclusive intemporalmente porque la abarca en toda su trayectoria histórica, presente pasado y futuro; d) Ordenamiento Jurídico Global “*sui generis*”, debido a que constituye un ordenamiento que duplica el ordenamiento ordinario a escala planetaria y no como una simple “rama”. Por eso hay un DA Penal, Civil, Comercial, Internacional.

Biasco (1997) considera que el Derecho ambiental es la parte del Derecho público que regula la protección del ambiente en sentido amplio, los derechos y deberes de las personas, las obligaciones del Estado, así como la estructura y el funcionamiento de la Administración ambiental.

Para Correa Freitas (2013) el concepto de medio ambiente que incorpora nuestra Constitución con la reforma de 1997, es un concepto amplio, comprensivo no sólo de lo que podríamos denominar y conocemos como la ecología, ya que además de los recursos naturales, como, por ejemplo, los ríos, el aire, la atmósfera, comprende toda la riqueza cultural y artística, el propio paisaje, el entorno natural. Sin excluir de la protección el patrimonio, como son los monumentos, o aún determinados inmuebles declarados de interés patrimonial, “evitar quitarle memoria no sólo a la ciudad sino al propio país”.

4.2. Principios de derecho ambientales

Los principios son un capítulo importante en cualquier disciplina jurídica que se considere autónoma desde el punto de vista científico. Constituyen puntos de partida, directivas, enunciados; iluminan e ilustran al intérprete como faros que muestran el camino a seguir.

Gelsi (1996) destaca la importancia de indicación de principios en el Derecho y en cada uno de los sectores especializados, porque señalan como se encarnan en él los valores; resumen su contenido y espíritu; permiten interpretarlo e integrarlo. Se trata de las normas más generales del Derecho, de rango constitucional, se aplican en todos los sectores, sin perjuicio de alguna peculiaridad, de acuerdo con la modalidad de cada uno.

Varela-Méndez (2004), luego de un acendrado estudio, nos brinda su propio concepto:

... los principios son tales en la medida en que no existan otros en los cuales puedan subsumirse; son puntos de partida absolutos no dependientes de ningún otro: son enunciados lógicos extraídos de la ordenación sistemática y coherente de un ordenamiento que conforma la armazón lógica del mismo. Se originan o extraen de una armonización sistemática de los textos. No pueden ser confundidos con reglas técnicas o directrices. No lo son todos los que alguna doctrina incluye ni los que así son aludidos en los textos legales (p. 292).

195

Como es sabido, hay tantas clasificaciones de principios de derecho cuanto autores que tratan este tema, pues cada uno tiene su propio elenco de principios.

El rol fundamental de los principios en el derecho ambiental, ha sido muy bien definido por Cafferata (2011), de acuerdo a su finalidad. Sirven como criterio organizador del Derecho para el operador jurídico; constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental; son el soporte básico del ordenamiento prestando a este su verdadera significación. Cumplen varias funciones: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como cuña; d) los principios como filtros; e) los principios como diques; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) como recreadores de norma obsoletas; h) tienen una capacidad organizativa y compaginadora; i) cumplen una función de integración.

Y agrega: sirven como criterio organizador del Derecho para el operador jurídico; constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico o ambiental y son el soporte básico del ordenamiento, prestando a este su verdadera significación.

Gorosito (2017) establece el siguiente elenco de principios: 1) sostenibilidad o desarrollo sostenible; 2) solidaridad; 3) prevención; 4) precaución; 5) contaminador - pagador; 6) subsidiariedad; 7) cooperación; 8) responsabilidades comunes pero diferenciadas; 9) participación o transparencia.

Jordano Fraga (1995) destaca que existen principios de Derecho Público, aplicables a esta materia. Luego establece principios que son propios y privativos del DA, los que adjetiva de “específicos positivados”. Estos son: Preservación, restauración y mejora del medio ambiente como principio general objeto de constitucionalización, que es más bien un principio del ordenamiento jurídico español consagrado en la Constitución. “Acción preventiva y corrección en la fuente”, que no es otro que nuestro principio de prevención; “quien contamina paga”; “unidad de gestión”, referido este último a una organización administrativa ambiental, adaptando la estructura administrativa al carácter globalizador e integrador del medio ambiente. Por eso una de las principales consecuencias de este principio es la tendencia a la concentración de las competencias ambientales en cada uno de sus niveles: estatal, autonómico o local.

La explicitación de los principios de Derecho Ambiental, sostiene Gorosito (2017), se verifica en los documentos fundacionales del discurso normativo y científico del ordenamiento iusambiental, configurado, en una triada de normas de *soft law*², compuesta por la Declaración sobre el Medio Humano (Conferencia de Estocolmo 1972), la Carta Mundial de la Naturaleza de la ONU 1982 y la Declaración de Río de 1992.

La Ley N° 17.283, reglamentaria del art. 47 de la Constitución, en su art. 6° establece los principios de rango legal que informan la política ambiental del país.

En atención a la extensión de este trabajo, daremos tratamiento exclusivamente a aquéllos principios que en doctrina se consideran como propios y específicos del derecho ambiental, esto es, las grandes ideas directrices en las que se asienta el conocimiento en esta materia.

4.3. *La dupla* principio de prevención y principio precautorio

Una de las particularidades del derecho ambiental en lo que respecta a sus principios, reside en que existe un dúo de estos, propios y específicos de la materia, que conforman un verdadero sistema cautelar.

Esta dupla de principios se aplica en toda la faz preventiva del derecho ambiental; su finalidad última es precaver el daño ambiental, evitar su producción. Son los principios precautorios o de precaución y el principio de prevención. Tienen como nota común dicha función preventiva, si bien existen diferencias entre ambos, como veremos a continuación.

4.3.1. Principio de prevención

Existe acuerdo doctrinario en cuanto a que el principal principio en materia de política ambiental, es el principio de prevención.

Es el “gran” principio del derecho ambiental; el elemento diferenciador de nuestra materia. Regular la conducta antes que se produzca la afección ambiental; evitar, prevenir,

2 El concepto de *soft law* se explicará en el capítulo sobre DDHH.

que el daño se produzca; y requiere una plena participación del Estado mediante las correspondientes políticas públicas.

En el ámbito del principio de prevención, la peligrosidad de la cosa o de la actividad es bien conocida; lo que se ignora es el daño que va a producirse en el caso concreto.

Una vez producido el daño, ingresamos en una etapa de certeza en cuanto a su existencia. En este último supuesto, nos evadimos del plano de la precaución y de la prevención y ya nos encontramos en el escenario de la reparación del daño, cuando esta sea posible, lo cual es harto difícil dada la especial naturaleza de estas ofensas al medio ambiente.

4.3.2. Principio precautorio

Es un principio cardinal en el derecho ambiental, debido a que nuestra sociedad contemporánea puede definirse como una sociedad de riesgos. Las consecuencias negativas de estos riesgos, inicialmente quedó regulada por el Derecho de Daños. Sin embargo, se advirtió que sus antiguos esquemas resultaban insuficientes e inadecuados para solventar los riesgos del desarrollo y se produjeron hondas polémicas doctrinarias. La discusión refería principalmente a determinar si, en los casos que un sujeto desarrolla una actividad que provoca daños o fabrica un producto que causa daños, puede estar exonerado de responsabilidad si no tiene conocimiento de los efectos dañinos al tiempo de desarrollar la actividad o fabricar el producto.

Como vemos, el reducto de actuación de esta polémica se circunscribe a los derechos de los consumidores principalmente; pero también puede darse en el derecho ambiental, como intenta demostrar Sozzo (2007), en su estudio sobre el tema.

Como ejemplos paradigmáticos de estos macro-riesgos colectivos, podemos citar el siniestro de Chernóbil³, con su nube radiactiva que causó graves daños sobre cientos de personas en diversos países. Es considerado el peor accidente nuclear de la historia, y como el más grave en la Escala Internacional de Accidentes Nucleares (accidente mayor, nivel 7).

Estos riesgos que hoy nos amenazan, son muchas de las veces, imprevisibles. Son de difícil mensura y determinación a priori. No son científicamente verificables en un primer momento; sólo suponen precisamente eso: un riesgo, un peligro de producción de algún fenómeno que puede resultar perjudicial o aún devastador. El remedio para este tipo de peligros es un principio que permita, ante el menor asomo o sospecha de la verificación de un riesgo, bien inminente o bien futuro, tomar las medidas necesarias para evitar su producción.

Este es el principio precautorio, el cual supone que cuando existen sospechas fundadas acerca de que algún producto o alguna actividad pueda constituir un peligro de daño al ambiente grave o irreversible, aun cuando no se tenga acceso a una prueba acabada y convincente de la existencia misma de tal riesgo, esa falta de certidumbre científica no debe utilizarse como motivo para no adoptar o postergar la adopción de medidas tendientes a evitar que el daño se produzca efectivamente en el plano de los hechos.

3 El accidente de Chernóbil fue un accidente nuclear sucedido el 26 de abril de 1986 en la central nuclear Vladímir Ilich Lenin, ubicada en el norte de Ucrania.

El campo de actuación del criterio de precaución, es cuando existe una incertidumbre que recae sobre la peligrosidad de la cosa misma, porque por ejemplo los conocimientos científicos todavía son insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto. Existe, por tanto, un riesgo potencial. Y el daño a producirse, debe tener los caracteres de grave e irreversible.

Con mucha frecuencia, nos dice Esteve Pardo (2005), las referencias y valoraciones con las que el Derecho Ambiental ha de operar, son inciertas o están sujetas a controversia científica. Es prácticamente imposible, no sólo ya cuantificar sino conocer con una mínima precisión un daño al medio ambiente sobre todo si se tiene en cuenta que en muchos casos sus totales efectos sólo se hacen perceptibles al cabo de un dilatado período de tiempo; más compleja resulta aún la determinación de las causas que provocaron el daño. El reto, pues que se le plantea al Derecho ambiental en estos casos es el de la decisión jurídica en situaciones de incertidumbre, predominantemente incertidumbre científica (p. 59).

El principio que nos ocupa recibe consagración en la Conferencia Río 1992, en su Principio 15. Como vemos, existe una gradación de mayor a menor en la entidad del daño ambiental considerado en cada principio. Puede existir una mera posibilidad de existencia del daño, sin evidencia científica que lo respalde, que responde al principio precautorio. O puede existir una probabilidad de existencia del daño, con evidencia científica respaldante, área que responde al principio de prevención.

El principio precautorio da un paso más adelante que el preventivo. En este último intento prevenir un riesgo conocido que va a producir seguramente un daño ambiental, cuyas características particulares se desconocen hasta tanto se produzca. En cambio, en el precautorio, no tengo certeza de que se va a producir el daño, pero en caso de producirse, seguramente sus efectos serán profundamente negativos –graves– e irrecuperables.

La verdadera funcionalidad de este principio es distinta de la idea genérica de precaución o cautela, que necesariamente impregna todas las medidas que a nivel estadual se pueden adoptar en materia medio ambiental. Su función es, como ya se ha dicho, la de fundar o habilitar una decisión de las autoridades públicas, en situaciones de incertidumbre en el entorno y sobre los efectos mismos de esa decisión.

4.4. Principio contaminador-pagador

Por su naturaleza, es un verdadero principio de derecho ambiental. Tiene que ver con la internalización de los costos que toda actividad humana conlleva. Cuando emito un gas a la atmósfera estoy externalizando costos, al igual que cuando arrojo residuos a un barranco. Estoy derivando el costo de esa actividad a otro. Alguien se va a ver afectado por esa externalización de costos que realizo, y alguien –otro, no yo– sufrirá los efectos negativos de esa actividad. En cambio, lo que se requiere es internalizar esos costos, que cada quien se haga responsable de las actividades que realiza que pueden influir negativamente sobre el ambiente. Porque de lo contrario, otros sufrirán las consecuencias. Uno de los objetivos de la política ambiental, es, precisamente, internalizar los costos. Por ejemplo, en el caso de los envases retornables, el productor asume los costos de lavar el envase y reutilizarlo. En cambio, cuando el envase es no retornable, esos costos los asumirá el Gobierno Departamental o la sociedad toda.

Es un principio que ha sido desprestigiado por algunos sectores de la doctrina, que lo ven como un pago para contaminar, un precio o “peaje” que otorga a quien lo puede

pagar, carta libre para contaminar. Esta visión no es correcta, lo que se busca es que quien realmente se beneficia de esas acciones sea quien deba internalizar y soportar el costo. No es un simple uso de los recursos, sino un uso que produce un efecto nocivo en el medio ambiente. Está sólidamente reconocido en el principio 16 de la declaración de Río.

En el ámbito de la Unión Europea, el principio de “quien contamina paga” se aplica por medio de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, cuyo objetivo es prevenir o poner remedio a los daños medioambientales causados a especies protegidas y a hábitats naturales, al agua y al suelo.

Sostiene Highton (1993), que quien causa polución, no computará los costos convertidos en externos, de los que se hacen cargo otros, con lo que no tendrá incentivo en reducir la producción de bienes y servicios económicamente rentables. Mientras los costos no recaigan sobre aquellos que causan el daño o sus consumidores y clientes, es decir los adquirentes de los productos de la actividad nociva, el beneficio resultante de la actividad económica se redistribuye, quitándolo a las víctimas de la contaminación en favor de otros grupos sociales.

4.5. Información, participación ciudadana y acceso a la justicia

Estos son tres pilares sobre los que se asienta el derecho ambiental, en lo que atañe a la defensa del medio ambiente por parte de los ciudadanos, bien sea colectiva o individualmente.

La importancia de una opinión pública bien informada, está consagrada en la Declaración de Estocolmo Principio 19. Veinte años más tarde en la Declaración de Río 1992, se reitera este concepto, en el Principio 19.

El derecho a la información ambiental se encuentra consagrado en nuestro país en el literal F del art. 6° de la Ley N° 17.283, la cual establece asimismo mecanismos para hacer efectiva la participación de los ciudadanos (audiencias públicas a cargo del MVOTMA).

En lo que dice relación con el acceso a la justicia, resulta importante que las normas contemplen una legitimación amplia, que facilite dicho acceso, como sucede en Uruguay con el art. 42 del Código General del Proceso de 1989.

Guardan relación con estos principios, los convenios de Aarhus y de Escazú.

4.6. Cooperación internacional y Responsabilidad diferenciada de los Estados

La soberanía de los Estados sobre los recursos naturales y el uso de los mismos, se encuentra reconocida a nivel internacional, con la consecuente responsabilidad estatal en caso de generación de daños al medio ambiente.

En esta materia resulta indispensable la cooperación internacional entre Estados y además se ha sentado el principio, aunque no generalizado, de que esa responsabilidad sea común, pero diferenciada de acuerdo a las distintas características de los Estados.

Ello surge de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CNUCC), (Nueva York - 9 mayo de 1992), de la cual Uruguay es signatario. En los anexos

de dicha Convención, se establece la existencia de dos grupos de Estados, a quienes se les adjudica mayor o menor responsabilidad, de acuerdo a su poderío económico e industrial y como consecuencia directa, en la emisión de gases que afectan la capa de ozono.

En el primer grupo (Anexo I) se incluyen 43 Estados, que se clasifican como como países desarrollados y “economías en transición”. Estas últimas son las antiguas economías de planificación centralizada (soviéticas) de Rusia y Europa del Este.

En el Anexo II figuran 24 Estados, constituidos por miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Las Partes incluidas en el Anexo II son necesarias para proveer apoyo financiero y técnico a las economías en transición y los países en desarrollo, para ayudarles a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (mitigación del cambio climático) y gestionar los impactos del cambio climático (adaptación al calentamiento global). Sin embargo, esta división de los Estados no ha sido aceptada totalmente, porque los grandes Estados del Anexo II, continúan creciendo y con ese crecimiento aumentan las emisiones de gases a la atmósfera; y se niegan a aceptar la responsabilidad atribuida en la citada Convención.

5. Un instrumento típico: la evaluación de impacto ambiental

Resulta de vital importancia en este campo el instrumento de la evaluación del impacto ambiental –EIA–, propio y particular de nuestra disciplina.

La evaluación de impacto ambiental es una fórmula para informar e ilustrar a las instancias públicas sobre los efectos ambientales, ecológicos, que pueden tener determinadas actuaciones y decisiones suyas. Se trata así de que, por el órgano y los participantes de un proceso de decisión sobre un determinado proyecto o plan de actuación con incidencia ambiental, puedan conocerse con la mayor determinación posible sus efectos para el medio ambiente.

Existe un impacto ambiental cuando una acción o actividad humana produce una alteración favorable o desfavorable en el medio ambiente o en algunos de sus componentes.

El reconocido antecedente de este instrumento se encuentra en la *National Environmental Policy Act* de 1969, (NEPA) una de las primeras normas ambientales que, en los inicios mismos del movimiento ecologista, se aprueba en EEUU.

La influencia de esta normativa se hizo sentir en varios países europeos, y fue incluida en la Directiva 337/CEE de 27 de junio 1985, la cual ha sufrido diversas modificaciones, hasta sancionarse la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 mayo 2003.

Según Cousillas, la EIA es un instrumento preventivo de gestión ambiental, ampliamente conocido en el mundo, presente en la mayoría de las legislaciones ambientales. Es un procedimiento técnico, pero también burocrático y participativo para la identificación y valoración –en forma anticipada– de las consecuencias ambientales de un proyecto aún no ejecutado con la finalidad de eliminar, mitigar o compensar los impactos ambientales negativos y habilitar o fundamentar la adopción de una decisión

de una autoridad administrativa acerca de la admisibilidad ambiental de la ejecución de dicho proyecto.

En nuestro país, el instrumento de evaluación de impacto ambiental existe desde la vigencia de la Ley N° 16.466, de 19.1.1994, Ley de Prevención y Evaluación del Impacto Ambiental, una de las leyes que marcó el inicio de una nueva generación de normas ambientales en Uruguay. Sin embargo, la norma básica en esta materia lo fue el Decreto reglamentario de dicha Ley, N° 435/1994 de fecha 21 setiembre 1994. Este último fue sustituido por el Decreto 349/2005 de 21 setiembre, por el que el Poder Ejecutivo aprobó el nuevo Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales.

El nuevo Reglamento mejora los mecanismos de información y participación pública, tanto profundizando los mecanismos directos para ello, como definiendo los márgenes para la invocación del secreto industrial y comercial del proponente del proyecto, en aplicación de los principios de política nacional ambiental, especialmente los de información y participación, previstos en la Ley General de Protección del Ambiente N° 17.283 (art. 6).

Los instrumentos principales de información y participación continúan siendo la puesta de manifiesto del Informe Ambiental Resumen (art. 15) y la audiencia pública (art. 16).

El Reglamento dispone que el MVOTMA (actualmente MA) deba convocar la realización de una audiencia pública para todos los proyectos que pudieran implicar repercusiones graves de orden cultural, social o ambiental (Categoría A).

6. Desarrollo sostenible/sustentable

El concepto de desarrollo sostenible o sustentable –en lo sucesivo DS– se gestó en el seno del Derecho Ambiental. Aunque algunos doctrinarios distinguen los términos sostenible y sustentable para calificar al desarrollo, en general se acepta que ambos son tomados como sinónimos y se usan indistintamente. Según Durán Martínez (2017), es un verdadero principio general de derecho, aplicable e intocable.

Por lo general se sitúa como el hito de nacimiento de este concepto la denominada Comisión Brundtland, presidida por la noruega Gro Harlem Brundtland, que funcionó en el año 1987, en el ámbito de la ONU. Esta comisión publicó el libro “Nuestro Futuro Común”. En él se definió al DS como “El desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

El informe Brundtland parte de la idea central de que desarrollo y medio ambiente no pueden ser separados. “medio ambiente y desarrollo no constituyen desafíos separados: están inevitablemente interligados. El desarrollo no se mantiene si la base de recursos ambientales se deteriora; el medio ambiente no puede ser protegido si el crecimiento no toma en cuenta las consecuencias de la destrucción ambiental” (Pierri, 2005, p. 59).

Esta última Conferencia, Río 1992, fue preparada como la mayor instancia para instrumentar globalmente el desarrollo sustentable mediante compromisos jurídicamente

vinculantes entre los gobiernos. Sin embargo, la realidad fue muy distinta a lo esperado. Estrictamente, significó un retroceso en relación a Estocolmo 1972.

Los países desarrollados, salvo excepciones, defendieron su libertad de agredir el ambiente y manifestaron no estar de acuerdo a pagar por los daños que ya produjeron, tanto a nivel global como en los países pobres (Pierri, 2005, p. 66).

El principio 1 contenido en la Declaración de Río versa sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y destaca la faz antropocéntrica del desarrollo sostenible. También establece que los “seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

El hermanamiento del concepto de desarrollo con la protección al medio ambiente se plasma en el principio 4 de la misma Declaración, que entrelaza el desarrollo sostenible y la referida protección.

En Copenhague 1995, se amplió considerablemente el concepto de DS que ahora se apoya en tres pilares: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

El moderno concepto de DS implica un delicado equilibrio de esos tres pilares. Son tres requisitos absolutamente necesarios para que el desarrollo pueda ser considerado sostenible o sustentable.

No puede concebirse un desarrollo sustentable sin contemplar, además de su dimensión económica, su dimensión social y de protección del medio ambiente.

En cuanto a su definición, ha sido objeto de diversas acepciones. Para Lorenzetti (1993), Desarrollo Sostenible es el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.

7. Marco normativo e institucionalidad ambiental

Sin intención de agotar el tema de las normas de rango legal dictadas en la materia, ya que la legislación ambiental es por demás proficua, señalaremos las más emblemáticas y que refieren al medio ambiente como un bien global y no sectorial:

- Ley N° 16.112 de 30.5.90, la cual marca un verdadero hito, la creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), art. 3 N° 6 y art. 6.
- Ley N° 16.466 de 19.1.94, evaluación impacto ambiental, arts. 1 y 6.
- Ley N° 17.283 de 20.11.2000, Ley General de Protección del Medio ambiente, (LGPA), reglamentaria del art. 47 de la Constitución.
- Ley N° 17.234 de febrero 2000 declara de interés general la creación y gestión de un Sistema de Áreas Protegidas.

- Leyes N^{os} 17.774 y 17.775 de 2004, con normas para la prevención y control de la exposición al plomo a nivel ocupacional.
- Ley N^o 17.849 (reglamentada por el decreto N^o 260/007) de “Uso de envases no retornables”.
- Ley N^o 18.308 de Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.
- Ley N^o 18.610 de 2 octubre 2009, denominada Ley de Política Nacional de Aguas.
- Ley N^o 19.829 de 18 setiembre 2019, de Gestión Integral de Residuos.

La reciente creación por la Ley N^o 19.889 (LUC) del Ministerio de Ambiente (MA) significa una nueva institucionalidad ambiental en la República. En la Sección V titulada “Eficiencia del Estado” de la LUC, el Capítulo I se titula “Creación del Ministerio de Ambiente”, y comprende los artículos 291 a 299.

El Art. 296 dispone que el Poder Ejecutivo procederá a transferir las unidades ejecutoras DINAMA y DINAGUA del MVOTMA –que ahora pasa a denominarse, “Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial”– a la nueva Cartera creada, con sus cometidos y atribuciones, la redistribución de los recursos humanos y la reasignación de los recursos materiales, y los programas de funcionamiento y proyectos de inversión, con sus créditos correspondientes. Como así también “todo lo atribuido al cambio climático”. Por su Art. 299, la LUC por su Art. 302 suprimió la Secretaría de Medio Ambiente, que había sido creada por el Art. 33 de la Ley N^o 19.355.

8. La cuestión medioambiental en Uruguay hoy

El especialista uruguayo Gudynas, en 2018, nos daba su visión ciertamente negativa sobre el estado del ambiente en el país. Menciona particularmente “tres ‘problemáticas de enorme gravedad’ que pueden tener implicancias en la salud pública y en la economía futura del país: la crisis por contaminación de las grandes cuencas de agua, los efectos de la agricultura intensiva (y en especial aquellos ocasionados por el uso de agroquímicos), y el persistente deterioro de la fauna y flora nativa del país”.

En un artículo periodístico publicado en el Semanario Brecha el 21 junio 2019, la visión no es menos pesimista. En este reportaje, se entrevista al Dr. Luis Abriot, Doctor en Ciencias Biológicas (Facultad de Ciencias, UDELAR). Sostuvo el entrevistado, que en la comunidad científica existe consenso en cuanto a que los síntomas más preocupantes en los problemas medio ambientales de los últimos años, han ido ocurriendo en los recursos acuáticos, porque son como una especie de sumidero de muchas actividades que ocurren en el territorio, en el uso del suelo y en las ciudades ... El modelo productivo es otro tema que preocupa, ya que las consecuencias nefastas para los recursos hídricos del utilizado en la actualidad, por el manejo de fertilizantes, están hablando a gritos de la necesidad de cambios en ese sentido (Touriño, Brecha, 2019).

En 2019, se dio a publicidad el “Informe de Gestión 2015-2020” elaborado por el MVOTMA, sobre la actuación cumplida en ese quinquenio. Para este Ministerio los problemas que se entienden más acuciantes en Uruguay, son el tratamiento de los recursos

acuáticos, con especial referencia al agua potable y a las aguas que bañan las costas de nuestro país, que son un patrimonio invaluable para los uruguayos; la pérdida de biodiversidad que avanza, al igual que en todo el mundo y las consecuencias negativas del cambio climático.

Los problemas en el agua, también son destacados en el Reporte Uruguay 2015 de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), sobretudo su excesivo contenido de fósforo. En cuanto al cambio climático, la incidencia negativa en nuestro territorio surge del informe del PNUD “Uruguay El Cambio Climático aquí y ahora” (Sorhuet, El País, 2018).

Por su ineludible vinculación con el medio ambiente, la instalación de plantas de celulosa, ocuparon la agenda ambiental y produjeron un conflicto internacional entre Uruguay y Argentina. Inclusive existieron varias instancias de procesos internacionales promovidos tanto por Uruguay como por Argentina ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya sobre medidas provisionales solicitadas por Argentina y sobre la cuestión de mérito. Las acendradas discusiones sobre este tipo de emprendimientos, siguen hasta el presente, en vísperas de la instalación en Uruguay de una nueva planta de celulosa de origen finlandés. En estos momentos se encuentra en trámite un proceso de amparo promovido por el Movimiento ambientalista MOVUS tendiente a que las plantas que se están instalando cuenten con todas las autorizaciones ambientales pertinente (Juzgado Letrado Civil Montevideo 15° turno).

La Ley N° 19.126 de 11 setiembre 2013, refiere a la llamada minería de gran porte. En el marco de esta ley, se presentó en Uruguay el Proyecto Valentines de la empresa Aratirí, –grupo indio Zamin Ferrous–, el cual fue encuadrado en esta norma, por resolución de 7 diciembre 2013, firmada por el Presidente de la República de la época, Don José Mujica. Existió oposición al proyecto desde las tiendas políticas y también de las organizaciones medioambientales y el mismo finalmente naufragó. Aratirí demandó al Estado uruguayo en un juicio por daños y perjuicios por el fracaso de su proyecto, ante la Comisión Permanente de Arbitraje de La Haya, y su petición fue desestimada por cuestiones formales, sin ingresar al mérito del asunto (El Observador, 2020).

204

CAPÍTULO II - Medio ambiente y derechos humanos

1. Derechos Humanos

La idea de derechos humanos se basa en el compromiso fundamental de los Estados con “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana” tal como lo proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La rama del derecho que estudia los DDHH es un área de reciente auge, que comienza su sistematización en 1948, más precisamente el 10 de diciembre de ese año, cuando ve la luz la mentada “Declaración Universal de DDHH” proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), reunida en Francia. En ese mismo año, se adoptó la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, el primer instrumento general en materia de DDHH, ya que fue adoptado meses antes de la Declaración

Universal. Ese mismo año se aprobó la Carta de la OEA, mediante la cual se constituyó dicha organización. Asimismo, en 1967, se presentó el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos a los Estados Parte de la OEA.

El Derecho Ambiental, como ya vimos, adquiere su carta de ciudadanía en la Conferencia de Estocolmo (1972), más de treinta años después. La conferencia Río 1992 en su Principio 1, establece: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

En la Declaración Universal de DDHH de 1948, si bien por ese entonces, el derecho a un medio ambiente sano no se encontraba en las mentes de los Asambleístas, igualmente puede extraerse una referencia a él, en el art. 25.1 que menciona que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, refiere a los “derechos del hombre” y en su art. 11 refiere a la “preservación de la salud y el bienestar”, en similares conceptos, por lo cual caben iguales consideraciones al respecto.

Nuestra Constitución, enseña Correa Freitas (2000) no utiliza el término “derechos humanos”, excepto en el art. 47, en su redacción luego de la reforma de 2004.

La denominación “derechos humanos” utilizada como moneda corriente en nuestros días, ha sufrido ciertamente una evolución. Esta comenzó por la denominación de “derechos civiles”; más tarde se comenzó a hablar de “derechos públicos” y de “derechos políticos”; luego se hablaba de “derechos individuales” y de “derechos económicos y sociales”. Surge entonces una nueva forma de mencionar estos derechos, “derechos fundamentales” y finalmente, en la última etapa, nace este concepto de “derechos humanos o derechos del hombre”.

Fue recién en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, en que se incorporan un texto constitucional, los derechos económicos y sociales. Estos son el derecho a la salud, al trabajo a la huelga, a la vivienda, a la enseñanza.

Puede situarse el momento histórico en que comienza a ser utilizada la alocución “derechos humanos”, en la finalización de la Segunda Guerra Mundial, a mediados del Siglo XX. Ello se debe a que, a partir de ese momento, esta forma de llamarlos es utilizada principalmente en instrumentos internacionales y declaraciones de derechos.

Esta denominación pasó a ser comprensiva de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, uniéndose la doctrina en general a esta nueva terminología (Correa Freitas, 1990).

Sin perjuicio de ello, existen autores como Guariglia (2007), que prefieren aún en nuestros días la denominación “derechos fundamentales”, sin prescindir de la denominación alterna, por entender que se adecua más al concepto inserto en el ámbito de la ciencia jurídica constitucional.

Dentro de los DDHH, la doctrina distingue entre los derechos llamados de primera generación, de segunda generación y de tercera generación.

La primera generación fue la de los clásicos derechos civiles, que expresan a la libertad negativa o libertad “de”. La segunda, la de los derechos sociales y económicos, que no dejan ser del hombre, aunque en su titularidad se mezclen entidades colectivas y asociaciones. La tercera generación, la rodea más intensamente de un contorno supraindividual o colectivo, porque lo que en ese conjunto de derechos se formula como tales muestra el carácter compartido y concurrencia de una pluralidad de sujetos en cada derecho de que se trata.

Más modernamente, a partir de la década del 50 - 60, aparecen los llamados derechos de la solidaridad, como por ejemplo el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, el derecho a beneficiarse del patrimonio de la humanidad y vinculado con este último, surge entonces también el objeto de nuestro estudio: el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Correa Freitas, 1990).

Si tomamos al azar, nos dice Bidart Campos (1991), un derecho que se considera de tercera generación, el Derecho a la preservación del ambiente, todos los hombres que viven en un mismo ámbito (ciudad, región, etc.) tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho personal de cada uno y el de todos forma una titularidad, que, aunque sigue siendo subjetiva de cada uno, es a la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común.

Según Lorenzetti (1997, p. 1468), lo que se ha dado en llamar los derechos de la “tercera generación”, que surgen por el problema de la “contaminación de las libertades” y que apuntan a la degradación de éstas por los nuevos avances tecnológicos: la calidad de vida, el medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados. También se suelen introducir aquí a los que protegen bienes tales como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la especie humana, se trata de derechos “difusos” que importan a la comunidad como tal sin que exista una titularidad individual específica.

Coincide con esta afirmación Varela-Méndez (2004) para quien la teoría constitucional agregó una tercera generación, representada por los derechos de solidaridad, resultantes de los intereses sociales aludidos. Son a la vez individuales y colectivos, v. gr.: Derecho a la paz, a un derecho saludable, los del consumidor.

Al categorizar el derecho al medio ambiente, Correa Freitas (2013) lo inscribe dentro de los mencionados “derechos de tercera generación”, junto al derecho a la paz, el derecho al desarrollo, y el derecho del consumidor. Sostiene que generalmente han sido calificados por la doctrina como “intereses difusos”, porque a diferencia de los clásicos derechos civiles, políticos, económicos y sociales, que tienen un destinatario, donde hay un interés legítimo por parte de las personas, en los que hay una individualización de ese derecho a favor de los sujetos –los derechos a la vida y a la libertad los tenemos cada uno de nosotros– en cambio, estos derechos no tienen un titular individual: es la comunidad, la sociedad o un grupo de personas.

2. Sistemas de protección de los DDHH

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos nace en el seno de la ONU, de la que son miembros casi todos los Estados del mundo y su documento fundante es la Declaración Universal de DDHH de 1948.

El término “universal” indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo (Bregaglio, 2013).

En el ámbito regional, contamos hoy con tres sistemas supranacionales de protección de los DDHH. El sistema europeo, con su Tribunal de Estrasburgo; el sistema americano con el Tribunal de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana de DDHH; y en 1986 se creó el sistema africano, basado en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1982) que ha entrado en vigencia en 1986. (Véscovi, 1989).

Uruguay, dada su ubicación en el orbe, es tributario del sistema interamericano de protección de dichos derechos (SIDH).

El “*Corpus Iuris Latinoamericano*”, está constituido por el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicas que sustentan el SIDH. (Martínez Lazcano, 2017, p. 247).

Los instrumentos internacionales sobre DDHH que se aplican a nuestro país en el ámbito interamericano, vinculados con la temática que nos ocupa, son los siguientes:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969 - entró en vigor en 1978).
- Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador (1988).

La Convención citada se adoptó en San José, Costa Rica. Entró en vigencia casi diez años después, el 18 julio 1978; en Uruguay fue incorporada al derecho interno por la Ley de Amnistía N° 15.737 de 8 de marzo 1985. Esta Convención, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, es fruto del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y se estructura en una parte sustantiva y otra orgánica. En la primera se fija un catálogo de derechos y libertades fundamentales, además de normas relativas a las obligaciones que asumen los Estados, la interpretación de la Convención, las restricciones permitidas, la suspensión de los derechos, cláusulas sobre las obligaciones respecto de los Estados Federales y deberes de los titulares de derechos. La parte orgánica establece los órganos encargados de la protección y promoción de los derechos y libertades consagrados en el mismo cuerpo normativo –la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH– y mecanismos de control (Nash Rojas, 2008).

El Capítulo III, tiene un único artículo, el art. 26, que establece el concepto de desarrollo progresivo en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

La citada Convención dedica, entonces, el solitario art. 26 del Capítulo III a los derechos económicos, sociales, culturales, a los que se agregaron luego los derechos ambientales (DESCA). La norma consagra el compromiso de los Estados a adoptar las medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. El mencionado “Protocolo de Buenos Aires”, de 1967, al cual remite el Pacto, refiere a “condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna”.

Hitters (2020) sostiene que el Pacto de San José le ha dado en sus orígenes amplia preferencia a los derechos civiles y políticos, ya que los económicos, sociales y culturales, fueron abordados de manera incompleta y sin la intención de conferirle por aquel entonces plena operatividad. Ello así, pues el Art. 26 –que le dedica a éstos el Capítulo III compuesto de una sola norma–, compromete a los signatarios, como vimos, al desarrollo ‘progresivo’ de tales prerrogativas. Esta dicotomía se explica claramente porque los gestores entendieron que en el año 1969 –cuando se pergeñó este documento internacional– no estaban dadas las condiciones en este sector continental para que tales derechos fueran *self executing*; y pensaron que podían incorporarse luego –como realmente fue– a través de un Protocolo Adicional y demás documentos y prácticas.

Fue así que, en 1998, se agregó a la CADDHH el “Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales” aprobado por la Asamblea General de la OEA el 17 noviembre 1988 en San Salvador; incorporado a nuestro derecho interno por la Ley N° 16.519 de 22 julio 1994.

Este Protocolo reconoce en su art. 11 el derecho de toda persona a un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (Salvioli, s/f).

Como se observa, en este instrumento internacional, emanado de la OEA, y que como tal obliga a todos los países de América que integran dicha organización, se establece en primer lugar el derecho de toda persona a vivir en un ambiente ecológicamente sano y equilibrado; y, en segundo lugar, un deber para los Estados Partes en el sentido de realizar acciones tendientes a la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. (Correa Freitas, 2013).

3. Medio ambiente en la Constitución uruguaya

La primera mención al medio ambiente de nuestros constituyentes, se origina al aprobarse la Ley Constitucional plebiscitada el 8 de diciembre de 1996, promulgada el 14 de enero 1997, por la cual se incorpora a la Constitución de 1967, un nuevo texto del art. 47, que se corresponde hoy día con la primera parte de dicho artículo, que reza: “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

Hasta ese momento, nuestra Constitución vigente –1967– no contenía disposición alguna referida a la protección del medio ambiente. En la versión originaria de la Constitución de 1967, el artículo 47 refería al combate del Estado contra los vicios sociales.

Hoy ese texto figura incorporado al artículo 46. Por tanto, la técnica utilizada por el Constituyente de 1997, fue la de trasladar el anterior contenido del art. 47 de la Constitución, hacia el art. 46 referido a los indigentes, de manera que el número 47

quedara disponible y pudiera ser redactado de manera diferente, o con otro contenido, sin modificar el resto del articulado de la Carta (Gorosito Zuloaga, 2017).

Enseña Correa Freitas (2017) que la Constitución uruguaya vigente es la de 1967, con las reformas parciales de 1989, 1994, 1997 y 2004. Según Cousillas (1998) la indiferencia del constituyente a los temas medio ambientales, se puede atribuir principalmente a que en la época en que fue sancionada dicha Constitución, aún no existía una conciencia ecológica propiamente dicha en la comunidad nacional, la cual advino a la escena nacional e internacional años más tarde.

A pesar de ello, la doctrina es conteste en sostener mediante la interpretación de algunas de las normas constitucionales, se vislumbraba igualmente una protección implícita del medio ambiente y la consagración de los principios de protección ambiental.

Cassinelli Muñoz (1990), compartió esta posición, cuando comentando la Carta de 1967, sostuvo que si bien no había llegado a ingresar en los textos constitucionales la explícita protección del medio ambiente como un cometido del Estado, es evidente que existen razones de interés general en la protección del medio ecológico, de modo que la protección del medio ambiente es motivo constitucionalmente legítimo de legislación limitativa de derechos fundamentales (art. 7 Constitución); debido a que no hay duda alguna que dicha protección es de “interés general”.

Gorosito (2018) se afilia a esta teoría, y manifiesta que la doctrina, desde antes de 1997, siempre postuló la existencia de ese derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encontraba tutelado implícitamente a través de la interpretación armónica de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de 1967. Esta tríada de normas permite fundar sin esfuerzo la tesis que los derechos humanos, aun cuando no se encuentren reconocidos expresamente en el texto constitucional, encuentran igualmente su protección en nuestro derecho positivo, debido a la feliz y original formulación de nuestra Constitución, que debe ser un real orgullo para todos los uruguayos.

La real envergadura del art. 72 en nuestra Constitución la puso de relieve en forma magistral Real (2005), al ocuparse de los principios generales de derecho en nuestra Carta Magna.

Destacó Real la inmensa importancia de esta norma, en cuanto suministra las grandes directivas teleológicas para determinar los principios generales no escritos integrantes de nuestro régimen constitucional.

Nuestra Constitución incorpora, sostiene Real, genéricamente, al ordenamiento jurídico positivo, la esencia ideológica del jusnaturalismo clásico, es decir, la idea de derechos deberes y garantías que derivan de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno, y por ende positiviza las soluciones generalmente admitidas de la doctrina jusnaturalista.

Resulta entonces que los derechos inherentes a la personalidad humana –al igual que los principios de derecho– integran en forma implícita el elenco de derechos consagrados en forma expresa en nuestra Carta Magna, merced a la concepción jusnaturalista de nuestra Constitución y al apoyo de las citadas normas.

Cousillas (1998) también rescata que en la redacción de la Constitución 1967, implícitamente ya se recogían principios de protección ambiental.

En los prolegómenos de la reforma, cuando se presenta a la Cámara de Senadores el respectivo proyecto, Risso Ferrand (1996) calificó al texto proyectado de la primera oración del art. 47 como disposición programática del subtipo imperativo, en la medida que contiene un mandato al legislador. Al mismo tiempo, en la segunda oración se establece un deber para los habitantes de no realizar actos con determinado efecto. Advierte que no se establece en forma clara un derecho a la preservación del medio ambiente, sino que tal situación jurídica deberá ser dificultosamente extraída mediante diversos análisis jurídicos.

Otro problema que presenta es la utilización del concepto de interés general para su definición o limitación, si se repara que ese límite es un concepto jurídico no determinado y que ha ocasionado y ocasiona diversos problemas a la doctrina y jurisprudencia.

Biasco (1997), por su parte, sostiene que el art. 47 configura una situación jurídica subjetiva mixta (activa y pasiva) de los habitantes, en relación a la protección del medio ambiente, caracterizable –desde el punto de vista activo– como de interés legítimo, atento a que: a) Se establece el deber del Estado-legislador, de ejercer su potestad legislativa, procurando que los habitantes no lesionen el ambiente. b) Paralelamente se genera un interés legítimo de los habitantes, que les permite demandar que se ordene al Estado a expedir las leyes respectivas, en términos prudenciales; y solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos que no se ajustaren al programa allí establecido (C. art. 258). c) En la 2ª oración del art. 47, se establece el deber de abstenerse de causar daño ambiental. El daño ambiental –como daño resarcible– consiste en el deterioro que se produce al ecosistema respectivo, por obra de las acciones humanas.

Correa Freitas (2013, pág. 289), examinando el texto del art. 47 en su primer inciso, sostiene que presenta claramente tres partes:

- a) Una primera parte, que es la primera oración, en la que se establece que la protección del medio ambiente es de interés general.

El interés general es un concepto genérico, que no equivale exactamente con el interés de todos o de la unanimidad de los habitantes de la República, y tampoco coincide con el interés de la mayoría. No podemos hablar de que el interés general tenga vinculación directa con el número de habitantes porque, por ejemplo, puede ser de interés general la protección del ambiente en una determinada zona. (Correa Freitas, 2013, pág. 290)

Asevera el Profesor compatriota que la protección del ambiente, es un interés de todos y al decir de la Constitución, de interés general. Es una fórmula lacónica, pero precisa, que permitirá una adecuada reglamentación.

- b) Una segunda parte del artículo, la segunda oración del inciso primero, expresa “Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente”.

Esta fórmula consagra un deber negativo, un deber de abstención, y es donde Correa Freitas (2013, pág. 291) encuentra las mayores críticas. No sólo hay que abstenerse de perjudicar, sino que hay que protegerlo, salvarlo y recuperarlo. Hay que tener una acción positiva. Las personas, los habitantes del país, no sólo tenemos la obligación de abstenernos de causar daño al medio ambiente, sino que tenemos el deber de protegerlo y preservarlo.

c) Por último, la frase final establece la potestad que el constituyente confiere al legislador de dictar las leyes que entienda necesarias para reglamentar la norma constitucional, dejando un margen de acción a la ley y habilitando a la imposición de sanciones a los infractores del deber que la propia norma instituye.

En opinión de Cousillas (1998, p. 146) la mayor trascendencia de esta parte del artículo deriva de la inclusión del “interés general”, lo cual, según este autor, tiene una doble significación, desde una perspectiva política y desde una óptica técnica o jurídica.

Desde el punto de vista político, de esa declaración se deriva la prioridad que el Constituyente otorgó a la protección ambiental, ya que ha entendido que es una cuestión de interés general o que atañe a la comunidad. Sostiene el citado autor (p. 146) que a partir de la vigencia de la reforma constitucional aludida y, por disposición de nuestra máxima norma jurídica, las leyes referidas a la protección del ambiente son de interés general, con independencia de que específicamente así lo señale el legislador o lo corrobore la judicatura. El constituyente ha “tasado” el carácter de interés general de la protección ambiental y, consecuentemente de las leyes que existan o se dicten para ello, más allá de las interpretaciones jurídicas o de las variaciones políticas que puedan darse.

Cagnoni y Blengio Valdés (2010, p. 44) sostienen que la redacción de la primera parte del Art. 47, aunada a lo que disponen los Arts. 7 y 72 de la Constitución uruguaya, permite afirmar, que se ha consagrado el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Lo cual condice con una conciencia ecológica fundada en la necesidad de preservar el medio como base para el respeto a la dignidad de la persona humana individual y colectivamente. La incorporación de esta norma está en armonía con instrumentos internacionales que protegen específicamente el derecho al medio ambiente entre otros derechos, como el Protocolo de San Salvador (artículo 11) en el ámbito regional interamericano.

Sostiene Gorosito (2018, llamada 12 al final) que cuando se reconoce que toda persona tiene derecho al goce de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se está estableciendo un instrumento de protección del bien cuyo goce es materia u objeto del derecho proclamado, integrando esa protección al discurso o regulación de los Derechos Humanos. Si el medio ambiente no es protegido no habrá manera de que la titularidad reconocida por el derecho proclamado tenga alguna posibilidad de eficacia o eficiencia. Y desde luego no se reconoce el derecho para que su titular lo goce de cualquier manera, sino exclusivamente dentro del límite infranqueable del mantenimiento de la sanidad y equilibrio del bien medio ambiente. Así que la centralidad del interés de las personas o seres humanos, en el campo del Derecho Ambiental, está siempre enmarcado dentro del bien colectivo universal medio ambiente y su protección, incluso cuando del Derecho Humano al medio ambiente se trata. En el año 2004, tuvo lugar el llamado “Plebiscito o Reforma del agua”, mediante el cual se agregó al art. 47 una segunda parte.

Esta reforma se realizó mediante el mecanismo previsto en el literal A) del artículo 331 constitucional: la iniciativa el 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional. El proyecto por tanto versó únicamente sobre una materia de claro contenido ambiental, como es el agua y las políticas públicas a su respecto, aunque en general se entiende que su contenido fue inspirado más por cuestiones relativas a las condiciones de prestación de los servicios de agua potable y saneamiento que a la regulación del recurso natural en sí mismo. En los hechos, si bien el movimiento promotor identificó

su iniciativa como “reforma en defensa del agua y de la vida”, fue notoria la militancia activa de la Federación de Funcionarios de OSE así como de movimientos sociales y otras organizaciones adversos a privatizaciones de servicios o de participación de capitales privados en la titularidad de los mismos (Gorosito Zuloaga, 2017).

Sostiene Correa Freitas (2013, pp. 292-293) que en la norma se evidencia una preocupación del constituyente en el sentido de preservar, de asegurar, de amparar el uso y el aprovechamiento del agua, como un bien esencial para el ser humano, para la población, que por razones de interés general y por ser un derecho fundamental, debe cuidarse y utilizarse con un fin social. Es clara la finalidad de esta reforma de eliminar todo tipo de explotación de los recursos hídricos por particulares, sean nacionales o extranjeros, evitando que se utilice un bien escaso en muchas partes del mundo, como es el agua, para el lucro y beneficio económico de empresas, en vez de proteger el bienestar de la comunidad.

En el numeral 2 del inciso 2, se declara del dominio público estatal, por oposición al dominio privado, todas las aguas, excepto las aguas pluviales, es decir las que caen con las lluvias.

En el numeral 3 del inciso segundo, se prohíbe a texto expreso que el servicio público de saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua para el consumo humano, pueda ser prestado por particulares en régimen de concesión de servicio público, como venía sucediendo con los departamentos de Canelones y Maldonado. Sólo y exclusivamente puede ser prestado este servicio público por entidades estatales, como por ejemplo OSE, que es un servicio descentralizado.

En esta redacción, observa Correa Freitas (2013, p. 209) la Constitución utiliza el concepto de “servicio público” en forma restringida, siguiendo a la doctrina italiana, para la cual sólo son servicios públicos aquellos cometidos que satisfacen una necesidad colectiva, mediante prestaciones dirigidas directa e inmediatamente a los usuarios, y ejemplifica, entre otros, precisamente, el servicio de agua potable y saneamiento.

Por último, el numeral 4 del inciso segundo tiene como finalidad evitar la exportación de agua, o sea la venta de agua al extranjero. Esta actividad sólo puede ser autorizada por una ley con mayorías especiales, en casos en que el país destinatario esté desabastecido del líquido elemento y con una fundamentación en cuestiones de solidaridad, con lo que se excluye que se realice con fines comerciales o de conveniencia económica.

La reforma plebiscitada no estuvo exenta de críticas, como por ejemplo la formulada por el periodista Clavijo Canales (2009) quien sostuvo que, ciertamente, el legislador uruguayo ya se había ocupado con anterioridad de este tema. No es novedosa esta preocupación por los recursos hídricos en nuestra legislación, por lo cual no resultaba necesario introducir esta reforma.

4. Medio ambiente en el plano internacional

La proyección de la problemática medio ambiental en el plano internacional, reviste suma importancia, ya que al caracterizar este concepto dijimos que la contaminación no conoce de fronteras ni de límites territoriales o de otro tipo. La polución de un río

como nuestro Río Uruguay, que sirve de límite entre la República Argentina y nuestro país, reviste igual importancia para los ribereños de uno o de otro lado del río. Igual sucede con un derrame de hidrocarburos en sus aguas; y así podría continuar una larga nómina de ejemplos.

No en vano uno de los principios pilares del derecho ambiental, lo constituye la necesaria cooperación entre los Estados, a fin de llevar a cabo una efectiva protección del ambiente, de manera de prevenir acciones perniciosas para el medio ambiente o accidentes ambientales o, una vez producidos, mitigar sus consecuencias.

Dado el carácter eminentemente tuitivo y programático de las reglas del Derecho internacional ambiental, la cooperación internacional desempeña un rol expectable para asegurar la efectividad de aquéllas.

La mentada cooperación puede instrumentarse tanto a nivel universal como regional, y asumir distintas modalidades. El intercambio de información, la consulta, la elaboración de planes de conservación, la adopción de medidas de emergencia en casos de contaminación ambiental

La preocupación mundial por la protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables ha dado origen a la formación del nuevo orden jurídico internacional ambiental. Es así como, frente a los problemas ambientales de tercera generación es decir, aquellos que afectan el conjunto del ecosistema de la tierra, vinculados con la destrucción de la capa de ozono, el cambio climático, la pérdida de diversidad biológica y el movimiento transfronterizo de residuos y sustancias peligrosas, entre otros temas la comunidad internacional ha adoptado una serie de declaraciones, tendientes a que todos los partícipes adelanten acciones con el fin de prevenir, mitigar, corregir, reparar o compensar los daños ambientales, en la medida en que las circunstancias lo permitan, ya que en muchos de los casos los daños son graves e irreversibles (Sánchez-Sánchez, 2008).

El Derecho Internacional del Medio Ambiente, sin perjuicio de algunos antecedentes más remotos, cobra importancia en los tratados celebrados a partir de la década del 50, los que han constituido la fuente más importante de esta rama del Derecho de Gentes. El grueso de esta normatividad se orienta a la preservación de espacios o recursos medio ambientales determinados (Rey Caro, 1998, pp. 17-18).

A partir de Estocolmo, y como fruto directo de su influencia, se aprobaron dos tipos de instrumentos medioambientales: instrumentos jurídicamente no vinculantes e instrumentos jurídicamente vinculantes.

Los instrumentos no vinculantes (derecho blando o *soft law*), si bien no obligan a los Estados, aspiran a influir en la legislación nacional o internacional vinculante, indicando un camino al que se aspira llegar; y cuyo antónimo, es el denominado derecho imperativo o *hard law*. Este conjunto normativo no vinculante, tiene importancia persuasiva o indicativa de hacia dónde dirigir la conducta, sin que se pueda aducir directamente que su observancia es obligatoria; y por lo tanto, su inobservancia no es per se, la base de una declaratoria de responsabilidad internacional.

La frase *soft law* –por oposición a *hard law*– suele encontrarse en algunos textos internacionales denominando al derecho de naturaleza incierta, menos vinculante o menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria

de las normas en los ordenamientos nacionales; también se le denomina “Derecho flexible” o “Derecho Verde” (Biasco, 1997, p. 36).

En la actualidad, puede hablarse también de un derecho convencional internacional, ya que la forma de instrumentar los acuerdos entre los países, recibe el nombre de “convenios”, que son fuente del derecho internacional.

De acuerdo al glosario de términos de la Colección de Tratados de la ONU, la modalidad genérica abarca todos los acuerdos internacionales, de forma análoga al término genérico “tratado. En la segunda acepción, convenio como término específico, cuando en el último siglo se utilizaba habitualmente para acuerdos bilaterales, ahora se utiliza principalmente para tratados multilaterales formales, con un número elevado de partes. Los convenios suelen estar siempre abiertos a la participación de la comunidad internacional o a la de un gran número de Estados. Por lo general, son instrumentos negociados bajo los auspicios de una organización internacional. En el campo que nos ocupa, Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992. Convenio de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1983 y la propia CADDHH, que es un convenio específico de DDHH con la categoría de tratado multilateral abierto a la participación de los países de América Martínez Lazcano, 2017, pp. 245 y ss).

Otra vertiente muy importante que nutre el Derecho Internacional del medio ambiente, son las resoluciones emanadas de la Asamblea General de la ONU.

Las actividades de la ONU en el ámbito del medio ambiente se han visto impulsadas por las conferencias principales y los informes:

- Conferencia de la ONU sobre el Medio Humano (1972); Estocolmo 1972. Condujo a la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987). Preparó un informe para la Asamblea General en 1987, denominado *Nuestro futuro común*, también conocido como el informe Brundtland. Introdujo por primera vez el tema del desarrollo sostenible.
- Conferencia de las ONU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, llamada Cumbre de la Tierra; Río de Janeiro 1992. Más tarde se dio a conocer como la Conferencia de Río. Si bien se habían depositado en esta reunión grandes expectativas, finalmente fue un fracaso. Se demostró que en los veinte años pasados desde Estocolmo, pocos habían sido los avances realizados a nivel mundial.
- Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible 2002, Johannesburgo. Destaca nuevamente la erradicación de la pobreza, la necesidad de cambiar modelos de producción y consumo, la protección y administración de los recursos naturales para el desarrollo económico y social.
- Conferencia de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, Río de Janeiro 2012. Conocida como Río+20. Sus documentos incluyen el informe “El futuro que queremos”. La denominada “Economía Verde” –en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza– fue reconocida como una herramienta para lograr un desarrollo sostenible social, económico y ambiental. Este concepto de “economía verde” no sustituye al de “desarrollo sostenible”, sino que es una ruta a tomar para alcanzarlo

- Cumbre de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, Nueva York, 2015.
- Documento final: A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.

En esta última Cumbre, los 193 Estados miembros de la ONU aprobaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Constituye una hoja de ruta hacia un nuevo paradigma de desarrollo en el que las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas toman un rol central. Cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que reemplazan los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y guiarán el trabajo de la ONU hasta el año 2030.

De los 17 objetivos seleccionamos los vinculados con nuestra disciplina:

1) Fin de la pobreza; 3) Salud y Bienestar; 6) Agua limpia y saneamiento; 7) Energía asequible y no contaminante; 11) Ciudades y comunidades sostenibles; 12) Producción y consumo responsables; 13) Acción por el clima. 14, Vida submarina. 15, Vida de ecosistemas terrestres.

Respecto al cambio climático, se destacan las Conferencias sobre el Cambio Climático, con una dilatada historia de desacuerdos y aplazamientos.

La Convención Marco de las ONU para el Cambio Climático (CMNUCC) mayo 1992, alcanzada en la Primera Cumbre de la Tierra de Río, entró en vigor en marzo 1994. Entre sus objetivos principales se destaca la estabilización de las concentraciones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) en la atmósfera para impedir riesgos en el sistema climático.

En la COP1997 (CONFERENCIA DE LAS PARTES) en Kioto vio luz el célebre Protocolo de Kioto –aprobado por Uruguay en 2000– que, hasta ese momento, junto con el Protocolo de Montreal (1987, protección de la capa de ozono), se perfilaba como uno de los dos documentos más importantes y esperanzadores de la humanidad para regular las actividades antropogénicas, capaz de recuperar el medio ambiente global. Sin embargo, dos de los más grandes emisores, Estados Unidos y China, no ratificaron el documento. Establecía que los países desarrollados debían reducir en 5 años, hasta 2012, sus emisiones de GEI en un 5% respecto al nivel de 1990. No llegó a cumplirse.

En 2015, COP21, nace el “Acuerdo de París”, al cual nuestro país también adhirió. Un ambicioso convenio mundial para luchar contra el Cambio Climático, adoptado por 197 países y cuya firma se inició oficialmente el 22 de abril de 2016, el Día de la Tierra. Su aplicación se iniciará en 2020. Mediante el Acuerdo de París se contempla la limitación del aumento de la temperatura mundial a 2°C mediante la disminución de emisiones de GEI, a efectos de no incrementar el efecto invernadero, causa del cambio climático.

Otras COP se sucedieron, pero el necesario consenso para poner en marcha el Acuerdo de París nunca se obtuvo. Cuando faltaban sólo dos años para la implementación del Acuerdo de París, las diferencias entre los distintos países impidieron arribar a un resultado feliz.

El 4 noviembre 2020, en pleno proceso electoral, la prensa informó que el gobierno de EEUU confirmó su salida del Acuerdo de París, la que había sido anunciada un año antes por el Presidente Donald Trump.

Uruguay ha aprobado por Ley N° 16.157 el denominado “Protocolo de Montreal”, relativo a las sustancias que afectan la capa de ozono (1987, Montreal, Canadá). Este instrumento internacional, ratificado por 165 países; ha logrado disminuir la producción y consumo de las diversas sustancias que agotan la capa de ozono –PAO– y ha reducido la tasa de crecimiento de la concentración atmosférica de varias de estas sustancias. El Programa de la ONU para el desarrollo (PNUD) es el organismo encargado de la ejecución del Fondo Multilateral para la Aplicación del Protocolo de Montreal, que ayuda a los países en desarrollo a elaborar planes para eliminar las PAO.

En 1994 nuestro país ratificó la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC).

Al crearse el MVOTMA (Ley N° 16.222 de 1990), pasó a ser la autoridad nacional encargada de establecer las medidas de mitigación y de adaptación al Cambio Climático, reglamentar las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y coordinar los cometidos y funciones de otras entidades públicas y privadas en materia de cambio climático. Se creó en 1994 por el MVOTMA, la Unidad de Cambio Climático (UCC) por Resolución Ministerial N° 505/94.

En mayo 2009, se crea el Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y Variabilidad (SNRCC), que elaboró el Plan Nacional de Respuesta al Cambio Climático (PNRCC), aprobado y presentado por el Poder Ejecutivo el 24 de febrero 2010.

4.1 MERCOSUR y medio ambiente

En el ámbito del MERCOSUR, la cuestión medio ambiental ha sido considerada desde los comienzos del proceso de integración. Ya en el preámbulo del Tratado de Asunción los Estados Partes destacaron:

que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social ... y que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los distintos sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

La Ley N° 17.712 del 27 noviembre 2003, aprobó el Acuerdo ambiente marco sobre el medio ambiente en el MERCOSUR. El acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejora de la calidad del ambiente y de la vida de la población (art. 4°).

Dicho acto tiene como consecuencia la incorporación de los principios enunciados en la Conferencia Río 1992, con valor y fuerza de ley. Establece asimismo las directivas a los Estados Partes para orientarse en el análisis de los problemas ambientales de la región.

5. Derecho humano a un ambiente saludable

Durán Martínez (2017, p. 190) afirma que el art. 47 de la CU encara la cuestión ambiental desde la perspectiva del deber. Pero eso no significa que se desconozca el derecho. Precisamente, sin entrar en disquisiciones terminológicas, existe el deber porque existe el derecho.

El derecho a que se hace referencia es el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, pacíficamente reconocido como un derecho humano de la tercera generación.

No cabe duda, para este autor (p. 190), que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado forma parte del derecho de vivir, que está contenido en la protección del artículo 7 de la Constitución y está comprendido en el artículo 72 de la misma, como inherente a la personalidad humana. Su condición de derecho humano y, por ende, su máximo valor y fuerza es innegable.

Sostiene Pereira Flores (2004) –en relación con el derecho al ambiente, inherente al ser humano–, que hace pocos años se ha tomado real conciencia de su importancia, como resultado de la tecnología, el aumento de la población mundial, la contaminación y el hecho de que los recursos naturales hayan comenzado a escasear, mostrando que son finitos (pp. 531-574).

La falta de protección del ambiente, el hecho de que se ignore que es un derecho inherente a la persona humana y se le desconozca la calidad de derecho fundamental, resulta incongruente con la protección del derecho la vida. Varios derechos se encuentran íntimamente relacionados con el derecho al ambiente: la vida, la integridad física, la propiedad, el trabajo, la libre iniciativa económica, el desarrollo la libre circulación, y es necesario reinterpretarlos en pro de una adecuada tutela del medio ambiente (p. 535).

Según Blengio Valdéz (2002, p. 96), el derecho humano a vivir en un medio ambiente sano, encuentra su razón de ser en los derechos de primera generación, dada su íntima vinculación con el derecho a la vida. Es entonces un derecho individual, colectivo y universal, con características que pueden emanar de los derechos civiles y políticos, así como también de los derechos económicos sociales y culturales y los denominados de la solidaridad, vocación comunitaria o de la tercera generación. Ello porque combina todos sus elementos. Por un lado, el deber de abstención del Estado a efectos de no inhibir su ejercicio, por otra la necesidad de un hacer estatal que se reduzca en la creación de políticas de desarrollo y defensa de la protección del medio ambiente y por último una acción de la Comunidad Internacional, ya que no puede haber desarrollo, ni protección al medio ambiente, ni reconocimiento del patrimonio común de la Humanidad, ni paz, sin una acción internacional correlativa.

La justicia argentina ha declarado la existencia de un derecho humano al ambiente saludable. En el caso Mendoza, por el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo, el Juez a cargo de la ejecución, emitió una resolución el 4 mayo 2019, en la cual declaró que el acceso al aire limpio es un derecho fundamental para todas las personas. La declaración del aire limpio como derecho humano es un gran avance para la vida en la Cuenca, puesto que remarca la obligación estatal de cuidarlo. En su resolución el juez

destaca que el progreso económico sólo se justifica si mejora la calidad de vida o el bienestar social, y que no puede aceptarse un “crecimiento salvaje”.

Otro fallo anterior argentino –2014– emanado de la Corte Suprema de la Nación, en la causa “Kersich” –amparo– sostuvo que la contaminación por arsénico en el agua suministrada en toda la localidad no es un problema de cada uno de los habitantes, sino que es un problema comunitario que, para su mejor solución, debe ser tratado en un proceso colectivo. Con invocación del compromiso asumido en la Cumbre del Milenio ONU año 2000 en relación a la pureza del agua, recordó que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. Agregó que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.

Como vemos, amparando la salvaguarda de estos dos derechos, al aire limpio y al agua potable sin contaminación, la justicia argentina contribuye en gran medida a asentar el concepto de que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental, como lo preconiza el art. 41 de la Constitución argentina.

A nivel de la Corte Interamericana DDHH, no ha habido prácticamente decisiones vinculadas con el medio ambiente, salvo las que tienen relación con los derechos de los pueblos indígenas. Sin perjuicio de ello, la Corte ha emitido Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia. Serie A N°23 Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 noviembre 2017 solicitada por la República de Colombia, sobre medio ambiente y derechos humanos, en la cual establece que este derecho es autónomo, con independencia del derecho a la vida. La Corte invoca su Sentencia anterior dictada en el Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, de fecha 3 abril 2009, en la cual reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos.

Invoca luego múltiples antecedentes en este sentido, emanados de la Comisión Interamericana, el Tribunal Europeo y del derecho internacional ambiental. La Corte en los numerales 62 y 63 reconoció la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano desde el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, como del artículo 26 de la Convención Americana. Además, la Corte destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Asimismo, la Corte estableció las obligaciones derivadas de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal en el contexto de la protección al medio ambiente. Sostuvo “de esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”.

5.1 Derechos de participación

El principio 10 Declaración de Río, consagra la importancia de la participación de todos los ciudadanos en el tratamiento de las cuestiones ambientales. Expresa que toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades, y la oportunidad de participar en la adopción de decisiones. En el plano estatal, es obligación de los Estados fomentar esta participación y realizar acciones que tiendan a sensibilizar a los pobladores acerca de los temas ambientales.

Esta declaración reconoce que el medio ambiente es un valor de todos y cada uno de nosotros y que es nuestra prerrogativa exigir al Estado brindar una información completa y fidedigna de los planes que involucren cuestiones ambientales.

El acceso a la justicia también integra este derecho de los individuos en el plano ambiental. Este derecho de acceso a la información y a la justicia se halla replicado en múltiples instrumentos internacionales que lo consagran no sólo en cuestión de medio ambiente, sino a nivel general.

El Convenio de Aarhus de 1998 vierte sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la toma de decisiones y Acceso a la justicia en materias ambientales. Es un acuerdo regional del hemisferio norte, aplicable a los miembros de la Unión Europea, abierto a la participación de miembros o miembros consultores de la Comisión Económica para Europa de la ONU.

Reconoce la relación entre protección ambiental y derechos humanos básicos incluyendo el derecho a la vida y establece que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente adecuado para su bienestar y el deber, tanto individual como en asociación con otros, de proteger y mejorar el ambiente para beneficio de las generaciones presentes y futuras.

El Acuerdo de Escazú es el primer tratado ambiental de América Latina y el Caribe. Adoptado en Costa Rica el 4 marzo 2018, se abrió a la firma de los países el 27 de septiembre de 2018 en la ONU. Establece el derecho del público de acceder a la información ambiental relativa al estado del medio ambiente, zonas contaminadas (por tipo de contaminante y localización), conservación de los recursos naturales, operaciones de entidades privadas y los posibles riesgos y efectos en la salud humana y el medio ambiente, entre otros; la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente; el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, en el marco de la legislación nacional, sobre cualquier decisión, acción u omisión que atente contra el acceso a la información, la participación pública o que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas vigentes. Establece también garantías de seguridad para que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales, puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.

Consagra los derechos de información, participación pública y acceso a la justicia, pilares del derecho ambiental. Si bien Uruguay lo ha ratificado, ha generado muchas controversias en otros países, no habiendo alcanzado aún las ratificaciones necesarias.

CAPÍTULO III - Proyección procesal del medio ambiente

1. Objeto y estructuras

En la teoría del proceso de Barrios De Ángelis (2005, págs. 26-27), el autor distingue, en el sistema que representa el proceso judicial, siete distintas categorías: normas, objeto, sujetos, situaciones jurídicas, actos, funciones y estructuras.

El objeto del proceso tiene tal importancia, que se le aplica la ley genética, conforme a la siguiente fórmula: El objeto del proceso determina el ser y el modo de ser de las demás categorías.

A partir de la existencia del objeto todas y cada una de las categorías del proceso encuentran su razón de ser en el objeto.

A los efectos de este estudio, nos interesan dos categorías fundamentalmente: el objeto del proceso y las estructuras.

En cuanto al objeto en los procesos contenciosos medio ambientales, este tiene la característica fundamental y la particularidad de representar un interés, ora supraindividual o colectivo, ora difuso, ora individual homogéneo, que son las tres categorías de intereses de este tipo reconocidas por la doctrina. Ello incide en la forma de ordenación de los actos procesales, de la actividad procesal, con el objetivo de cumplir las distintas funciones procesales existentes en el proceso.

No sólo Barrios De Ángelis destaca la prevalencia del objeto. Otros autores fincan el núcleo del concepto de proceso colectivo en su objeto litigioso: colectivo es el proceso que tiene por objeto litigioso una situación jurídica colectiva activa o pasiva (Didier, Zaneti, 2017).

Las estructuras procesales utilizadas en sede de procesos ambientales, resultan ser el proceso ordinario (art. 348 CGP); proceso de amparo (Ley N° 16.011); y los procesos cautelares (art. 311 y ss. CGP).

El proceso ordinario es la más vasta estructura consagrada en nuestro derecho procesal y que aporta las máximas posibilidades de defensa y contradicción. Se recurre a él cuando no existe norma especial adjetiva que establezca otro tipo de estructura (art. 348 CGP).

El proceso de amparo, instituido por la Ley N° 16.011 (año 1989) es un proceso sumarísimo, cuyo objeto es la protección de los derechos humanos protegidos por la Constitución y por el llamado Bloque de Constitucionalidad, por lo cual puede ser utilizado en esta materia, con la salvedad de que su estrecha probabilidad probatoria muchas veces colide con una solución adecuada, por lo cual debe reservarse para afrentas evidentes y “groseras” a estos derechos.

Los procesos cautelares, constituyen un importante capítulo del derecho procesal, vinculado con una tutela judicial eficiente y célere, en hipótesis en que, de no adoptarse la medida solicitada, puedan producirse (medida provisional y anticipada, art. 371 CGP).

De otro lado, corresponde hacer referencia a la acción de nulidad de actos administrativos que se ventila ante TCA cuando se reclama de dicho órgano jurisdiccional la nulidad de un acto administrativo cuyo contenido puede resultar pernicioso o perjudicial para el involucrado, pero encierra también cuestiones ambientales.

Las causas medioambientales, al igual que otras que revisten similares aristas, como por ejemplo aquellas donde se ventilan derechos de los consumidores, reclaman del Derecho Procesal una renovación, un *aggiornamento*, para atender a estas demandas de la sociedad, que se imponen cada día con más fuerza en el mundo de hoy.

2. Intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos

La principal característica de los procesos colectivos, radica en su aspecto subjetivo, en los sujetos que intervienen en forma plural conformando una sola parte, que generalmente será la parte actora, lo cual califica el interés cuya protección jurisdiccional se solicita como colectivo o difuso.

Existen en el Derecho Procesal una serie de figuras vinculadas con este fenómeno de pluralidad subjetiva en la parte activa o pasiva de la relación procesal.

Los institutos que generalmente refieren a estas situaciones son los denominados “acumulativos”, en los que por razones de economía procesal y para evitar el dictado de sentencias contradictorias, se torna aconsejable unificar varios procesos en uno (acumulación de autos); o varias personas deciden “*motu proprio*” pleitar conjuntamente para obtener la satisfacción de su pretensión (acumulación inicial de pretensiones - litisconsorcio voluntario) o deben hacerlo por imperio de la relación subyacente que las une, de naturaleza indivisible (litisconsorcio necesario). Amén de otras figuras que no interesan a estos efectos (citación en garantía, tercerías, reconvencción).

Según Couture (1993), el llamado litisconsorcio es la situación jurídica en que se hallan diversas personas que actúan en juicio conjuntamente como actores (litisconsorcio activo) o como demandados (litisconsorcio pasivo) (p. 393).

Cuando existen varios procesos que proceden de una misma causa, (el accidente de tránsito, vg.), generalmente se produce una acumulación de autos o de expedientes, asumiendo competencia el Juez que conoció primero de alguno de los procesos, lo cual resulta ser una acumulación de tipo objetivo (asuntos unidos por su causa). Este tipo de acumulación rinde una hipótesis de litisconsorcio voluntario o facultativo activo (art. 45 CGP).

En cambio, cuando existe una relación jurídica sustancial que es materia u objeto del proceso que pertenece o refiere de modo inescindible en común e indivisiblemente a más de un titular, estamos ante un litisconsorcio necesario (art. 46 CGP).

La figura que nos interesa a los efectos de este estudio es el litisconsorcio necesario, para diferenciarlo de los procesos colectivos.

La nota diferencial de los procesos colectivos o complejos resulta ser que esa pluralidad de sujetos que conforman la parte actora, es muy elevado y puede corresponder a un número determinado o indeterminado de individuos.

En los casos que esa multiplicidad de sujetos reclamantes se encuentra determinada, hablamos de intereses colectivos; empero, otras veces permanece en una nebulosa, en la indefinición, se desconoce a priori el número de individuos afectados y que tienen

interés en demandar, que puede ser infinito; el interés en este caso será difuso. Y ambos casos ameritan la formación de un proceso colectivo.

El elevado número de sujetos, presenta dificultades prácticas –propias de todo proceso acumulativo– en cuanto a notificar a ese gran número de personas o qué sucede con las personas que, aún afectadas, no son ubicadas para su comparecencia personal ante los estrados judiciales.

Como sostiene Falcón (2013), cuando los sujetos aparecen indeterminados, la diferencia con el litisconsorcio es que en este se asiste a un número cerrado de personas que integran la parte actora, es decir que sus miembros no sólo están perfectamente identificados, sino que además el ingreso y salida de alguno de los integrantes del grupo hace necesario una actuación especial y la recomposición de dicho grupo en lo que hace a la legitimación como al alcance de la sentencia. En el supuesto de los intereses difusos, cualquiera sea la clasificación que de ellos se trate, nos encontramos ante un grupo abierto. Por su misma naturaleza y por sus límites no específicamente diferenciados en cuanto a sus integrantes, el grupo puede modificar la composición de sus miembros sin que se altere el proceso, ni haya que realizar ningún procedimiento ni establecer ninguna regla al respecto, salvo el derecho de las personas involucradas a considerarse excluidas del grupo o integrar el mismo, tanto cuando no surge claramente su ubicación respecto de dicho grupo, cuanto aun surgiendo claramente, quieran pertenecer o no al mismo, fundado en cuestiones de derecho. Por otra parte, en general, la decisión afectará *erga omnes* a todos los que componen el grupo o la clase, con independencia de que hayan o no intervenido en el proceso; es decir que sus miembros no sólo están perfectamente identificados, sino que además el ingreso y salida de alguno de los integrantes del grupo hace necesario una actuación especial y la recomposición de dicho grupo en lo que hace a la legitimación como al alcance de la sentencia.

222



Respecto de los intereses difusos recuerda Vescovi (2000, pp. 21 y 22) que se tratan de intereses fragmentarios o supra individuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna (economía de consumo, medio ambiente, patrimonio cultural e histórico), trayendo el autor a colación en la materia que nos convoca la Ley N° 16.466 de impacto ambiental. Ya no se trata del interés individual tutelado a través del proceso, ni tampoco del interés público, sino de otros grupos de intereses que pertenecen a una pluralidad de personas. El interés se conceptúa como individual o colectivo en función de quien sea el titular de la necesidad: el individuo o un grupo. El autor distingue los llamados intereses colectivos de los difusos. En estos últimos no existiría una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien una situación mucho más fluida. Son designados como colectivos aquellos intereses comunes a una colectividad de personas, cuando existe un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: sociedad mercantil, condominio, familia, entes profesionales, sindicatos. Difusos son aquellos intereses que se basan en datos de hechos genéricos y contingentes, accidentales y mutables: habitar una misma región, consumir iguales productos, vivir determinadas circunstancias socioeconómicas. La pertenencia a un grupo indeterminado de personas unidas por elementos de hechos contingentes es el elemento que diferencia los intereses difusos de los colectivos.

Cardinal y Klett (2000) expresan que normalmente los derechos colectivos, por ser derivados de los derechos sociales, inherentes a la forma democrática republicana

de gobierno, y establecidos implícita o explícitamente en la Constitución, suponen la existencia de un interés social, que legitima su representación por el Estado, y que justifica la inclusión en el artículo [42 CGP] del Ministerio Público (...) el legislador optó por instalar como supuesto normativo un “concepto indeterminado”, con la finalidad de garantizar efectivamente el ejercicio de este tipo de derechos sustantivos.

Como conclusión sostienen los citados autores que en nuestro ordenamiento jurídico, los denominados intereses colectivos o difusos conforman una única categoría, con base en su indeterminación inicial, y en razón de la necesidad de especial calidad en defensa del derecho de los interesados.

Lucas Sosa (2015) sostiene que en realidad no se advierte entre los intereses difusos y los derechos colectivos, –a los que engloba en concepto más amplio de intereses super individuales–, una diferencia sustancial, pues en ambos casos, la cuestión básica de la afectación de los intereses del grupo social es similar, con aspiraciones semejantes. Resultan así menoscabados en ambas situaciones globales los intereses super individuales de toda la sociedad que se tornan fragmentados o que revistan como colectivos y que requieren una tutela especial que ha de proteger y defender los singulares derechos afectados (p. 221).

Barrios De Ángelis (1981, pp. 113-121), señala que los institutos clásicos del Derecho Procesal no parecen adecuados a la problemática de los intereses difusos.

Supuesto que es interés la relación entre las necesidades de un sujeto y la aptitud de un bien para satisfacerlas, el interés puede ser, desde el punto de vista de los sujetos, individual o grupal. Según que corresponda exclusivamente a un individuo o a un grupo bien delimitado. Es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés, es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso. Este último se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. La lesión del interés difuso tiene como uno de sus campos más importantes el ataque al medio ambiente y el derecho de los consumidores.

Según Varela-Méndez (2004, p. 292), cuando los intereses corresponden a un grupo subjetivo, devienen colectivos; pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en punto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso.

Son intereses o derechos difusos los supra individuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clases de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base.

Han permanecido excluidos de este comentario los intereses individuales homogéneos, categoría que nuestro derecho positivo no recepciona, si bien están contemplados en el art. 1 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

En el caso de la contaminación de un río, por ejemplo, dicha contaminación puede afectar la salud de varias personas, lesionando el derecho humano individual respectivo de cada uno. Pero supongamos que afecta a un número elevado de diez mil o treinta mil personas que habitan en las costas de ese río. Nada impide que estas personas promuevan sus procesos de indemnización de daños en forma individual, o mediante la figura del

litisconsorcio voluntario activo. En el primer caso, pueden acudir, luego de iniciados los procesos respectivos, al instituto de la acumulación de autos, cuyo fin último es evitar las sentencias contradictorias; y en el segundo, se asistirá a una acumulación inicial de pretensiones. Institutos regulados en el Derecho Procesal clásico, pero que, evidentemente no son idóneos para sustanciar estas pretensiones con un gran número de sujetos en la parte activa. Sucede que el resultado final debe ser homogéneo en cuanto a la existencia de la agresión al derecho a la salud, de ahí la denominación de intereses individuales homogéneos. La figura del litisconsorcio unitario se aplica también en esta hipótesis, ya que en este caso la sentencia debe ser uniforme, en el tema de la responsabilidad para todos los litisconsortes. No así los daños reclamados, que se tratarán individualmente.

Uno de los requisitos que se exige para considerar al conjunto de derechos como derechos individuales homogéneos es la existencia de determinado vínculo entre las pretensiones de los miembros del grupo. De esta manera, el vínculo entre las pretensiones puede ser de conexidad o de homogeneidad (Apolín Meza, 2012).

Sostiene Hitters que corresponde igualmente consignar que en muchos procesos de estructura clásica bipolar (un actor - un demandado) igualmente pueden estarse ventilando intereses colectivos o difusos, cuando el objeto procesal es tal que, además del interés privado que subyace en todo proceso, se le superpone otro tipo de intereses, dado el diseño de la pretensión en el caso concreto, con aristas medio ambientales.

Como ejemplo de ello, podemos citar la Sentencia TCA N° 290/020, de 02/06/2020 (CADE), en cuya pretensión se solicita la anulación de actos administrativos que aplicaron determinadas multas a la parte actora por parte del MVOTMA, por haberse constatado mediante acta de inspección una actividad prohibida (fumigación) en una zona de exclusión prevista en las directrices departamentales de ordenamiento territorial (Paso Picón).

El TCA, argumentando en base a las normas constitucionales, internacionales y legales que regulan la cuestión medio ambiental y el principio precautorio propio de esta disciplina, no hizo lugar a la demanda, por entender que no era necesaria la prueba del daño para imponer la sanción, sino que existía prueba suficiente en autos del accionar ilegal, lo cual había ameritado la sanción impuesta, en un todo de acuerdo a la competencia del Ministerio demandado.

3. Procesos colectivos⁴

Resulta de especial interés a los efectos de este desarrollo, en atención a su particularismo y su perfecta adaptación al juzgamiento de los intereses supraindividuales o difusos que residen en la materia medio ambiental, los denominados procesos colectivos o “class action”.

Este tipo de procesos no tienen hoy un desarrollo mayor en Uruguay, sin perjuicio de que se encuentran previstos, de larga data, en el CGP 1989, al disponer en su art. 42 sobre

4 La autora deja constancia que parte del material del presente capítulo proviene del Curso de Capacitación Virtual “Procesos Colectivos” organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, realizado por ella entre los días 7 de mayo al 23 de julio 2019.

la legitimación activa “en caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores históricos y en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas”. A lo que se suma la disposición contenida en el art. 220 del mismo cuerpo de leyes, en relación a los efectos de la cosa juzgada en este tipo de procesos. Los codificadores de nuestro CGP tuvieron su fuente de inspiración en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Existe también un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, –en adelante CMPC– elaborado en el ámbito del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobado en 2004, que realiza un adecuado tratamiento de este tipo de procesos y brinda una acabada definición y un amplio elenco de los intereses que pretenden tutelar; y que tiene la misma fuente de inspiración en este punto que nuestro CGP 1989.

En su Capítulo I, establece que la acción colectiva será ejercida para la tutela de: I - Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II - Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Vemos que realiza una distinción más acabada de este tipo de intereses, pero la doctrina uruguaya sostiene que la redacción del art. 42 CGP 1989 al referirse a “grupo indeterminado de personas”, es comprensiva de los intereses colectivos y difusos. (Klett y Cardinal, 2000; Pereira Campos, 2003).

En materia legislativa fue Brasil el primero en introducir en el ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, en primer término por la reforma de 1977 de la Ley de la Acción Popular; después, mediante la ley específica de 1985 sobre la denominada “acción civil pública”; siguiendo, en 1988, cuando se eleva a nivel constitucional la protección de los referidos intereses; y finalmente, en 1990, por el Código de Defensa del Consumidor (cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derecho transindividual). Este Código fue más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, creando la categoría de los llamados intereses individuales homogéneos, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (correspondiendo, en el sistema americano, a las clases *actions for damages* - acciones de clase por daños y perjuicios) (Falcón, 2013).

Argentina no ha avanzado tanto en este campo, pero existen varios proyectos de ley en ciernes en este momento.

3.1. Teoría de los procesos colectivos

A continuación, se realizará un enfoque general de estos procesos, examinando los principales aspectos de su teoría general y daremos una visión referida a la adecuación de los institutos de nuestro sistema procesal a estos procesos complejos. Como se observará, la adaptación a la normativa adjetiva vernácula no es sencilla, ya que en muchos casos se refieren a situaciones o institutos no previstos en nuestras normas y que requerirían un estudio detenido, con miras a ampliar nuestras disposiciones legales procesales actuales a este respecto, que, como vimos, son muy escuetas.

Encontramos dos sistemas de estos procesos, el que proviene del *civil law* y el emanado del *common law*, que representan distintos enfoques.

En el sistema codificado, el avance de estos procesos ha sido lento. Muy lejos de tener el desarrollo que han tenido, por ejemplo, en el derecho anglosajón (EEUU, con la Regla de procedimiento N° 23).

Los primeros procesos con sujetos múltiples estuvieron vinculados con cuestiones laborales, cuando un conjunto numeroso de sujetos que tenían intereses comunes, eran representados por los Sindicatos para satisfacer sus demandas.

Sin embargo, el proceso colectivo como lo conocemos en nuestros días, tardó en aparecer, y lo hizo precisamente a través de lo que primero se conoció como el Derecho de los Recursos Naturales y pasó luego a denominarse Derecho Ambiental. (Falcón, 2013).

Partimos de la base que estos procesos son distintos a un proceso clásico; el estado de insatisfacción en uno y otro caso presenta relieves netamente diferentes. Esto justifica, en atención al objeto de ese proceso, un mecanismo de debate distinto al tradicional.

Los procesos colectivos resultan una herramienta de gran utilidad, puesto que permiten fortalecer la posición de la parte más débil en las relaciones de poder que caracterizan a nuestra sociedad contemporánea, habilitando la posibilidad de proteger personas que ni siquiera saben que sus derechos fueron violentados o que simplemente no cuentan con la voluntad de iniciativa, el dinero, la independencia o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio.

Dentro de las ventajas que podemos encontrar en los procesos colectivos tenemos las siguientes:

1. **IGUALACIÓN** Existen pretensiones que por su bajo monto no son recuperables individualmente, puesto que el costo del juicio excede con creces el costo de la pretensión. La igualación viene dada por la elevación del monto de la pretensión en virtud de agrupar las pretensiones individuales, es decir, se asocia al volumen. Esta cuestión tiene dos repercusiones importantes. Por un lado, genera un importante incentivo para los abogados permitiendo atraer juristas especializados y con experiencia en la materia. Y por otro, genera un gran poder de negociación para arribar a un acuerdo favorable a los intereses del grupo, alternativa impensada en el marco de la relación individual.
2. **ECONOMÍA PROCESAL** Los procesos colectivos conllevan una gran ventaja de índole práctica, en tanto permiten lograr una mayor economía procesal en el sistema de justicia, por el fenómeno conocido como economía de escala; el sustituir una multiplicidad de acciones individuales repetitivas con elementos comunes, por un proceso colectivo que resuelva tales asuntos de modo unitario, permite el ahorro de tiempo y dinero, en beneficio, tanto de las partes involucradas como del erario público.

Estos procesos también desempeñan un rol importante en la toma de conciencia de los problemas que tratan, y son una forma adicional de incidir en la toma de decisiones del Estado y pedir una rendición de cuentas de su gestión.

3. ERRADICAR SENTENCIAS CONTRADICTORIAS. Por último, como toda figura acumulativa, permite disminuir el riesgo de sentencias contradictorias sobre la misma cuestión de hecho o de derecho y con ello colabora a la dignidad y prestigio de la justicia sobre todo en países de derecho codificado, como Uruguay. Muchas veces depende del órgano judicial que decida un asunto, el amparo o rechazo de la pretensión. Ello no resulta entendible para los justiciables y es una constante queja, ya que opera en detrimento del principio de igualdad de raigambres constitucional (Art. 8 Constitución).

3.2. Legitimación activa y pasiva - Representación

La legitimación a la que referimos es la de tipo causal, esto es a la definida por Varela-Méndez (1989), como la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye la implicación en los intereses específicos del objeto, sean sus efectivos titulares. En otras palabras: la razonable posibilidad de que sean partes materiales (págs. 60/61).

En los procesos colectivos existe una ruptura entre la titularidad del derecho sustancial y la legitimidad o legitimación activa. En estos procesos, pueden ostentar legitimación en la causa aquellas personas que, sin tener un derecho sustancial sobre el fondo del asunto, actúen en juicio en representación de las primeras. Se trata del concepto de la “autonomiación”. El derecho a obtener una decisión judicial final sobre el asunto, no pertenece exclusivamente a quienes son los titulares de los derechos sustanciales que se hacen valer en el proceso, sino que se le reconoce también a otras personas que actúan en calidad de “representantes autonomiados”, que deben tener especiales características de idoneidad, que se extiendan a lo largo de todo el proceso y que se establecen, vg., en la Regla 23 de EEUU.

En el ámbito nacional, el art. 42 CGP establece una legitimación activa amplia, que comprende al Ministerio Público, –hoy Fiscalía General de la Nación Ley N° 19.843–; cualquier interesado; y las instituciones y asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Sin embargo, no dice una palabra de la legitimación pasiva en este tipo de diferendos, lo cual es obviamente, una falencia a corregir a futuro.

En general la jurisprudencia vernácula ha sido proclive a aceptar la legitimación de las organizaciones y asociaciones defensoras del medio ambiente, empero no hasta el punto de aceptar dicha legitimación sin un examen razonable de las características de las asociaciones defensoras del medio ambiente o de los derechos de los consumidores, dichas asociaciones, que generalmente tienen el formato de una asociación civil o una ONG.

En un caso de pretensión medio ambiental en Uruguay, una Sociedad Civil integrada por abogados (SPU Abogados Sociedad Civil) en cuyo objeto se destaca la protección de intereses difusos, dedujeron demanda contra una sociedad constructora, argumentando que habían tomado conocimiento que dicha empresa había obtenido aprobación para un proyecto violatorio del Orden Público territorial y ambiental y evidentemente muy perjudicial para el desarrollo sostenible de la costa atlántica uruguaya. El proyecto era un complejo turístico y residencial, a desarrollarse en un predio cerrado de casi

tres hectáreas sin calles públicas que lo atraviesan y en zona urbana de Manantiales, Maldonado. Sostuvo en este caso la sentencia que resolvió este asunto, sobre este tema:

La doctrina nacional en referencia a este punto, ha sostenido que la norma del art. 42 del CGP (representación en caso de intereses difusos) tiene por finalidad, facilitar el accionamiento a grupos indeterminados de personas que tengan un interés que resulte afectado y en tales casos cualquier individuo está legitimado para comparecer en nombre de todos en defensa del interés “difuso o colectivo”.... La suscrita entiende que los actores, inclusive SPU Abogados Sociedad Civil, en una acción que tiene por objeto la protección de intereses difusos, tendrían legitimación activa pues el art. 42 del CGP establece que tienen legitimación, las “instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”, no exigiendo expresamente que estas instituciones o asociaciones tengan personería jurídica (Juzgado Letrado Civil Montevideo, 13^{er} turno, Sentencia 35/2014, Dra. Graciela Pereira Sander).

El tema de la legitimación se enraíza con el de la representación; obsérvese que el *nomen iuris* del artículo 42 resulta ser “Representación en caso de intereses difusos”.

La adecuada representatividad de quien comparece en este tipo de causa tiene aristas particulares y es de gran importancia.

En las causas individuales se encuentra asegurado que el representante elegido por quien quiere interponer una demanda es el más adecuado, porque se asume que detrás del acuerdo entre la persona y su abogado está el interés individual; y la elección del representante es la mejor posible, porque parte de la base de la elección del titular del interés. (Salvo cuestiones patológicas de un representante infiel, que no es el caso).

En los procesos colectivos quien promueve la acción puede no ser un representante instituido mediante una escritura pública de mandato o que actúa en representación oficiosa; puede ni siquiera ser elegido por el grupo. Cualquiera de los legitimados colectivos autorizados por la ley puede representar al grupo o clase, aún sin conocimiento de todos los integrantes de dicha clase o grupo.

Es, entonces, un representante atípico, porque se auto nomina, se autoerige en representante y los miembros de la clase muchas veces se encuentran involucrados sin conocer dicha situación (e incluso a veces en contra de su voluntad), por lo tanto no lo eligen. Es por eso que en estos casos existen ciertos requisitos para que la acción de clase pueda proceder (pasando el proceso de certificación) o incluso seguir avanzando si ya fue admitida, que permiten asegurar que el representante es el más adecuado para la clase y que será quien está en mejores condiciones de sostener una robusta discusión sobre el asunto sin conflictos de interés.

A efectos de analizar la calidad de la representación invocada por quien pretende actuar en beneficio de toda la clase, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien dejada en manos de los jueces (gracias al uso de estándares). Esto último implica dar cierto margen de discreción y flexibilidad a los jueces, como lo hace nuestro artículo 42 cuando deja esta cuestión “a juicio del tribunal”, lo que es más positivo que reglas rígidas.

Los criterios que pueden utilizar los jueces para determinar la idoneidad del representante en el caso concreto van desde la evaluación de la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; el estudio de sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; la conducta en otros procesos colectivos; si existe coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda y que no existe conflicto de intereses con el representante que comparece; el tiempo de constitución de la asociación de que se trate; nivel de representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger.

Criterios como estos son los que se recogen en el Código Modelo sobre Procesos Colectivos (art. 2º - requisitos de la demanda colectiva) o en las Federal Rules of Civil Procedure N° 23.

Si al ejercer el control el juez advierte que se ha perdido la calidad del representante y/o sus abogados, ello no conlleva necesariamente el rechazo de la demanda, ya que existen algunos instrumentos que permiten continuar con la discusión en clave colectiva, tales como la creación de subclases dentro de una clase o complementar la representación o la asistencia letrada con otras personas.

3.3. Requisitos de la demanda y de otros actos procesales

Los requisitos del acto procesal demanda en los procesos colectivos deben ser, en general, los requeridos por la ley adjetiva para todo tipo de pretensiones contenciosas que se desarrollen ante las autoridades jurisdiccionales. En Uruguay se sigue el principio de sustanciación de la demanda, que implica establecer con toda claridad los hechos y el derecho que se invoca, amén de los medios de prueba solicitados y el petitorio en términos claros y precisos (art. 117 CGP).

Estos requisitos cobran ciertas particularidades en materia de procesos colectivos, pero igualmente la demanda se rige por el principio de sustanciación.

Dichos requisitos especiales son:

- 1) Justificación y demostración de la legitimación activa invocada y la idoneidad del representante. Por ejemplo, si resulta ser una persona física, currículum y antecedentes de anteriores intervenciones de procesos similares; si es una asociación, agregar sus estatutos, donde conste su objeto, el tiempo de constitución, su experiencia y participación en procesos similares.
- 2) Identificación cualitativa de la clase que se pretende defender o patrocinar y el número de sujetos comprendidos en ella, que puede ser aproximado.
- 3) Descripción pormenorizada del hecho o acto que genera el resultado dañoso y que ha dado motivo a la ocurrencia ante la Justicia.
- 4) Pretensiones que se hacen valer, organizándolas como principales y subsidiarias, para resolver el asunto.
- 5) Realizar un pronóstico de la influencia que tendrá el proceso y su eventual decisión sobre otras causas judiciales que se encuentren en trámite o en ciernes de presentarse, donde se pretenda discutir total o parcialmente respecto del mismo

hecho o acto dañoso, que generó el estado de insatisfacción que aqueja a los pretensores (que dio origen al conflicto).

Un tema crucial en estos procesos es la forma de realizar las comunicaciones de las decisiones emanadas del Tribunal, cuando resulte necesario ponerlas en conocimiento de las partes; y cómo solventar la necesaria publicidad de este tipo de procesos.

Nuestro sistema no prevé las notificaciones en procesos con tantos integrantes de una parte. Existe la notificación por “correo judicial”, pero nunca fue instrumentada (art. 77 CGP). La notificación electrónica tampoco se adecuaría, porque implica una pérdida de tiempo el tener que realizar un número tan alto de notificaciones. El propio art. 77 establece que la notificación se practicará o por el medio idóneo que habilite la Suprema Corte de Justicia. Sería necesario entonces decisiones de la SCJ (Acordadas) tendientes a incluir nuevas formas de notificación, tales como por la propalación por medios de prensa, oral radial o escrita, o Internet.

Las audiencias públicas, constituyen también un elemento coadyuvante, como mecanismo de puesta en conocimiento y participación de los interesados.

Un paso importante, previo a determinar por el Juez si el proceso se tramitará o no en clave colectiva, es lo que se denomina en derecho comparado “certificación de la acción colectiva”, porque toma su fuente del sistema estadounidense donde, hasta el dictado de esa orden, no puede técnicamente hablarse de una acción de clase más que putativa. Sucede que la habilitación del proceso colectivo y, por tanto, la aplicación de aquellas normas procesales establecidas como reaseguro de garantías de los miembros ausentes, solo deberían aplicarse en el supuesto de encontrarse reunidos los requisitos de admisibilidad y procedencia que cada jurisdicción establezca para este tipo de procesos. En función del ordenamiento procesal vigente en el sistema estadounidense, al cual tomaremos como ejemplo para ilustrar la cuestión, una acción solo puede ser canalizada en forma colectiva si todos los extremos previstos en la FRCP 23(a) se encuentran reunidos en el caso. El juez debe dictar una decisión para establecer dicha circunstancia en la etapa más temprana posible del proceso. Tales extremos son los siguientes: (i) El grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros resulte impracticable. Cabe aclarar que impracticable no significa imposible. Para determinar la configuración de tal extremo, denominado “numerosity”, la norma se basa en un criterio pragmático, de manera que no existe un número predeterminado de miembros de la clase en base al cual pueda considerarse apriorísticamente su cumplimiento. Ello así en la medida que no depende de una variable meramente numérica, sino que involucra el análisis de una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso; (ii) Deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (“commonality”). Estas cuestiones comunes sitúan a los sujetos individuales en condición semejante frente al demandado y constituyen el fundamento de la propia existencia de una controversia de naturaleza colectiva. Resulta evidente que, si este recaudo no se configurara en el caso, sería imposible obtener una tutela uniforme y, por ende, el mecanismo colectivo carecería de sentido; (iii) Las pretensiones o defensas del representante del grupo deben ser típicas en relación con aquellas que correspondan a los miembros del grupo (*typicality*).

Este recaudo ha sido criticado con el argumento de que configura en cierto punto una duplicación innecesaria del mencionado en el punto anterior, o bien de la “*adequacy of representation*”.

Resulta claro que, en nuestro derecho no se encuentra instrumentado, en el proceso ordinario, estructura que correspondería aplicar en estos casos a falta de norma expresa, arts. 337 y ss. CGP) una etapa que permita realizar un previo examen como el consignado. Pero igualmente, mal grado las denominaciones en lenguaje foráneo, en nuestro sistema procesal el Juez realiza un examen de admisibilidad de la demanda, no bien esta se presenta, a los efectos de verificar si se encuentra adecuada al modelo de acto procesal requerido y si el derecho sustancial alegado tiene visos de verosimilitud. Esto es, si es del caso o no declarar lo que se conoce como la “improponibilidad de la demanda” y su rechazo *in limine*. También el juez examina si el trámite solicitado es el correcto o si corresponde un íter procesal distinto al propuesto por la parte (art. 24 CGP nrales. 1 y 3). Nada impide, por otra parte, que el juez convoque a audiencia a las partes con el fin de estimar en forma más profunda estos extremos.

De cualquier forma, su adaptación a los procesos colectivos no estaría exenta de dificultades, para sortear esta valla de la “certificación”.

3.4. Acceso a la justicia

Hablar de acceso a la justicia impone recordar la proficua obra de Mauro CAPELETTI sobre el tema, quien además se ocupó de los intereses colectivos y de grupo ya en el año 1975, cuando sostuvo al referirse a éstos, que “una metamorfosis profunda y yo osaría decir una verdadera revolución, está en curso en el dominio del Derecho judicial civil”. (Capeletti, 1993, p. 317).

La garantía de un debido proceso legal comprende, como premisa esencial, el derecho de acceder al órgano jurisdiccional con el fin de obtener una decisión fundada, que elimine el estado de insatisfacción existente en los individuos inmersos en el proceso.

En este sentido, nos podemos referir al acceso a la justicia como un principio fundamental de todo sistema jurídico, que establece la necesidad de que las personas puedan ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado. El principio de acceso a la justicia evolucionó a la par de los cambios sufridos por el Estado.

El avance del Constitucionalismo Social y la correspondiente transformación de la idea acerca del alcance de los derechos humanos, impulsó al Estado a tomar una postura de acciones positivas tendientes a hacer accesible a todos los individuos aquello que antes solo era proclamado teóricamente.

La evolución planteada puede apreciarse claramente en la jerarquización y positivización de este principio tanto a niveles locales como en el ámbito internacional. Especial mención le cabe a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 25 prevé que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

En nuestro derecho se encuentra previsto en el Art. 11.1 CGP 1989 en la redacción dada por la Ley N° 19.090.

3.5. Cosa juzgada

El principal tema de debate en torno a los procesos colectivos, que se mantiene aún en nuestros días, tiene relación con el alcance subjetivo de los efectos de la sentencia, inserto dentro del instituto procesal de la cosa juzgada.

No existe una solución única para la protección de los derechos de aquellos individuos, que si bien integran la clase o grupo de interés representado en el proceso, no han participado directamente en el proceso que finaliza con el dictado de la sentencia, e, incluso, pueden llegar a desconocer la existencia de dicho proceso.

En derecho comparado (América), se reconocen dos sistemas para dar una respuesta a este tema, tan crucial, en el cual se entrecruza la necesaria extensión de la cosa juzgada en este tipo de pleitos más allá de la solución tradicional con el principio de contradicción y el principio de debido proceso legal; y el tratamiento de los ausentes en el proceso.

En el sistema “*pro et contra*”, la ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado. El efecto de la sentencia consistente en la inmutabilidad de la decisión, se verifica en estos casos, y se gane o pierda el pleito, la decisión tiene carácter definitivo, y no podrán iniciarse acciones colectivas en el futuro con el mismo objeto.

En el sistema “*secundum eventum litis*” o “*secundum litis*” la ley da efecto obligatorio general a la sentencia tan solo si el grupo triunfa; o sea si la sentencia hace lugar a la pretensión colectiva.

También debemos considerar una opción que para algunos doctrinarios es un tercer sistema, que es denominado “*secundum eventum probationem*”. La sentencia hará cosa juzgada, salvo en el caso que se dicte sentencia denegatoria por ausencia de pruebas. En este último supuesto, podrán intentarse nuevos accionamientos a futuro.

El art. 33 CMPC aplica el principio “*secundum eventum litis*”; el principio general es que la sentencia hace cosa juzgada *erga omnes*. Las excepciones son las siguientes: a) cuando la pretensión fuese rechazada por insuficiencias de prueba –caso en el que cualquier legitimado puede intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nuevas probanzas–; b) los casos de prueba sobreviniente, en que se concede un plazo de dos años para intentar una nueva acción. c) en caso de intereses individuales homogéneos, si la pretensión es repelida, los interesados pueden intentar la acción a título individual; d) en los intereses difusos, si la acción es exitosa, beneficia a las víctimas y sucesores, quienes pueden solicitar la liquidación y ejecución según arts. 22 a 24; si se rechaza ello no perjudica las pretensiones individuales (Hitters, 2007, p. 742-743).

En nuestro país, el art. 220 del CGP 1989 establece: “Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fue absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso”.

Como vemos, es más restrictiva, ya que establece tan sólo una excepción al principio general: cuando la sentencia fue desestimatoria por falta de pruebas.

3.6. Sentencias estructurales

Las características propias del mandato contenido en la sentencia permiten diferenciar dos tipos de procesos colectivos: ordinarios y estructurales.

En el caso de los procesos estructurales, su objeto implica discutir una política pública. La pretensión deducida está orientada a que el Poder Judicial implemente una solución compleja en la que se involucrarán distintos protagonistas y se coordinará con dependencias públicas una solución al diferendo.

Este tipo de sentencias constituyen un modelo híbrido conformado por diversos mandatos y herramientas de gestión diagramadas para la implementación de la solución específica acordada al caso. Debemos tener presente que el principal propósito de las sentencias estructurales es alterar condiciones sociales amplias y generalizadas, principalmente –aunque no en forma exclusiva– por medio de la reforma del entramado de relaciones burocráticas e institucionales que se da al interior del Estado. Se trata de fallos sumamente complejos que, además, generan un involucramiento profundo del Poder Judicial dentro del accionar administrativo. Este involucramiento limita la discreción del Poder Ejecutivo en muchos aspectos y –por razones bastante obvias– hace recrudescer el argumento contra mayoritario que suele esgrimirse para obturar la actuación del Poder Judicial en el campo de los procesos colectivos. Lo importante de cómo este tipo de sentencias se ha manifestado radica en que los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión de la actora. Más bien se suelen indicar los resultados que la ejecución de la sentencia debe producir, por lo que la elección de las modalidades para conseguir la finalidad específica queda a discreción del obligado. Lo anterior se traduce en una necesidad de supervisión a largo plazo de la ejecución de la sentencia, por lo que los sistemas procesales de tutela colectiva deben proveer al juez de herramientas acordes con el nivel de complejidad que la implementación de este tipo de decisiones supone.

La implementación continua como ejecución y, en definitiva, la necesidad de innovar en este campo frente a las tradicionales herramientas del juez para ejecutar sentencias individuales responde a tres características definitorias de las sentencias estructurales: 1. Complejidad de los mandatos contenidos en las sentencias. 2. Continuidad en el tiempo que suponen la ejecución de estas. 3. Posibilidad de alteración de su contenido durante el trámite de implementación en función de la adecuada satisfacción de los derechos comprometidos.

Habida cuenta de la complejidad que presentan en algunos casos de procesos colectivos la naturaleza de la sentencia que se dicte, resulta necesario implementar mecanismos especiales para el cumplimiento de la sentencia o lo que podría llamarse la faz o proceso de ejecución.

Sostiene Pereira Campos (2016, p. 278). que estas sentencias, son decisiones generalmente emanadas de los órganos superiores del Poder Judicial (Cortes Constitucionales o Supremas Cortes de Justicia), que sin perjuicio de resolver sobre lo pedido por las partes en el caso concreto, ordenan además a las autoridades públicas competentes y con carácter general, la adopción de políticas públicas tendientes a la tutela efectiva, integral y eficiente de derechos fundamentales.

Por otra parte, tiene como ventaja que al incluir en este monitoreo a otras organizaciones, como pueden ser las ONG ambientalistas y de los consumidores, permite y potencia una mayor participación ciudadana en este tipo de asuntos, que tienen un interés público prevalente y que atañe a un número indeterminado de personas.

La causa “Mendoza” en Argentina es ejemplo paradigmático de este tipo de sentencias. Habitantes de la Cuenca Matanza - Riachuelo demandaron al Estado Nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, para obtener la recomposición del ambiente del Río Rachuelo y su zona de influencia, así como la prevención de los daños futuros.

En una sentencia histórica, dictada el 8 de junio 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación condenó a los demandados por la pésima situación ambiental de la Cuenca, a mejorar la calidad de vida de sus habitantes, recomponer el ambiente y prevenir daños futuros. Ordenó entonces que un juzgado federal de primera instancia asumiera el control la ejecución de sus órdenes y estableció que un conjunto de organizaciones que fueron parte del juicio, –denominado Cuerpo Colegiado– coordinadas por el Defensor del Pueblo de la Nación, canalice la participación ciudadana y monitoree el cumplimiento de la sentencia, que ordenó la limpieza y recomposición del Riachuelo (FARN) (Lorenzetti, 2014).

Otras sentencias de este tipo resultan ser: la dictada por la Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional de Colombia que instauró un plan de descontaminación para el Río Bogotá (T-348-12) y la dictada por la Corte de Justicia Suprema de Colombia Sala Civil por la cual se consideró sujeto de derechos a la Vía Parque Isla Salamanca (SATCD3872).

A pesar de lo atractivo de estas decisiones, implican una profunda maraña burocrática que impide la efectivización de los derechos consagrados, como ocurre en Buenos Aires con el caso Mendoza, que presenta magros resultados al presente.

3.7. Acuerdos transaccionales

El principal problema que se presenta en este campo a la hora de trabajar con medios alternativos de solución de controversias se encuentra, nuevamente, en el hecho característico de estos mecanismos de tutela colectiva según el cual los representantes colectivos estarán disponiendo del derecho de personas que no le acordaron mandato al efecto. El interrogante principal que se plantea es si puede el legitimado colectivo transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes, o bien disponer del derecho o del proceso mediante un desistimiento. Es por ello que, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial. Estos procedimientos generalmente están orientados a dotar de publicidad a la propuesta de acuerdo y a permitir la intervención de otros interesados y ciertos organismos públicos con el objetivo de garantizar control y transparencia. Como ejemplo, veremos las previsiones para admitir una transacción en EEUU, establecidas en la Federal Rules of Civil Procedure 23, para gestionar, administrar y controlar distintas cuestiones relacionadas con este modo anormal de terminación del proceso.

Estas previsiones son:

1. La Corte que entiende el caso debe notificar por medios razonables a todos los miembros del grupo que serán afectados por el acuerdo propuesto.
2. Celebración de una audiencia para discutir los alcances del acuerdo. La Corte sólo puede proceder a su aprobación si entiende que el mismo resulta justo, razonable y adecuado. A efectos de determinar si estos estándares (justicia, razonabilidad y adecuación) se encuentran cumplidos en el caso, la Corte debe considerar diversos factores.

La experiencia jurisprudencial indica que tales factores comprenden, entre otros, los siguientes: I. El número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las cuales pueden ofrecer un indicador acerca de la conveniencia de la transacción. II. Las chances que tiene la clase de triunfar en el pleito. III. La complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto. IV. Los riesgos de establecer la responsabilidad. V. El interés público servido por el acuerdo. VI. La razonabilidad de los honorarios propuestos para los abogados. VII. La etapa en que se encuentra el proceso. VIII. El vigor con que el caso fue impulsado. IX. La existencia de coerción o colusión que puedan haber influido en las negociaciones. X. El número de miembros de la clase que optó por excluirse. XI. El monto del acuerdo comparado con aquel pretendido en la demanda. XII. El costo que irrogaría proseguir con el proceso. XIII. El plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de su cumplimiento por parte del demandado. XIV. La regularidad de las notificaciones practicadas a los miembros ausentes para ponerlos sobre aviso de la existencia del acuerdo y de su derecho a excluirse en el supuesto que no lo consideren adecuado.

3. Las partes que buscan la aprobación de una transacción colectiva deben efectuar una presentación por escrito identificando cualquier acuerdo al que hubieren arribado en conexión con ella.
4. Debe quedar a salvo la posibilidad de que cualquier miembro de la clase impugne la propuesta transaccional. Sin embargo, estas impugnaciones, una vez presentadas, sólo podrán ser desistidas con aprobación de la Corte que conoce el caso. Esta exigencia busca evitar que quien impugna lo haga al sólo efecto de negociar algún beneficio extra con relación a los que obtuvo la clase y obtenga, como medida de cambio, el desistimiento de la impugnación.

Vemos que en lo que respecta a Uruguay, donde la experiencia en materia de procesos colectivos es muy reducida, sería muy difícil llevar a cabo una conciliación o una transacción con estas características, si bien podrían adaptarse las disposiciones procesales que rige esta modalidad alternativa de resolución de conflictos en nuestro derecho positivo (art. 223 CGP). El acuerdo al que se arribara, tendría que ser, intra procesal, es decir, dirigida por el Juez y homologado por éste.

3.8. Tutela colectiva anticipada - Medidas cautelares

Corresponde consignar la importancia de la tutela colectiva, dada su función de precaver y prevenir el daño ambiental, que encuentra plena fundamentación en la dupla

de principios del Derecho Ambiental, preventivo y precautorio, ya tratados en sede de principios.

Su importancia radica en los caracteres del daño ambiental, el cual, una vez que se produce es muy difícil o imposible de neutralizar. Si bien pueden ordenarse y llevarse a cabo medidas de recuperación, habrá muchos casos en que una retroactividad total al estado de cosas anterior a la producción del daño, sería materialmente imposible.

En general se preconiza que este tipo de medidas se adopten sin necesidad de exigir contracautela (art. 314 CGP), si se trata de medidas cautelares urgentes y protectorias, pues la verosimilitud de que exista amenaza o transgresión de un derecho colectivo, sumado a la acreditación de la necesidad imperiosa de que se modifique la situación para evitar concretos perjuicios, daría suficientes razones para que el Estado, a través del juez de la causa, tutele inmediatamente la situación sin presentar obstáculos que pudieran impedirlo.

La medida provisional y anticipada (art. 317 CGP) que a partir de la Ley N° 19.090 se tramita con audiencia del demandado, es un instrumento procesal que se adapta como un guante a la materia medio ambiental, en función de los principios ya enunciados.

Tienen vinculación directa con el principio de tutela jurisdiccional efectiva, dado que se trata de situaciones de urgencia y grave riesgo que la jurisdicción debe tutelar en forma celeré, exigiendo únicamente una prueba sumaria sobre la verosimilitud del derecho y el "*periculum in mora*" (art. 312 CGP); adelantando la protección que brinda el proceso.

La tutela jurisdiccional ha sido definida como "el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas". (González Pérez, 2001, p. 33).

236

4. Jurisprudencia

TAC 2° - Sentencia N° 213/2000 de fecha 21.12.2000 - LJU Tomo 124, 01/01/2001, Cita Online: UY/JUR/213/2000.13/00

Amparo entablado por la "Asociación de Protectores de Cabo Polonio" c/ MVOTMA, para impedir la demolición de viviendas dispuestas en Cabo Polonio, alegando que no estuvieron precedidas del estudio de impacto ambiental (Ley N° 16.466).

En cuanto a la legitimación en la causa, el Tribunal entiende que, la asociación demandante, que tiene en trámite su personería jurídica y se encuentra "en formación", no permite concluir de manera alguna que garantice una adecuada defensa del interés comprometido. Igualmente acepta la legitimación de dos de las personas físicas comparecientes, que ostentan un derecho subjetivo a accionar.

No hace lugar al amparo, confirmando la sentencia de primera instancia, por entender que en los antecedentes administrativos agregados se constata la realización de múltiples informes técnicos en sentido contrario al propugnado por los amparistas, que sostienen que las casas que se van a demoler tienen una función de contención de la arena en el lugar.

SCJ - Sentencia N° 248/2005 de 30.11.2005. Cita Online: UY/JUR/237/2005

El propietario de un predio particular solicita como medida preparatoria mediante intimación al MVOTMA, la realización de un análisis del agua de todo el padrón y de toda la cañada que nace en un basurero existente a los efectos de determinar diversos extremos técnicos. Sostiene la SCJ que “El Ministerio indicado no cumplió con la medida, razón por la cual es contrario a derecho, hacerle recaer la conclusión negativa de la falta de pericia al accionante, pues no fue responsabilidad suya, sino de la actitud omisa e incumplidora del MVOTMA”. Disc. Señor Ministro Dr. Rodríguez Caorsi. Más allá de que la prueba fehaciente la constituye la pericia que es la que en definitiva va a poder constatar el impacto ambiental que se produjo, no se puede desconocer las resultancias de la inspección ocular realizada por la juez donde constató la existencia de daño ambiental. Disc. Señor Ministro Dr. Rodríguez Caorsi.

TAC 2° T - Sentencia N° 59 de 26 de marzo de 2008

“Particularmente en cuanto al daño al medio ambiente, o daño ecológico o “crímenes contra la naturaleza”, forzoso es significar que estamos asistiendo a una transformación de la noción del perjuicio ya que los atentados al medio ambiente, por su carácter eminentemente colectivo y por la ausencia de repercusiones (constatables ab initio) sobre las personas, ponen a prueba la noción clásica del perjuicio, esencialmente en lo que refiere al carácter personal. En esto, los atentados al medio ambiente convocan la noción de perjuicio de un doble punto de vista: Procesal (responder a la pregunta de quién debe actuar) y sustancial (qué es lo que puede ser calificado como perjuicio).

Una protección óptima al medio ambiente supone por un lado, reconocer la noción de perjuicio colectivo, definido como la lesión de un interés conforme a derecho, pero con independencia de toda repercusión personal.

Asimismo, el reconocimiento del perjuicio objetivo en caso de atentados al medio ambiente es posible en aras del principio que determina la obligación de responder de los atentados que se causan al medio ambiente (contaminante/pagador).

Para que exista daño es preciso que se cumplan determinadas condiciones, entre las que se destaca la de que se produzca directa o indirectamente un cambio adverso y que además, éste sea medible, extremo que puede extraerse del supuesto “daños graves” de la Directiva 2004/35/CE sobre la responsabilidad medioambiental adoptada el 21 de abril de 2004 por el Parlamento Europeo y el Consejo y actualmente en curso de transposición por parte de los Estados miembros”.

TAC 6° - Sentencia N° 92/08 de 25/IV/08

“En el Uruguay, rige un orden público ambiental, por cuanto el Derecho Ambiental es un Derecho de Protección Pública (arts. 7, 72, 47 y 332 de la Constitución Nacional). Más allá de la regulación constitucional, cabe referir, también, en el plano normativo, a normas de Derecho Internacional y a normas legales y reglamentarias, algunas de ellas de larga data.

La consecuencia connatural del emplazamiento del Derecho Ambiental como un Derecho de Protección Pública es la existencia de un deber del Estado a la protección del

medio ambiente, claro correlato del derecho subjetivo de los habitantes de la República a ser protegidos en el goce de un ambiente sano y equilibrado (arts. 47 y 332 de la Carta; arts. 2, 3 y 4 de la Ley N° 17.283).”

TAC 4° - Sentencia 0009-000100/2014

Proceso ordinario promovido por la Fiscalía Civil 3^{er} turno, quien, en nombre de los vecinos de la zona, sostiene que diversas actividades ecuestres o hípicas organizadas, están ocasionando impactos ambientales negativos de significación sobre el hábitat costero, concretamente en la zona de los Balnearios Bello Horizonte, Guazuvirá Nuevo y zonas adyacentes.

En primera instancia no se hace lugar a la demanda. El Tribunal confirma, por no haberse comprobado la amenaza de daño.

Invoca las normas de protección ambiental y cita profusa doctrina ambientalista:

Constitución art. 47; art. 2, art. 3 y art. 4 de la Ley N° 17.283; art. 1 de la Ley N° 16.466.

“No surge probado que en las condiciones que se autorizan dichas actividades exista amenaza de daño para el medio ambiente ni tampoco se ha especificado ni acreditado con estudios concretos por lo menos una incertidumbre científica al respecto, en cuanto es claro que no corresponde exigir certeza” (BJN).

SCJ - Sentencia N° 247/2015 de fecha 7.10.2015 (Proyecto Aratirí)

En este proceso de inconstitucionalidad por vía de excepción, la Fiscalía Civil 3^{er} turno solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Minería de Gran Porte N° 19.126, alegando que el éxito lucrativo de la metodología extractiva de la Minería de Gran Porte depende estrechamente de la destrucción y la contaminación ambiental graves. El proyecto Aratirí significará escalas de destrucción y contaminación difíciles de imaginar. El dictado de la “Ley Aratirí” significa una autorización anticipada de la destrucción y la contaminación graves del medio ambiente.

La SCJ realiza un estudio el tema desde la óptica de los intereses difusos, con citas de los trabajos del Dr. Edgar Varela-Méndez al respecto.

Como fundamento legal de su sentencia invoca el art. 47 de la Constitución y el art. 2 Ley N° 17.283 (LGPA); art. 6 Ley N° 18.308: “(Derechos territoriales de las personas). Rechaza la excepción de inconstitucionalidad por entender que el interés denunciado dista de ser el interés legítimo que se requiere en sede de inconstitucionalidad de la ley, ya que refiere a eventuales hechos futuros, que podrán suceder o no, pero carecen de la nota de actualidad que requiere en estos casos la lesión a un interés directo, actual y legítimo del peticionante.

También por extravasar la competencia de la Corte en materia de inconstitucionalidad que se refiere específicamente al caso concreto.

“... A juicio del Dr. Larrieux, debe agregarse que en el especial proceso de inconstitucionalidad, ya en vía de acción o de defensa, como en el caso, no es posible aplicar el art. 42 del CGP como argumento legitimante, ya que el fallo de la SCJ, sólo puede tener efecto en el caso concreto, pero si la sentencia reclamada de inaplicabilidad

de la Ley, recae sobre un proceso en que se pretende tutelar intereses difusos y, por ende, en grado de generalidad, la Ley sería inaplicable para todos, surtiendo un efecto abrogatorio, no querido por el constituyente". "...En tal sentido, argumenta que el efecto de la cosa juzgada se extendería a todos los 'representados' en el ejercicio del interés difuso, lo que no constituye el efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad tal y como está previsto en nuestra Constitución".

TAC 7° - Sentencia DFA 0008-000029/2015 SEF 0008-000022/2015 de fecha 11.2.2015

Un grupo de vecinos de Young demandan por sus derechos y de la comunidad a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado. La empresa Agro Servicios Pampeanos Uruguay S.A. habría levantado en las cercanías de la ciudad de Young; una Planta de recepción, carga y descarga, almacenamiento y despacho de fertilizantes líquidos y sólidos, agroquímicos y semillas, en que se operaría fertilizantes líquidos; obra que dañaría el medio ambiente.

Sostuvo el Tribunal: "En rigor de verdad, todo actuar humano trasunta en consecuencias sobre su entorno, que no puede nunca a volver a ser igual o mantenerse impoluto. La cuestión debe establecerse en su justo medio, sobre el criterio de lo que ha dado en llamar el desarrollo o acción sustentable. El principio de trascendencia, y la prueba que se despliegue en el caso, dan las pautas para calibrar si la obra impacta o no negativa y perjudicialmente en el medio ambiente, más allá de un estándar o desiderátum "razonable"... Aun el peligro o la apariencia verosímil de un posible daño medioambiental a suscitarse debe demostrarse conforme al sistema común, lo cual no es incompatible con el principio precautorio (en nuestro país recogido por el art. 6° lit. "B" de la Ley N° 17.283) y además, admite cualquier clase de demostración (arts. 140 y 146 del Código General del Proceso)".

Destaca que la obra fue autorizada por el MVOTMA conforme al procedimiento administrativo correspondiente (Ley de impacto ambiental N° 16.466).

"... los tribunales ordinarios judiciales, so pretexto de un litigio de protección de intereses difusos, no pueden invocarse la revisión de un procedimiento administrativo, ni reconsiderar o decidir sobre lo trabajado administrativamente en la órbita de los organismos competentes en materia de medioambiente".

SCJ - Sentencia N° 441/2017 de 8.5.2017

Titulares de predios afectados incoan demanda contra el MSP, el MTOP, la CARU y la Comisión Técnico Mixta de Salto Grande. Reclaman daños y perjuicios por la contaminación ambiental derivada de la utilización de vertedero de aguas servidas y de efluentes industriales y cloacales. Los órganos de mérito desestiman la demanda porque la actora no cumple con la carga de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, extremo que es compartido por el Alto Cuerpo.

En su discordia, el Mtro. Dr. Pérez Manrique comparte el voto disidente en primera instancia del Dr. Tabaré Sosa, quien condena al resarcimiento del daño material: "La situación que se deriva de la utilización de este vertedero de aguas servidas de toda la ciudad de Paysandú, de los efluentes industriales y cloacales, es conocida por todos los habitantes del departamento y –no fue controvertida por la parte demandada–, pues

todos concuerdan que allí existe un vertedero como se conoce y esto no debe ni siquiera generar la más mínima duda de que se trata de una actividad contaminante per se"; "... la inspección judicial de fecha 12 de junio de 2001 como medida preparatoria practicada en los autos IUE 304-201/2001, probó concreta y adecuadamente, con total valor la existencia de aguas servidas y materia descompuesta, así como olor nauseabundo, la salida del cauce que invade los predios, existencia de grandes pozos, visualización de desechos de cuero y basura en todo el lugar, y vertido a cielo abierto y en el colector de barométricas. En efecto, esto quiere decir que el Juez percibió personalmente, en dicho momento, la situación de contaminación y el vertido de las barométricas a cielo abierto, por sí y ante sí ... materia fecal es contaminante no se necesita un estudio técnico, ni científico, se sabe por la experiencia por ser un hecho notorio y evidente, por las reglas de la sana crítica y por el conocimiento lógico..."

TAC 7° - Sentencia N° 71/2017 de 6.5.2017

La empresa SALUS demanda al Estado –DINAMIGE– en mérito a Resoluciones que autorizaron a la empresa DEFINIR S.A., a realizar actividad minera de exploración en el padrón N° 17245, predio lindero al padrón N° 4922 propiedad de SALUS, ambos sitios en el Departamento de Lavalleja. El padrón N° 17.245 es el lugar donde se encuentran las fuentes y el acuífero del cual SALUS extrae el agua que se utiliza para la elaboración de sus productos, y donde se encuentra también la Reserva Natural Salus. En virtud de la conexión hidráulica existente entre ambos predios, el otorgamiento del permiso de explotación con capacidad extractiva causa perjuicios graves e irreparables a Salus, ya que por el accionar propio de dicha actividad, le impediría a futuro la extracción del agua un 100% natural, como lo ha verificado hasta el presente.

En 1ª Instancia se desestimó la demanda, sin especiales condenas procesales. En 2ª Instancia se revocó la sentencia y, en su lugar, se decretó la suspensión de los efectos de los actos administrativos emanados de la DINAMIGE consistente en las Resoluciones Números 023/2017 y 080/2017 hasta tanto recaiga, en su caso, pronunciamiento del TCA en la acción de nulidad entablada. Considera el Tribunal que, en primer lugar, SALUS podría verse impedida de obtener un agua 100% natural para su producción; con lo cual se vería afectada su libertad de empresa y de trabajo, valores tutelados por el constituyente uruguayo. El segundo radio de acción de la decisión encausada, dice relación con un tema ambiental de altísima relevancia, cuál es el tratamiento de los recursos hídricos de un país. Invoca el art. 47 Constitución.

5. Rol jurisdiccional en materia ambiental

Existen una serie de requisitos que debe reunir el desempeño de la función jurisdiccional, en todos los casos. Estos son: imparcialidad funcional y estructural, que implica independencia en las decisiones; respeto de los principios de constitucionalidad y convencionalidad; erigirse en custodio esencial del Debido Proceso y del Derecho de Defensa, debiendo mantener la igualdad entre las partes; respetar en el desarrollo del proceso los principios de concentración, celeridad, saneamiento, economía y buena fe; utilizar los instrumentos a su alcance para la averiguación de la verdad material (medidas para mejor proveer vg.); respetar los límites del principio de congruencia; claridad en las decisiones; capacitación permanente.

Sin embargo, existen una serie de requisitos que se aditan cuando hablamos del rol específico del juez en los procesos colectivos o complejos.

Con acierto sostiene Ettlín (2019) que en cuestiones de medio ambiente, el Decisor judicial debe poseer preocupación por encontrar la verdad material (sustancial, neurálgica) y no la formal del expediente (arts. 14, 24 num. 4º, 25.2 y 350.5 CGP), a efectos de darle el tratamiento jurídico que entiende corresponde. Tiene un poder-deber y celará en su “imperium” al respecto, atendiendo al interés público-social y general en juego.

El juez de los procesos ambientales complejos, debe recibir entrenamiento no sólo en el derecho sustancial sino en el derecho procesal que los rige, el cual, como dijimos, se evade de los moldes clásicos del proceso civil; debe comprender la esencia y naturaleza del proceso colectivo, para saber cuándo se rinde una hipótesis de uno de ellos o cuando simplemente se encuentra frente a un proceso que puede solventarse mediante la figura clásica del litisconsorcio. Recordemos que la capacitación es un derecho y un deber del juez durante todo el transcurso de la carrera judicial, hasta su retiro.

El conocimiento de la problemática ambiental es crucial para comprender y justipreciar las aristas del caso, aplicando las normas medio ambientales, sin recurrir a conceptos extraídos del derecho civil sobre la responsabilidad, ya caducos en esta área del conocimiento. Es precisamente esta la crítica que puede hacerse a las sentencias de los jueces uruguayos, cuando exigen un daño cierto, actual, fehacientemente probado y ponen en la cabeza del actor la carga de la prueba, conforme a los principios generales a ultranza (art. 139 CGP) Sobre este tema de la carga de la prueba, ya nos hemos pronunciado antes de ahora (Tommasino, Gutiérrez Puppo, 2011).

En Uruguay, cobra importancia en estos procesos, los poderes generales para la materia civil, atribuidos al juzgador en el CGP, que significaron el pasaje del “juez espectador” al “juez director” del proceso; y la necesidad de la búsqueda de la verdad material, dotándolo de poderes deberes que está constreñido a utilizar, con más intensidad, en estos procesos. (art. 24 CGP).

Las facultades probatorias conferidas al juez (art. 24 numerales 4); 5) y 6), siempre como complemento o aditamento a la ofrecida por las partes sobre la plataforma fáctica, que es indisponible para el juzgador, deben ser aplicadas en toda su extensión en los procesos ambientales, dado la elevada naturaleza de los intereses en juego; siempre con el respeto debido al derecho de defensa de las partes al control de la prueba incorporada.

El obstáculo muchas veces que se presenta en materia probatoria, es que la parte actora carece de las posibilidades económicas para hacer frente a medios de prueba que tengan un costo, como es la prueba pericial a cargo de expertos. Ello hace naufragar la pretensión. Pensamos que en estos casos, la peritación a realizar debe estar encomendada a un Organismo público o a un asesor técnico que tenga la calidad de funcionario público, como autoriza el art. 185.3 CGP cuando se justifique que la parte carece de medios para solventar la pericia. El inconveniente que puede presentar esta solución es que, cuando se demanda a un organismo público (Ministerio de Ambiente, vg.) será el mismo demandado quien tendrá a cargo la prueba técnica, lo cual puede atentar contra su imparcialidad. Sin embargo, dada la participación de expertos en la materia en la emisión de esos dictámenes, pensamos que esto no será un obstáculo para obtener un dictamen pericial correcto. Y siempre está la facultad de las partes de solicitar una nueva

peritación en caso de resultar necesario; y del juez, en la etapa de valoración definitiva de sete medio probatorio, en la sentencia definitiva, de apartarse en forma fundada de la peritación desarrollado, apelando a las reglas de la sana crítica (art. 184 y 140 CGP).

El art. 350 CGP, en cuanto dotaba al juez en las causas con contenido social de los poderes de instrucción propios del sumario del proceso penal, ha quedado vacuo de contenido, a partir de la vigencia en Uruguay del CPP 2017, el cual establece un sistema penal acusatorio, no mixto de inquisitivo y acusatorio como lo era en el CPP 1980.

En definitiva como sostiene Falcón (2012):

el rol del juez en el proceso colectivo es de una participación activa tanto en el ordenamiento del proceso cuando en su control e integración, sin perjuicio del dictado de la sentencia definitiva donde se zanjará definitivamente el conflicto, lo que tiene directa referencia con la paz social y con el logro de una justicia apoyada en la existencia de hechos reales que hace a una decisión conforme con la verdad jurídica objetiva, obtenida mediante una aplicación real del principio de economía (p. 195).

CONCLUSIONES

Medio ambiente

El medio ambiente o ambiente es una totalidad que rodea y envuelve al ser humano; es el aire que respiramos, el agua que bebemos y en la que hallamos solaz, la riqueza del mar y los océanos, el paisaje que contemplamos, los campos cultivados, los árboles que nos dan sombra en verano y las plantas y flores que admiramos; los animales que nos acompañan y de los que obtenemos sustento y alimento; y todos los demás seres vivos que habitan junto a nosotros el planeta Tierra y que forman la llamada biodiversidad.

Participamos de una noción amplia y sistémica del ambiente, comprensiva de todos los microbienes que forman parte de ese macro bien jurídico en sentido amplio que es el medio ambiente, objeto de un derecho y un deber de los individuos.

El derecho a un ambiente sano, derecho que es de todos, debe ser complementado con la imposición de deberes, porque a todos nos incumbe también la obligación de contribuir a la erradicación de las causas que generan el deterioro del medio ambiente y propender efectivamente a su protección.

El derecho ambiental, es el principal instrumento de protección del medio ambiente, una disciplina autónoma, post moderna y que tiene sus propios principios e institutos. Sus características principales son su carácter horizontal y transversal; la dispersión normativa y el predominio de intereses colectivos y difusos.

En la actualidad, asistimos a una nueva institucionalidad ambiental, mediante la creación del Ministerio de Ambiente, una Secretaría de Estado que se ocupará específicamente de esta materia en toda su extensión.

Los problemas medioambientales actuales del Uruguay son importantes y constituyen un verdadero desafío, que deberá enfrentar ahora el MA, desde su nueva conformación, junto a otros Organismos del Estado que mantienen su anterior competencia en la materia.

Advertimos, sin embargo, que la creación de esta nueva Cartera por la LUC, en la forma que fue dispuesta, trae como dificultad que existen competencias sumamente importantes que siguen en cabeza del MGAP (concretamente conservación de suelos, agroquímicos y monte nativo - flora) y que lo seguirán estando, ya que se han transferido al MA exclusivamente las materias que estaban anteriormente en la égida del MVOTMA. Se ha podido comprobar que esta bicefalía en las competencias medio ambientales no ha dado buen resultado en los últimos años, ya que el uso del suelo y de los agroquímicos es factor fundamental para la calidad de los recursos acuáticos. Por tanto, hubiera sido conveniente un estudio más profundo del área de la competencia medio ambiental en su totalidad, con el fin de dotar a los organismos involucrados de mayor eficiencia en el cumplimiento de sus cometidos.

En los últimos años, en Uruguay se han realizado esfuerzos tendientes a una mejora del ambiente, que han comprendido acciones a nivel del cambio climático, de la calidad del agua, de la preservación de las áreas protegidas y la inclusión de nuevas áreas objeto de protección ambiental; y la adhesión a todas las convenciones y tratados sobre la materia. Pero ello no ha resultado suficiente. Es imprescindible continuar en el esfuerzo en este sentido, en el cual todos debemos ser partícipes: el Estado, la sociedad civil y los particulares.

Nunca serán suficientes los esfuerzos en pro de una educación ambiental, sobre todo en los niños, para enseñarles a cuidar y preservar el medio ambiente y adquirir una “conciencia ecológica”. Muchas veces en esta materia, son los niños que enseñan a los adultos las conductas a adoptar. Ellos son “las generaciones del mañana”.

El desarrollo sostenible, como uno de los objetivos 2030 de la ONU, (Objetivo 8), debe ser el objetivo también del Uruguay, fundados en una real equidad generacional, aplicando el principio de lograr un desarrollo que posibilite preservar el planeta para quienes hoy lo habitan y también para las futuras generaciones.

Derechos humanos

Concluimos que existe una clara imbricación entre los DDHH y el medio ambiente, que parte de la premisa que el medio ambiente saludable es un derecho de todo habitante de la Tierra; y que, dada su estrecha vinculación con el derecho humano individual más sagrado, que es el derecho a la vida y a una vida digna, constituye, claramente, un derecho humano.

Esta estrecha relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, se materializa en que el derecho del individuo a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, permite avanzar un poco más y afirmar que constituye un verdadero derecho humano autónomo.

El medio ambiente sano forma parte de un *mínimum* de condiciones para alcanzar una vida digna.

Nuestra Constitución, de inspiración jusnaturalista, a través de la tríada de normas compuesta por los Arts. 7, 72 y 332, permite afirmar que se reconocía, aún antes de la reforma de 1996, implícitamente, el derecho humano a un medio ambiente sano. Esto se

ha visto ratificado por la redacción que confirió al art. 47 de la Constitución la reforma de 1996, que declaró que la protección del medio ambiente es “de interés general”.

La segunda parte del art. 47, incorporada en 2004 por la Reforma del Agua, consagra el derecho humano al agua potable, que sólo y únicamente el Estado puede administrar, sin intervención de los particulares.

En Latinoamérica este derecho humano a un medio ambiente saludable ha sido ampliamente reconocido y figura en la casi totalidad de las Cartas Constitucionales. Sin embargo, está muy distante de tener un reconocimiento con validez universal, dado que los intereses económicos de los países más desarrollados, lo ven como un serio peligro para sus actividades industriales y económicas, entorpeciendo en los foros convocados al efecto, las medidas a adoptar en el plano internacional.

Entre los derechos humanos vinculados con el medio ambiente, adquieren especial relevancia los llamados “derechos procesales”. Estos son: el acceso a la información ambiental –una especie del derecho a la información general establecida en la Ley N° 18.381 (*habeas info*)–; la participación pública en la toma de decisiones ambientales que se materializa en nuestro país en las audiencias públicas consagradas cuando un proyecto tiene posibilidad de afectar el ambiente, previas a la autorización ambiental (Ley N° 16.444 y 17.283 LGPA); y el acceso a la justicia, que encuentra su materialización en la legitimación amplia que el art. 42 del CGP uruguayo confiere en los procesos contenciosos medioambientales, que incluye las distintas asociaciones de la sociedad civil y al Ministerio Público (Fiscalías).

244

Proyección procesal

Existe un claro desafío desde la mitad del Siglo XX en adelante para el derecho procesal, consistente en sortear el puente entre el derecho sustancial y el derecho procesal, de naturaleza instrumental, con éxito para ambas disciplinas. Esto es, sin desnaturalizar los institutos clásicos del derecho procesal, y con la mira puesta en la defensa en juicio y el principio del debido proceso, dotar a sus instituciones de nuevos significados, con el fin de que esta disciplina se convierta en un medio efectivo y adecuado para la protección de los derechos sustanciales, como preconiza el art. 14 CGP.

El perfil del Juez para este tipo de procesos, debe ser no “activista” pero sí muy “activo”, a fin de lograr dominar la mecánica complicada de los procesos colectivos; con el adiestramiento suficiente en el derecho sustancial y procesal aplicable⁵.

No existen en nuestro país, tribunales con competencia material específica en materia de medio ambiente, sino que estos procesos son atendidos por los Jueces con competencia en materia civil. Dado el número de casos presentados hasta el presente, no parece necesario implementarlos en el corto plazo. Sin perjuicio, es imperioso dotar a los jueces de capacitación procesal sobre estos procesos complejos, para permitir un adecuado manejo de estos, respetando los principios procesales de igualdad y debido proceso.

Uruguay se inscribe dentro de los países que tiene escasa regulación procesal sobre los procesos colectivos, la cual resulta notoriamente insuficiente para enfrentar las

5 Sobre perfil del juez en general consultar nuestro trabajo Carrera judicial en Uruguay evaluación y selección de magistrados - LJU Tomo 149, DA-3.

dificultades que presenta la tramitación de este tipo de juicios, dadas sus notas especiales. Sería necesario legislar sobre el tema, para lo cual podría servir de modelo el Código de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Existen determinados institutos que deben necesariamente adecuarse y otros instrumentarse desde cero. La etapa previa de “certificación de la acción colectiva”; un sistema adecuado de notificaciones; la exigencia de comparecencia personal de las partes a la audiencia preliminar (art. 340 CGP); los medios de prueba (prueba pericial); la carga de la prueba, que en estos casos se evade un tanto de los lineamientos generales; determinar más adecuadamente el alcance subjetivo de la cosa juzgada y el tratamiento de las personas ausentes en el proceso; introducir los intereses individuales homogéneos.

Referencias bibliográficas

- Apolín Meza, D. L. (2012). La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil. *Derecho & Sociedad*, (38), 185-193. Lima, Perú. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13118>
- Aratirí: un repaso histórico sobre el proyecto que no llegó a concretarse (2020, agosto 20). El Observador, Montevideo. Recuperado de <https://www.elobservador.com.uy/nota/aratiri-un-repaso-historico-sobre-el-proyecto-que-no-llego-a-concretarse-20208815560>
- Barrios De Ángelis, D. (1981) *Introducción al proceso*. Capítulo VI Defensa judicial de los intereses difusos. 2da. ed. Idea, Montevideo.
- Barrios de Ángelis, D. (2002), *Teoría del Proceso*. 2ª ed. BdeF, Buenos Aires.
- Biasco, E. (1997). *Derecho Ambiental General*. Versión ampliada de los apuntes preparados para la clase dictada en el Curso para Graduados, organizado por el Instituto de Derecho Administrativo, correspondiente al año lectivo 1997.
- Bidart Campos, G. J., (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Blengio Valdez, M. (2002) *Derecho humano a un ambiente sano*. En: Seminario Derechos Humanos en Situaciones de Crisis en el Uruguay, Montevideo. Pág. 96.
- Bregaglio, R. (2013) *Sistema universal de protección de derechos humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf, p. 91.
- Cafferatta, N. (s/f). La responsabilidad por daño ambiental, Recuperado de www.pnu-ma.org/Cafferatta/Resppor_danoamb.pdf,
- Cafferatta N. (2011) *Summa Ambiental*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Cagnoni A. y Blengio Valdes M. (2010). *Código de Derechos Humanos*. Konrad Adenauer Stiftung. Bonn.

- Cappeletti M. (1993, abril). Conferencia del 14 marzo 1975, Asamblea General de la Sociedad de Legislación comparada, compilada por Jaime Greif, *El proceso visión y desafíos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Carson, R. L. (1962). *La primavera silenciosa*, Estados Unidos.
- Cassinelli Muñoz, H. (1990). Los límites de los derechos humanos en la Constitución Nacional, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales [FDCS] "Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías"* Segunda Serie N° 13. Montevideo.
- Cassinelli Muñoz, H. (2014). Uruguay, en *El derecho a la salud en las Américas*, Estudios publicados compilados por Carlos Sacchi. La Ley Uruguay, Montevideo.
- Caumont A. y Mariño A. (2007). El medio ambiente como eje de un derecho subjetivo y su correspondiente deber. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVII. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Clavijo Canales, H. (2009). Breves consideraciones sobre la reforma del agua. *La Justicia Uruguaya* T. 131, 83. La Ley Uruguay, Montevideo. Cita Online: UY/DOC/635/2009
- Correa Freitas, R. (1990). Algunos aspectos de la evolución constitucional de los derechos humanos. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cursillo sobre Derechos Humanos y sus garantías*. Segunda Serie N° 13. Págs 26-31. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo.
- Correa Freitas, R. (2000). *Los derechos humanos en la Constitución uruguaya*. 2ª ed. act. Ed. AMF Montevideo.
- Correa Freitas, R. (2013). *Derecho Constitucional Contemporáneo* T. I. 4ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Cousillas, M. (1998) La protección constitucional del ambiente, en *Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Couture, E. J. (1993). *Vocabulario Jurídico*. Depalma, Buenos Aires.
- Durán Martínez, A. (2017). *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. La Ley Uruguay, Montevideo.
- Esain, J. A. (2010). El concepto de medio ambiente en *Ambiente Sustentable II*. Obra colectiva del Bicentenario, Herrera, A. (coordinadora). Tomo I, págs. 65-96. Orientación Gráfica Editora, Buenos Aires.
- Esteve Pardo, J. (2005). *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.
- Ettlin, E. (2019). *El Juez Civil en materia de medio ambiente* <https://edgardoettlin.blogspot.com/2019/05/notas-sobre-el-rol-deljuez-civil-en.html>
- Falcón E. M. (2012). El rol del juez y de los abogados en el proceso colectivo. La igualdad entre las partes. Conflictos de intereses. *Procesos Colectivos Class Actions I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Buenos Aires Argentina.
- Falcón, E. M. (2013). *Los procesos con sujetos múltiples y el proceso colectivo*. La Ley 2013-E, 1092 - La Ley 10/10/2013, 1 - La Ley 10/10/2013, 1 - La Justicia Uruguaya, DE-23. Cita on line: AR/DOC/3679/2013.

- Ferre Z., Melgar N., Pastori H., Piani G. y Ross M. (2007). La Responsabilidad Social Empresarial en Uruguay La visión desde las empresas - *Documento N° 19/07*. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de la República. Montevideo.
- Figallo Adrianzén, G. (1988). Derecho ambiental en la constitución peruana. *Derecho PUCP*, (42), 195-213. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198801.009>
- Fortes, M. (2004). *Algunos apuntes sobre el origen conformación y posterior desarrollo del sistema regulatorio ambiental de los Estados Unidos de Norteamérica*. Disponible en https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_pascual_madoz/Publicaciones/Otras_publicaciones/regulaci%F3n%20ambiental%20USA.pdf
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales. consulta 26.5.2019. Recuperado en <https://farn.org.ar/archives/26715-FARN> - Buenos Aires. Consulta 26.5.2019.
- Gelsi Bidart, A. (1996), Principios del proceso, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 4/1996, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid.
- Gorosito Zuluaga, R. (2015). El Derecho Ambiental como derecho y como ciencia. *La Justicia Uruguaya* T. 152. La Ley Uruguay, Montevideo. Cita Online: UY/DOC/729/2015
- Gorosito Zuluaga, R. (2016). El sentido jurídico del concepto y bien fundamental "medio ambiente" - *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, año 12, N° 13.
- Gorosito Zuluaga, R. (2017). Los principios del derecho ambiental. *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2ª época. Año 13. N° 16.
- Gorosito Zuloaga, R. (2017). El derecho ambiental constitucional en Uruguay. Cita Online: UY/DOC/315/2017
- Gorosito Zuluaga, R. (2018). *El artículo 72 de la Constitución uruguaya como norma pòrtico, puente o de coordinación entre el Derecho ambiental internacional o global y el Derecho ambiental en Uruguay*. Cita Online: UY/DOC/53/2018
- Gorosito Zuluaga, R. (2020, enero-marzo). La constitucionalización del Paradigma del Desarrollo Sostenible y el Estado Ambiental de Derecho. *Revista La Justicia Uruguaya*, Año LXXXI, Tomo 158, N° 1.
- Gudynas, Eduardo (2018). Ecología de Urgencia. http://columnistas.montevideo.com.uy/uc_303247_1.html Consulta 14.7.2020
- Highton, E. I. (1993). Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar? *Derecho de Daños* 2ª Parte págs. 797-831. Ed. La Rocca Buenos Aires.
- Hitters, J. C. (2007). Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos - *Direito Processual Comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, págs. 724-754 Editora Forense, Río de Janeiro.
- Hitters, J. C. (2020). Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la CIDDHH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH (derechos a la salud, seguridad social, pensiones y jubilaciones, cuestiones

laborales, medio ambiente e igualdad de género). *CADE Doctrina y jurisprudencia*. Tomo 54. Montevideo.

Jordano Fraga, J. (1995). *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, José Maria Bosch Editor S.A. Barcelona.

Klett S. y Cardinal F. (2000). Intereses colectivos o difusos: ¿una o dos categorías?, en *Estudios en Homenaje Enrique Véscovi*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Klimovsky G. (1997). *Las desventuras del conocimiento científico - Una introducción a la epistemología*. 3ª ed. A-Z editora, Buenos Aires.

Leacky, R., Lewin, R. (1997) *La sexta extinción: el futuro de la vida y de la humanidad*, Tusquet Editores, disponible en: https://books.google.com.uy/books/about/La_Sexta_Extinci%C3%B3n.html?id=a7-4NAAACAAJ&redir_esc=y

Lorenzetti R. L. (1993). La protección jurídica del ambiente. En *Derecho de Daños, Segunda Parte*, p. 1462-1479. Ed. La Rocca, Buenos Aires.

Lorenzetti, R. L. (1997), "La protección jurídica del ambiente", *La Ley T. 1997-E*, Sección Doctrina, Edición de la Ley, Buenos Aires, p. 1468.

Lorenzetti R. L. (2010). *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley, Buenos Aires.

Lorenzetti, R. L. (2014). *El arte de hacer justicia*. Sudamericana, Buenos Aires.

Lucas Sosa, G. (2000). La defensa jurisdiccional de los intereses superindividuales y difusos. La defensa de los intereses del consumidor y del medio ambiente. (Análisis jurisprudencial desde Argentina), en *Estudios en Homenaje a Enrique Véscovi*, pág. 217-241. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Magariños de Mello M. J. (2005). *Medio ambiente y sociedad*. (Editado y ordenado por Gorosito Zuluaga, R.). Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Martínez Lazcano, A. J. (2017). Derecho Procesal Convencional de los Derechos Humanos. *Estudios de Derecho Procesal en homenaje Eduardo J. Couture, Tomo II Constitución y proceso. Principios y garantías / Landoni Sosa - Pereira Campos, Tomo II*. La Ley Uruguay, Montevideo.

Mercado Maldonado, A.; Ruiz González, A. (2006). El concepto de las crisis ambientales en los teóricos de la sociedad del riesgo. *Espacios Públicos*, vol. 9, núm. 18, 2006, págs. 194-213 Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67601813> (consulta 14.7.2020).

Nash Rojas, C. (2008) - *Sistema internamericano de DDHH. Material para curso DDHH*. CEJU, Montevideo.

Pereira Campos, S. (2003). Los procesos colectivos. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3/2003. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

Pereira Campos, S. (2016). *Procesos Colectivos. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. La Ley Uruguay, Montevideo.

- Pereira Flores, M. V. El derecho al goce de un ambiente adecuado en el marco constitucional de Argentina y Uruguay. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Décimo año. Ed. 2004 Tomo II, págs. 531-574. Konrad Adenauer Stiftung.
- Real, A. R. (2005). Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista. En *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Rey Caro, E. J. (1998, mayo). *Temas de Derecho Internacional ambiental. La protección internacional del medio ambiente*, Editora Córdoba, Argentina.
- Risso Ferrand, M. (1996). *Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional presentado en la Cámara de Senadores en el mes de marzo de 1996*. Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda. Montevideo, 1996.
- Sánchez-Sánchez, H. (2008). Código de Derecho Internacional Ambiental. Universidad del Rosario, Colombia. Recuperado de <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/11070>
- Sierra Bravo, R. (1996). *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*. 4ª ed. Ed. Paraninfo, Madrid.
- Sorhuet, H. (2018, octubre 31). *El País*, Montevideo.
- Tommasino, B.; Gutiérrez Puppo C. (2011). *Carga de la prueba en el proceso civil ordinario de protección ambiental*. XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Mercedes, Uruguay.
- Touriño, Rosario (2019, junio 6). El debate ausente. *Semanario Brecha*, Montevideo.
- Varela-Méndez E.J. (1989). en Curso sobre el C.G.P., Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.
- Varela-Méndez, E. J. (2004). Protección del medio ambiente. Legitimación para promover acciones y eficacia de la cosa juzgada obtenida en los procesos respectivos. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3/2004, pág. 292. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Varela-Méndez, E. J. (2020). Los principios jurídicos, principios de derecho. Proyección en el proceso judicial. Ed. Mastergraf SRL, Montevideo.
- Véscovi, E. (1989). Principios constitucionales del proceso. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Número 3 /1989; Montevideo, FCU, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Véscovi, E. (2000). La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1/2000. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

PAULINA CASSONI BOGGIO

La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español,
con especial referencia al carácter psicológico o emocional

PAULINA CASSONI BOGGIO

Estudiante de tercer año de abogacía en la Universidad de Montevideo, Uruguay

paulinacassoni@outlook.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-2295>

Recibido: 28/04/2022 - Aceptado: 20/05/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Cassoni Boggio, Paulina (2022). La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional. *Revista de Derecho*, 21(41), 253-273. <https://doi.org/10.47274/DERUM/41.9>

La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional

253

Resumen: La publicidad comparativa es un medio legítimo para informar a los consumidores de las ventajas que presentan los productos o servicios ofrecidos frente a la competencia. Pese al rechazo inicial, la tendencia actual es a favor de esta clase de publicidad. Sin embargo, para proteger al consumidor, se han impuesto limitaciones a la publicidad comparativa. Tanto en Uruguay como en España existen normas que establecen requisitos para permitir la publicidad comparativa. En ambos ordenamientos se exige veracidad y objetividad en la información y la comparación. No obstante, hay un requisito en el que difieren. La ley uruguaya prohíbe expresamente que los datos comparados sean de carácter psicológico o emocional, mientras el ordenamiento español nada dice al respecto. El trabajo analiza el alcance de dicho requisito.

Palabras Clave: Publicidad, publicidad comparativa, Ley de relaciones de consumo, Uruguay, España, carácter psicológico o emocional.

Comparative advertising in Uruguayan and Spanish law, with special reference to its psychological or emotional character

Abstract: Comparative advertising is a legitimate means for informing consumers about the advantages that the products or services offered in comparison with the competition. Despite the initial rejection, the current trend favors this kind of advertising. Nonetheless, to protect consumers, limitations have been imposed on comparative advertising. Both in Uruguay and Spain legal provisions establish requirements to allow comparative advertising. In both legal systems, truthfulness and objectivity in the information and comparison are required. However, there is one requirement on which they differ. Uruguayan law expressly prohibits that the data compared be of a psychological or emotional nature, while the Spanish law is silent on this matter. This paper analyzes the scope of this requirement.

Key Words: Advertising, comparative advertising, consumer protection law, Uruguay, Spain, psychological or emotional character.

254

Publicidade Comparativa na Lei Uruguaia e na Lei Espanhola, com Especial Referência ao Caráter Psicológico ou Emocional

Resumo: A publicidade comparativa é um meio legítimo de informar os consumidores sobre as vantagens dos produtos ou serviços oferecidos face à concorrência. Apesar da rejeição inicial, a tendência atual é a favor deste tipo de publicidade. No entanto, para proteger o consumidor, foram impostas limitações à publicidade comparativa. Tanto no Uruguai como em Espanha existem normas que estabelecem requisitos para permitir a publicidade comparativa. Em ambos os ordenamentos se exige veracidade e objetividade na informação e na comparação. No entanto, há um requisito no qual diferem. A lei uruguaia proíbe expressamente que os dados comparados sejam de caráter psicológico ou emocional, enquanto o ordenamento espanhol nada diz a respeito. O trabalho analisa o alcance desse requisito.

Palavras – Chave: Publicidade, publicidade comparativa, lei de relações de consumo, Uruguai, Espanha, caráter psicológico ou emocional.

1. Introducción

La publicidad comparativa es un medio legítimo por el cual un comerciante puede informar a sus consumidores sobre las ventajas de su producto. Hasta fines del siglo XX, esta publicidad era ilícita en países como Italia y Francia (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). No obstante, el uso de esta figura se ha vuelto aceptable y más común estas últimas décadas. La normativa actual tiende a imponer una serie de requisitos para el uso lícito de la publicidad comparativa.

Dado que la regulación comercial uruguaya recurre como fuente al Derecho europeo y en particular al español por motivos históricos y culturales, en este trabajo se comparará la normativa nacional con la española haciendo énfasis en sus requisitos de licitud. Ambos ordenamientos buscan asegurar la objetividad y veracidad de la comparación y la información en que ésta se basa. Si bien la normativa es similar, la española establece exigencias que refieren a la comparación en su conjunto y describe situaciones en que no es admisible la comparación, permitiendo identificar los requisitos exigidos y los supuestos no permitidos con mayor claridad. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 que regula la publicidad comparativa en Uruguay no logra la misma precisión que el artículo 10 introducido por la Ley 29/2009 que modifica la Ley de Competencia Desleal de España. Otro aspecto en el que difieren es que la norma uruguaya exige expresamente que los datos en que se basa la comparación no sean de carácter psicológico o emocional, mientras la ley española no menciona dicho carácter.

A través de un análisis comparativo de la normativa mencionada se pretende entender el fundamento detrás de sus requisitos para contribuir a una interpretación más adecuada de los límites de la publicidad comparativa permitida. Partiendo de que los requisitos apuntan a la defensa del consumidor y de la libre competencia, se intentará determinar el alcance de las exigencias impuestas a la publicidad comparativa.

1.1 Noción de publicidad comparativa

La publicidad comercial es un medio eficaz de promover el consumo de determinados bienes y servicios frente a otros que satisfacen la misma necesidad. En el estudio de la publicidad, el enfoque tradicional hizo énfasis en la publicidad sugestiva, que brinda poca información al consumidor y trata de exagerar la imagen del producto para fortalecer su reputación. Una visión más moderna de la publicidad pone el foco en su función informativa. La publicidad no sólo busca persuadir al consumidor, sino que también comunica información veraz sobre el producto o servicio (Gutiérrez Sanjuán, 2003).

La publicidad comparativa es un medio legítimo para informar al consumidor sobre las ventajas de un producto frente a su competencia. Es una comparación informativa, directa o indirecta, que alude al competidor (Diez Canseco Núñez, 1991). Existe comparación no sólo cuando se confrontan marcas, productos, servicios o establecimientos de forma expresa, sino que también hay comparación cuando estos no son señalados de forma explícita, pero pueden ser identificados por el consumidor (Bugallo, 2017). Esta clase de publicidad es positiva para el mercado en tanto brinda más información a los consumidores, que se benefician de la libre competencia. La publicidad comparativa es conveniente porque le permite al consumidor identificar las ventajas y desventajas de

los productos y servicios ofrecidos. Esta publicidad motiva a los competidores a mejorar sus productos (Gutiérrez Sanjuán, 2003).

La campaña de la marca española DON SIMON es un claro ejemplo de la función informativa de la publicidad comparativa. La estrategia de marketing de DON SIMON se ha basado en transmitir la calidad de sus bebidas y sus ventajas frente a la competencia. La publicidad se ha convertido en uno de los pilares más importantes de la empresa (García-Carrión, s.f.). La campaña publicitaria de 2007 de zumo exprimido de naranja comparaba el zumo de la empresa española Calidad Pascual S.A.U. con el zumo DON SIMON. En los anuncios se comparaban datos objetivos: el zumo DON SIMON se transportaba en frío y no tenía azúcares agregadas, mientras el zumo de la otra marca se transportaba a temperatura ambiente y tenía azúcar agregada. Los videos de la campaña publicitaria siguen subidos a la página de la marca DON SIMON hasta el día de hoy (García-Carrión, s.f.).

De regla, la publicidad comparativa es lícita. Sin embargo, esta licitud depende de requisitos que pueden dividirse en generales y específicos. Los primeros refieren a la lealtad y la veracidad. La publicidad no debe ser contraria a las buenas costumbres y a la buena fe. Los requisitos específicos refieren a la información que contiene la publicidad. Los datos presentados deben ser comprobables (Diez Canseco Núñez, 1991). Los requisitos de la publicidad comparativa refieren a los extremos a comparar. Dichos requisitos suelen exigir que la comparación refiera a características esenciales, afines y objetivamente demostrables. Además, los extremos a comparar deben ser análogos. Por ejemplo, no se debería contrastar la comodidad interior de un vehículo con la velocidad de otro porque estas características no son comparables (Bugallo, 2017).

256

La función informativa de la publicidad comparativa y la ilicitud de aquella que por no informar de manera veraz deviene prohibida, quedan de manifiesto en casos como el de la Sentencia 48/03 de fecha 16 de junio de 2003 del Juzgado Letrado en lo Civil de 14 Turno. Esta sentencia uruguaya versa sobre una publicidad del producto PURA VIDA denominado “símil mayonesa” (sin aceite y sin huevo), pero que promociona al producto describiéndolo como “la primera mayonesa de soja 100% uruguaya”. La parte actora (dueña del producto ADES) sostuvo que la tabla comparativa publicada en El Observador que contrastaba los valores de calorías, lípidos, proteínas, glúcidos y colesterol del producto PURA VIDA común con los de “OTRAS” común era una publicidad comparativa ilegítima. “OTRAS” podía hacer referencia a otras mayonesas (producto no comparable con el de la demandada dado que son productos de diferente naturaleza) o a otras salsas a base de soja, haciendo referencia directa a la actora que es la única otra empresa que vende salsa derivada de soja (en tal caso la información sería falsa dado que no son los valores del producto ADES). La sentencia considera que se constituyó un caso de publicidad comparativa denigratoria producida por el menoscabo al producto mayonesa en tanto se lo compara con un producto totalmente diferente en composición y calidad (Pereira y Berdaguer, 2006). Dado que los extremos de la comparación no eran análogos o la información presentada no era veraz esta publicidad no cumplió con su función informativa y no cumplió con los requisitos necesarios para ser lícita.

La publicidad comparativa debe ser veraz. No puede ser desleal o engañosa. El concepto de deslealtad es difuso y puede variar con el tiempo. Por ende, la doctrina y el Derecho comparado han consagrado algunos supuestos típicos de deslealtad. Uno

de ellos es la publicidad comparativa que contiene denigración o que tiene un tono que degrada el producto o servicio de la competencia. La publicidad se suele considerar desleal cuando aparecen comentarios de naturaleza personal que no están vinculados con el negocio, cuando sólo se mencionan las desventajas y los riesgos del producto del competidor, cuando se difama, cuando se apela a las emociones o cuando se hacen evaluaciones subjetivas (Diez Canseco Núñez, 1991).

1.2 Evolución de la publicidad comparativa

La publicidad comparativa es el acto de hacer públicas ciertas características de un producto o servicio y su competencia. Como explica Dora Szafir, existen regímenes jurídicos que no definen el concepto de publicidad (como el uruguayo) y otros que lo hacen estableciendo leyes específicas en torno a su regulación (como en el caso de España y la Ley General de Publicidad de 1988). La publicidad comparativa es una clase de publicidad que ha sido muy cuestionada, pero que después de gran discusión ha comenzado a ser aceptada con ciertas limitaciones. Inicialmente, en Francia, este tipo de publicidad fue considerada desleal aun cuando su contenido fuera verdadero. Dicha prohibición se mantuvo hasta 1992. Sin embargo, la tendencia actual es permitir la publicidad comparativa objetiva que no configure un supuesto de abuso o engaño (Szafir, 2009). La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, define la publicidad comparativa como una “manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener”.¹

Sin perjuicio de antecedentes históricos más remotos, esta clase de publicidad se popularizó en Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XX a partir de su reconocimiento normativo. La legalización de la publicidad comparativa fomentó su utilización. La Comisión Federal de Comercio declaró que el uso de publicidad comparativa veraz no debería ser restringido (Federal Trade Commission, 1979). Esta tendencia que se inició en Estados Unidos se ha difundido a otros países, comenzando por los del continente europeo. Es entonces que surge la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, que modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa. En el siglo XXI, la publicidad comparativa se ha vuelto más frecuente en países como China e India (Kalro, Sivakumaran, y Marathe, 2017). Incluso ha ingresado en el panorama latinoamericano. En 2015, el Consejo de Autorregulación Publicitaria de Argentina emitió una serie de recomendaciones respecto del uso de la publicidad comparativa. En el documento se reconoce el auge de la publicidad comparativa en Argentina y en la región (Consejo de Autorregulación Publicitaria, 2015). Si bien, esta publicidad no es común en Uruguay, es prudente regular la cuestión ya que es una herramienta que podría volverse popular en cualquier momento.

En principio, la publicidad comparativa se considera lícita. Sin embargo, para evitar que una comparación poco honesta engañe al consumidor, su uso suele ser limitado por normas de rango legal. En Uruguay, la publicidad comparativa es regulada por el

1 La Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, establece: *Considerando lo siguiente: (...) (8) La publicidad comparativa, cuando compara aspectos esenciales, pertinentes, verificables y representativos y no es engañosa, es una manera legítima de informar a los consumidores de las ventajas que pueden obtener. Es deseable establecer un concepto amplio de la publicidad comparativa a fin de abarcar todas las formas de este tipo de publicidad.*

artículo 25 de la Ley N° 17.250 de relaciones de consumo (defensa del consumidor).² Esta norma tiene similitudes con el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal de España, que establece los requisitos de la publicidad comparativa permitida.³

1.3 Importancia de una regulación adecuada de la publicidad comparativa

La comparación publicitaria se ha vuelto más popular, siendo más manejada en Estados Unidos y en países donde se producían refrescos Coca-Cola y Pepsi-Cola. A fines del siglo pasado se lanzó una campaña publicitaria en diferentes países llamada “Desafío Pepsi”. Se daban a probar dos vasos sin identificación para que el consumidor elija el sabor que más le haya gustado y así poder determinar porcentajes de preferencia. La licitud de esta publicidad fue cuestionada ante los tribunales de algunos países (Szafir, 2009). Dada la popularización y aceptación que ha comenzado a recibir la publicidad comparativa, es necesario darle un marco legal apropiado a efectos de su categorización.

Para proteger al consumidor de forma efectiva es conveniente determinar de manera clara el límite entre la publicidad comparativa permitida y la prohibida. La publicidad comparativa prohibida es una forma de competencia desleal. Según Aurelio Menéndez, el Derecho de competencia desleal busca establecer deberes objetivos de abstención, reglas objetivas de conducta (Menéndez, 1988). Para ello, se requiere una normativa clara que disponga las conductas prohibidas. Esto resulta notorio a la luz de casos en que la ausencia de normativa precisa permite que se vulneren los derechos del consumidor pese a la intervención de los tribunales.

Un ejemplo de lo anterior es el caso argentino “Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. c/ C.A.S.A. Isenbeck s/ medida cautelar” en que la parte demandada, pese a que el Tribunal ordenó el cese de los anuncios, continuó emitiendo avisos publicitarios similares a los denunciados. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. (en adelante “Quilmes”) demandó a Cervecería Argentina Sociedad Anónima Isenbeck (en adelante “Isenbeck”) en 2004 por emitir anuncios publicitarios que comparaban los productos.⁴ La publicidad basaba su comparación en información subjetiva que no es pasible de comprobación. Uno de los anuncios refería al producto de Quilmes como “la cerveza que toma la mayoría” y luego describía el producto de Isenbeck como “la mejor cerveza”. En Argentina no existía ninguna disposición que prohibiera expresamente la publicidad

2 El artículo 25 de la Ley N° 17.250 dice: *Artículo 25. La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación.*

3 El artículo 10 introducido por la Ley 29/2009 que modifica la Ley de Competencia Desleal dice:

Artículo 10. Actos de comparación.

La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.

c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.

d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

e) La comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

4 Muchos de los anuncios pueden encontrarse en línea. Refugiomentes. (17 de enero de 2012). *La saga de Isenbeck* [Archivo de video]. Youtube. Recuperado el 22 de enero de 2022 a partir de https://www.youtube.com/watch?v=aijY4-SakV4&t=1s&ab_channel=Refugiomentes

comparativa (O'Farrell, 1995) hasta el 2019⁵. Por lo tanto, se debió recurrir a jurisprudencia y doctrina. El tribunal consideró que la publicidad denunciada buscaba persuadir acerca de la inferioridad del producto de Quilmes. Se determinó que la publicidad comparativa que, de regla, es lícita, no lo era en este caso por razones marcarias. La utilización de la marca ajena y el presunto daño producido al actor condujeron al tribunal a fallar a favor de Quilmes. Sin embargo, Isenbeck continuó emitiendo publicidad que aludía a su competidor, evadiendo las prohibiciones con cambios sutiles en la campaña publicitaria. En segunda instancia se entendió que no hubo denigración, pero se mantuvo la multa impuesta a Isenbeck por no cesar la difusión. Isenbeck emitió nueva publicidad comparativa sin tener que probar la veracidad de los datos comparados. Esto fue posible debido a la falta de regulación apropiada.

En el caso referido, se podría llegar a argumentar que los derechos del consumidor fueron vulnerados. Para determinar si dicha publicidad afecta los derechos del consumidor es necesario distinguir entre los supuestos de exageración publicitaria con un núcleo verdadero (Lema Devesa, 2007) y los de publicidad comparativa desleal. Cualquier consumidor es capaz de entender que el aviso era una publicidad que buscaba promocionar determinado producto. Sin embargo, se podría afirmar que la campaña publicitaria inducía al consumidor a error por fundar su comparación en información subjetiva cuya veracidad o falsedad no puede comprobarse. He aquí la importancia de una regulación clara que proteja de forma efectiva al consumidor. Es por lo expuesto que se intenta asegurar la mayor claridad posible en los requisitos de la publicidad comparativa permitida.

1.4 Caracterización de la publicidad comparativa

La publicidad comparativa, como es de esperarse, se caracteriza fundamentalmente por la comparación. Se presentan datos de un producto o servicio en contraste con su competencia. Es una publicidad informativa. Al cumplir con los requisitos establecidos por la ley, hoy en día, se entiende que es lícita. Para algunos autores, la publicidad comparativa también se caracteriza por su finalidad persuasiva, mientras otros sostienen que es razonable prohibirla cuando su único objetivo es la declaración de la superioridad de un producto sobre otro (Szafir, 2009).

La publicidad comparativa confronta o coteja dos o más productos o servicios destinados a la misma clientela, contrastando sus características esenciales. Se comparan precios y actividades de un proveedor con los de la competencia (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). La publicidad comparativa se caracteriza por identificar explícita o implícitamente a uno o varios competidores o a los bienes y servicios de la misma naturaleza ofrecidos por uno o más competidores. Se comparan productos o servicios individualizados o individualizables por su nombre o por su marca (Rippe y Germán, 1999). Se presenta información de los productos o servicios para colocar al consumidor en mejor posición para que decida cuál se ajusta a sus necesidades (Larrañaga y Gamarra, 2009, pp. 717 – 728). La publicidad comparativa también se caracteriza por ser informativa, se brinda información y datos al consumidor.

5 En 2019 cambia la situación argentina con el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019, por medio del cual se establece el nuevo régimen de Lealtad Comercial.

Esta publicidad tiene por finalidad mostrar a los consumidores que el anunciante presenta algún beneficio o ventaja que sus competidores no tienen (Venturini, 2000, pp. 733 – 741). Esta característica no es compartida por algunos autores. Szafir sostiene que la función de la publicidad comparativa es informativa y que es razonable prohibirla cuando su único objetivo es la declaración de superioridad de un producto sobre otro (Szafir, 2009). De todas formas, no es posible equiparar la declaración de superioridad con la denigración si la primera se funda en datos veraces y comprobables. Tal como señala la doctrina y jurisprudencia española, es admisible la llamada “exceptio veritatis” que consiste en tolerar el descrédito al competidor cuando la información presentada es veraz (Tapia Hermida, 1997, pp. 14.347 – 14.364).

La publicidad comparativa es lícita. Esto ha sido tema de discusión en doctrina. Se han manejado argumentos en contra como que la finalidad de la comparación siempre es desleal en tanto busca rebajar la calidad o utilidad de un producto ajeno. Garrigues afirma que, aunque se base en hechos ciertos, la comparación en esta clase de publicidad implica una denigración implícita (Garrigues, 1978). Se ha dicho que la publicidad comparativa es una hipótesis de “competencia parasitaria” por basarse en la alusión a competidores, y que refleja una verdad parcial e incompleta dado que se escogen los puntos favorables para la comparación (Rippe y Germán, 1999). No obstante, otros autores defendieron la licitud señalando que no toda la publicidad comparativa tiende a rebajar la calidad del producto ajeno, que la superioridad de un competidor poco conocido no significa que se esté explotando el prestigio de una marca ajena y que todas las publicidades reflejan verdades parciales. La denigración no se produce por comparar, sino por inducir al consumidor a error (Rippe y Germán, 1999).

Pese al rechazo inicial, actualmente es prácticamente unánime la postura de que la publicidad comparativa es lícita siempre que cumpla con ciertos requisitos. Algunos de los más comunes son los que surgen de la Directiva de la Unión Europea sobre Publicidad Engañosa y Comparativa (Favier Dubois, Tajan, Coloma, Martínez Medrano, y Vítolo, 2008). Las condiciones de la Directiva exigen que no sea engañosa ni confusa y refieren a la objetividad de la comparación.⁶

6 El artículo de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, establece lo siguiente: *Artículo 4 La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:*

- a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales);*
- b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;*
- c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;*
- d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;*
- e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;*
- f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;*
- g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;*
- h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.*

2. Comparación entre el Derecho uruguayo y el español

Tanto en Uruguay como en España, la publicidad comparativa es lícita cuando cumple con los requisitos legales. La normativa de estos países exige que la comparación sea veraz, objetiva y verificable. Si bien la regulación de ambos países es muy similar, difieren en ciertos aspectos. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 de Uruguay se centra en los datos en que se basa la comparación, mientras que el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal de España se enfoca en la comparación en su conjunto. La norma nacional requiere que los datos sean objetivos y la española exige que la comparación cumpla con condiciones más concretas.

Los dos ordenamientos admiten la licitud de la publicidad comparativa en tanto se base en datos objetivos y comprobables. El fundamento de ambas normas parece ser el mismo: la protección del consumidor. En Uruguay la Ley N° 17.250 establece en su título que busca la defensa del consumidor. De forma similar, en España se describe la Ley 29/2009 como aquella por la cual se “modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios”. Anxo Tato Plaza señala que, en el ámbito de la publicidad comparativa, es admisible ignorar los intereses de los competidores de un empresario “cuando la comparación, por su contenido informativo, favorezca los intereses de los consumidores” (Tato Plaza, 1996, p. 221).

2.1 Noción utilizada en cada norma

El ordenamiento uruguayo no define el concepto de publicidad, mientras la Ley General de Publicidad de 1988 de España define la publicidad como “Toda forma de comunicación” que busca “promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.⁷

Más allá de que no exista una definición legal de publicidad en el Derecho uruguayo, la Ley N° 17.250 realiza ciertas referencias que dan a entender que la noción que tenía en mente el legislador uruguayo era similar a la española.⁸ En ambos ordenamientos se entiende que existe una transmisión o comunicación de información destinada a los consumidores.

La publicidad comparativa no es definida con precisión en ninguno de los dos ordenamientos. No existe una definición legal en el Derecho uruguayo. La definición legal

7 El artículo 2 de la Ley General de Publicidad de 1988 dice: *Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por:*
– *Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*

– *Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.*

8 El artículo 24 de la Ley N° 17.250 dice: *Artículo 24*
Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.
Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

española⁹ era demasiado amplia dado que no aclaraba que en la publicidad comparativa se menciona a la competencia para comparar los productos o servicios. Dicha definición, según la doctrina mayoritaria, fue derogada por la Ley 29/2009 (Pedreira, 2018). Más allá de la ausencia de definiciones legales expresas, se entiende que la publicidad comparativa es, en ambos ordenamientos, un medio para comunicar información que se basa en la comparación de dos productos o servicios que compiten en un mismo mercado.

2.2 Requisitos de la publicidad comparativa en Uruguay

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 dispone que “La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación”. De esta forma, el artículo prohíbe la publicidad comparativa que no cumpla con los requisitos dispuestos. De manera esquemática, podría afirmarse que sólo está permitida la publicidad comparativa cuando cumple con las siguientes condiciones:

- a) Estar basada en la objetividad de la comparación;
- b) Estar fundada en datos que no sean subjetivos;
- c) Estar fundada en datos que no sean de carácter psicológico o emocional;
- d) Ser pasible de comprobación.

Dichos requisitos, siguiendo la clasificación de Diez Canseco Núñez, funcionario en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, pueden clasificarse en generales y específicos (Diez Canseco Núñez, 1991). El primer requisito puede considerarse general dado que refiere a la lealtad y la veracidad. Si la publicidad se basa en una comparación que no es objetiva, entonces resulta contraria a las buenas costumbres y a la buena fe. En tal caso, la publicidad deja de ser informativa. Por otro lado, los demás requisitos pueden considerarse específicos porque refieren a los datos contenidos en la publicidad. Éstos deben ser comprobables. Los datos no pueden ser subjetivos o de carácter psicológico o emocional.

262

9 El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal introducido por la Ley 29/2009 no define la publicidad comparativa, la incluye dentro de lo que llama comparación pública. El artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad introducido por la Ley 39/2002, definía la publicidad comparativa.

El artículo 6 bis decía: *Artículo 6 bis.*

1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.
2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:
 - a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
 - b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
 - c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
 - d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
 - e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.
 - f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

La norma establece requisitos que se enfocan principalmente en la información presentada en la publicidad. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 se centra en asegurar la objetividad de la comparación.

2.3 Requisitos de la publicidad comparativa en España

El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal permite la publicidad comparativa que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados tienen la misma finalidad o satisfacen las mismas necesidades.
- b) La comparación es objetiva y entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios.
- c) La comparación es entre productos amparados por la misma denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada.
- d) Los bienes o servicios no se presentan como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) Se respeta lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena.

El artículo establece cinco requisitos para que la publicidad comparativa sea lícita. Continuando con la clasificación de Diez Canseco Núñez, pueden considerarse generales o específicos.

El primer y tercer requisito buscan asegurar que la comparación sea sólo entre productos o servicios similares. Se exige que los extremos de la comparación sean análogos. Esta condición asegura que la comparación sea objetiva. Por ende, son requisitos generales. El último requisito también es general dado que impone la aplicación de otras reglas contrarias a la competencia desleal. Estos requisitos tratan de asegurar que la publicidad sea leal y afín a las buenas costumbres.

El segundo requisito regula las características de los productos o servicios comparados. El literal b) refiere a la comparación y exige que sea objetiva. En este sentido, el requisito puede considerarse general. Sin embargo, el literal procede a determinar qué clase de características son pasibles de comparación. Dado que alude a la información contenida en la publicidad, este requisito también podría considerarse específico.

El cuarto requisito prohíbe presentar productos como réplicas o imitaciones. Esta condición podría clasificarse como específica en tanto refiere a la información presentada en la publicidad.

El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal hace énfasis en asegurar que los extremos a comparar sean análogos. A mi entender, la norma busca garantizar que los productos o servicios comparados y las características enfrentadas sean equiparables para que la publicidad sea informativa y útil para el consumidor.

3. Diferencias entre el artículo uruguayo y el español

La regulación de Uruguay y España apunta a un mismo objetivo: defender los derechos del consumidor. La publicidad comparativa está permitida en ambos países. Las dos normas buscan asegurar la objetividad y veracidad de la publicidad para evitar la competencia desleal. Las normas se asemejan en cuanto a su fundamento y los conceptos manejados. Ambas priorizan el interés de los consumidores exigiendo una comparación objetiva.

No obstante, difieren en sus exigencias y enfoque. El artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal organiza la información en literales y hace énfasis en que los extremos de la comparación sean análogos. Por otra parte, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 es más breve, no divide visualmente los requisitos exigidos y se enfoca en los datos en que se basa la comparación. La normativa española exige principalmente requisitos generales en la clasificación de Diez Canseco Núñez, mientras la nacional se centra en requisitos específicos. Pese a ser específicos, los de la norma uruguaya parecen ser requisitos más abstractos que los de la ley española. Las exigencias de la norma española permiten al empresario evitar supuestos de publicidad comparativa desleal en situaciones concretas. Por ejemplo, cuando su producto está amparado por una denominación de origen. El empresario puede anticipar que una publicidad que compare su producto con otro que no se encuentre amparado por la misma denominación puede ser considerada desleal, conforme a lo dispuesto en el literal c) del artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

264

3.1 Requisitos de la publicidad comparativa lícita

Los requisitos exigidos por el ordenamiento uruguayo y el español derivan de un mismo fundamento, que es la defensa del consumidor. Sin embargo, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 y el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal tienen diferentes enfoques. En España los requisitos son principalmente generales dentro de la clasificación de Diez Canseco Núñez, y en Uruguay la mayoría de los requisitos son específicos. Además de diferir en su foco, ambos artículos omiten mencionar requisitos que la ley del otro país exige de forma expresa. Dos de los literales en la norma española apuntan a asegurar que los extremos de la comparación sean análogos. Dicho aspecto no se exige de forma expresa en el artículo de la ley uruguaya. Por otra parte, la norma uruguaya exige expresamente que la comparación no se funde en datos de carácter psicológico o emocional. Requisito que la ley española omite mencionar.

El Derecho español establece requisitos que refieren a los productos o servicios comparados. Éstos deben “tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades”. Cuando son “amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada”, deben ser de la misma denominación. Estos requisitos buscan asegurar que los productos o servicios que son objeto de la comparación estén en igualdad de condiciones. La normativa uruguaya también debería asegurar que los extremos de la comparación sean análogos. No obstante, el artículo 25 de la Ley N° 17.250 omite realizar una referencia explícita a este aspecto. Sin embargo, podría considerarse que al exigir la objetividad de la comparación este requisito se vería contenido en la norma. Que la comparación sea objetiva (requisito presente en ambas normas) implica que se comparen productos o servicios equiparables. De no ser

comparables, no podrían competir y la comparación no sería objetiva. Por ende, la norma uruguaya indirectamente requiere que los extremos de la comparación sean análogos.

Otra diferencia entre el Derecho uruguayo y el español es que la regulación nacional exige que la información presentada en la publicidad no sea “de carácter psicológico o emocional”. La ley española nada dice al respecto. El carácter psicológico o emocional de los datos en los que se basa la comparación es un aspecto poco mencionado en doctrina. ¿Qué significa que la información sea de carácter psicológico o emocional? Si atendemos al tenor literal, se debe entender que la información de este carácter es aquella que apela a las emociones y a la manera de sentir del consumidor. Según el diccionario de la Real Academia Española, el adjetivo “emocional” es relativo a las emociones (Real Academia Española, s.f.) y el término “psicológico” refiere a la psicología, a la manera de sentir de un individuo (Real Academia Española, s.f.). La ley uruguaya hace referencia a este requisito, pero no explica qué significa. No se menciona en qué casos podría entenderse que los datos apelan a las emociones o a la manera de sentir de los consumidores. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 busca evitar la competencia desleal y en esta materia se requiere de requisitos concretos para limitar la libertad de los anunciantes. Se ha señalado en jurisprudencia que el derecho que regula la competencia desleal tiene por finalidad establecer deberes objetivos de abstención. En el caso uruguayo “FRANCO TERRA, SERGIO Y OTROS C/ BASF S.A.”, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno sostuvo que el derecho de competencia desleal procura determinar reglas objetivas de conducta cuya infracción desencadene las reacciones del ordenamiento. El comerciante no puede abstenerse de realizar la conducta si no sabe cuál es la conducta prohibida. El Derecho español no se enfrenta a este problema dado que no menciona este requisito. En vez de reunir todos los requisitos en un mismo párrafo, la Ley de Competencia Desleal española separa sus requisitos en literales que permiten entender de forma concisa qué se exige en cada punto. Dado que el carácter psicológico o emocional de los datos no es mencionado, no se generan confusiones al respecto.

4. Carácter psicológico o emocional

El carácter psicológico o emocional hace referencia a los datos presentados a los dos extremos de la comparación y no a la comparación en sí misma. Dicho carácter apela a las emociones y a la manera de sentir del consumidor. Los datos de carácter psicológico o emocional se presentan en contraposición a aquellos de carácter objetivo. Por ende, se relacionan con los datos subjetivos. Se entiende que comparar productos o servicios a partir de datos que no son veraces ni comprobables puede inducir al consumidor a error.

Algunos autores han argumentado en contra de la publicidad comparativa sosteniendo que se presenta una verdad parcial y subjetiva. De todas formas, esto sucede en toda clase de publicidad. No es posible comunicar toda la información sobre los productos o servicios en una única pieza publicitaria. Al seleccionar los datos más favorables para el fin perseguido por el remitente, la publicidad ineludiblemente resulta subjetiva. Esto no significa que exista engaño, falsedad o denigración dado que la información fue seleccionada para poder comunicar determinado mensaje, para mostrar un punto de vista y no para desprestigiar al competidor con mala fe.

La comparación puede ser subjetiva, pero los datos no pueden poseer dicho carácter. El carácter psicológico o emocional de los datos puede inducir al consumidor a error. Esto se debe a que al comparar esta clase de datos no se refleja un punto de vista, sino que se configura una subversión de las ventajas y desventajas de los productos o servicios. Una bebida puede contener menos azúcar o más gas, estos datos son objetivos y es válido comparar dos productos en base a datos de esta índole. Por otro lado, una bebida puede tener mejor sabor que otra, pero esta clase de datos no es objetiva ni comprobable. Por ende, no es posible basar la comparación en ellos.

En principio parece sencillo distinguir aquellos datos comprobables y objetivos de los que son subjetivos. No obstante, el significado del carácter psicológico o emocional no es siempre claro. En algunos casos se podría argumentar que los datos no son subjetivos, que son veraces y comprobables, pero que también son de carácter psicológico o emocional. Por ejemplo, un empresario puede probar que no hay diversidad en el grupo de dependientes de la competencia. Entonces, podría comparar los servicios prestados por otra empresa con los propios para destacar que los ofrecidos por el anunciante son realizados por un grupo de trabajadores más diverso que el del competidor. Pese a ser veraz y objetiva, esta información puede llegar a despertar ciertas emociones y sentimientos en los consumidores. Por ende, bajo el entendido de que los datos en que se basa la comparación no deben ser de carácter psicológico o emocional, se podría argumentar que dicha publicidad debería prohibirse. No obstante, comparar datos como los mencionados en el ejemplo no parece configurar un acto de competencia desleal. ¿Es correcto prohibir la comparación de datos objetivos por ser de “carácter psicológico o emocional”?

4.1 El carácter psicológico o emocional en Uruguay

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 prohíbe la publicidad comparativa fundada en datos “subjetivos, de carácter psicológico o emocional”. Si bien se entiende que la comparación debe fundarse en información veraz y objetiva, cabe preguntarse a qué refiere el artículo cuando menciona el carácter psicológico o emocional. Parecería que no es posible definir los datos de dicho carácter como subjetivos porque el artículo refiere a ambos. Entendiendo que son nociones diferentes, se estaría introduciendo una variable adicional. Los datos pueden ser objetivos, subjetivos o de carácter psicológico o emocional. Incluir el carácter psicológico o emocional dificulta la interpretación de la norma. ¿Cuál es la diferencia entre dicho carácter y el subjetivo?

A mi entender, esta exigencia del artículo 25 de la Ley N° 17.250 no resulta del todo clara. ¿Por qué no estaría permitida la publicidad comparativa fundada en datos que apelen a las emociones y sentimientos del consumidor? Al prohibir la comparación de datos que apelan a las emociones del consumidor se estaría ignorando la finalidad sugestiva de la publicidad comercial. La licitud de dicha finalidad se manifiesta en el uso permitido de la exageración. La interpretación literal del artículo 25 parece contraria al concepto de exageración publicitaria. Si el artículo prohíbe la publicidad fundada en información que apela a la forma de sentir del consumidor, la publicidad no debería exagerar características del producto para persuadir al cliente. Atendiendo al tenor literal, el artículo se encontraría en discordancia con la interpretación del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONARP) de Uruguay. En la Resolución Definitiva

No. 2/2013, en autos caratulados “COLGATE PALMOLIVE INC. S.A. C/ PROCTER & GAMBLE - DENUNCIA”, el consejo afirma que “la exageración es un recurso válido en materia publicitaria”. La exageración publicitaria magnifica los elementos del producto para llamar la atención del consumidor y aumentar la expresividad del mensaje (Kusmierz, 2020). La aceptación de este recurso en doctrina y jurisprudencia demuestra que el artículo 25 no debería prohibir la publicidad por fundarse en información relativa a la manera de sentir del consumidor.

El artículo 25 de la Ley N° 17.250 se encuentra en el Capítulo IX sobre publicidad. El capítulo se extiende del artículo 24 al 27. El artículo 26 invierte la carga de la prueba, estableciendo que corresponde al anunciante probar la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria.¹⁰ Cumplir con esta carga exime al anunciante de responsabilidad. Por ende, podría afirmarse que está permitida la publicidad basada en datos veraces y comprobables. Si se acusa al comerciante de emitir publicidad comparativa prohibida por basarse en información de carácter psicológico o emocional, ¿debe probar que los datos no son “de carácter psicológico o emocional” o bastaría con probar la veracidad y exactitud material? Dado que el anunciante busca demostrar que la publicidad emitida está permitida, el artículo 26 parece sugerir que la publicidad está permitida cuando se prueba la “veracidad y exactitud material”. En el ámbito de la publicidad comparativa, para demostrar que la publicidad emitida está permitida, el anunciante debe probar que se cumple con las exigencias del artículo 25 además de cumplir con la carga del artículo 26. Si el anunciante queda exento de responsabilidad al demostrar la veracidad y exactitud material de los datos, se debería entender que los datos no son de “carácter psicológico o emocional”. Dicho carácter debe ser contrario a la “veracidad y exactitud material”.

4.2 El carácter psicológico o emocional en España

El carácter psicológico o emocional de los datos en que se funda la comparación no es mencionado en la norma española. Esta omisión facilita la interpretación del artículo. Dado que el carácter psicológico o emocional no es mencionado, las opciones se reducen. Los datos son subjetivos y por ende prohibidos o son objetivos y permitidos.

La publicidad comparativa en España solía tener un doble régimen. Tanto la Ley General de Publicidad como la Ley de Competencia Desleal regulaban la materia. El legislador español redactó la Ley 29/2009 para solucionar la doble regulación (Pedreira, 2018). Es un legislador que busca simplificar la normativa sin apartarse de lo establecido en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo. Tiene sentido que la regulación de España no mencione el carácter psicológico o emocional porque éste tampoco aparece en las Directivas europeas y la intención del legislador no es innovar, sino solucionar la complejidad de un doble régimen.

10 El artículo 26 de la Ley N° 17.250 dice: *La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante.*

5. Conclusión

Considerando la importancia de que los requisitos para la publicidad comparativa sean precisos, es necesario volver a estudiar la regulación nacional. El artículo 25 de la Ley N° 17.250 establece los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa para no estar prohibida. Al analizar lo que exige la norma, se sugirió que uno de los requisitos no era del todo claro. De acuerdo con ella, la información presentada en la publicidad comparativa no puede ser de carácter psicológico o emocional, pero ¿qué significa que sea “de carácter psicológico o emocional”? La interpretación literal del artículo no resulta satisfactoria en tanto parecería ignorar que la publicidad puede ser sugestiva. Para arribar a una interpretación que permita entender qué significa que los datos sean “de carácter psicológico o emocional” se debe considerar la ley en su conjunto a la luz de su espíritu.

El artículo 26 de la Ley N° 17.250 que invierte la carga de la prueba permite realizar una aproximación al significado del carácter psicológico o emocional. El problema que surge de definir dicho carácter por oposición a la veracidad y exactitud material de los datos es que un dato podría considerarse “psicológico o emocional” y también veraz y exacto.

Refiriendo nuevamente a la campaña publicitaria de Isenbeck, resulta claro que es posible comparar productos en base a datos veraces y exactos, que también pueden considerarse de carácter psicológico o emocional. Una de sus campañas publicitarias, posterior al proceso judicial, aludía nuevamente a su competidor. En la publicidad se señalaba que el competidor “se vendió a los brasileros” (Clarín Digital, 2006)¹¹, mientras que Isenbeck se declaraba “antisponsor” del equipo brasilero en la Copa Mundial de Alemania de 2006 (Martínez, 2007). Los anuncios de dicha campaña no fueron denunciados por Quilmes. Sin embargo, si se entiende que el carácter psicológico o emocional de los datos conduce a la denigración del competidor, esta publicidad debería estar prohibida por apelar al patriotismo argentino. Que las acciones de Quilmes hayan sido adquiridas por una empresa brasilera antes del Mundial y que las de Isenbeck no, son datos objetivos. Sin embargo, al comparar estos datos en avisos publicitarios, se alude a un aspecto emocional que puede resultar denigratorio. El consumidor puede caer en una confusión y creer que Quilmes es una marca antipatriótica.

Otro ejemplo de que los datos en que se basa la publicidad comparativa pueden considerarse tanto veraces como de carácter emocional es el caso de la Resolución del 26 de julio de 2018 del Jurado de Publicidad de AUTOCONTROL de España. La mercantil Restaurantes McDonald’s, S.A.U. reclamó en virtud de la publicidad publicada en redes sociales por la empresa Burger King España, S.L.U. La comparación se consideró denigratoria pese a comparar datos veraces (que las hamburguesas de Burger King son hechas a la parrilla y las de McDonald’s a la plancha). Se podría argumentar que los datos son veraces, pero también de carácter psicológico o emocional en tanto denigran al competidor. El jurado no se centró en el carácter de los datos, sino en cómo el consumidor percibiría la publicidad. La decisión no fue compartida por el Pleno que resolvió el recurso de alzada dado que entendieron que la comparación no conducía al descrédito del competidor.

11 En 2006 antes de la Copa Mundial, la compañía belga-brasilera Ambev, que es dueña de Brahma, finalizó una operación mediante la cual adquirió la mayoría de las acciones de Quilmes.

De acuerdo con la Ley N° 17.250, para que la publicidad comparativa esté permitida, debe cumplir con las exigencias del artículo 25 y del artículo 26. Para terminar de entender el alcance del deber de abstención establecido en la ley, es necesario recurrir a la ratio legis de la norma: la defensa del consumidor. El anunciante tiene el deber de abstenerse de emitir publicidad comparativa fundada en datos de carácter psicológico o emocional que no sean veraces y exactos, pero ¿qué sucede con los datos que son veraces, exactos y también de carácter psicológico o emocional? Cabe preguntarse si no corresponde seguir los pasos del legislador español que logró simplificar la normativa en esta materia.

La Ley N° 17.250 tiene por fundamento la defensa del consumidor y de la libre competencia. El artículo 24 de la ley define a la publicidad engañosa como aquella que es “capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios”.¹² Entre los derechos del consumidor, establecidos en el artículo 6 de la ley, se encuentra la “protección contra la publicidad engañosa”.¹³ Tomando estos artículos como referencia y considerando la ratio legis, se podría entender que la publicidad comparativa con datos “de carácter psicológico o emocional” está prohibida cuando induce al consumidor a error, es decir, cuando es engañosa. La publicidad que compara datos veraces de carácter psicológico o emocional sólo estaría prohibida cuando induzca al consumidor a error.¹⁴

Esta lectura es compatible con el razonamiento adoptado por el CONARP de Uruguay en la Resolución Definitiva No. 2/2013. En el caso, COLGATE PALMOLIVE Inc. S.A. denuncia la pieza publicitaria emitida en televisión del producto “Oral B Complete”. El denunciante afirmó que el anuncio era una publicidad comparativa contraria a la normativa uruguaya. Al analizar la publicidad, el consejo evaluó si la pieza publicitaria induce a error al consumidor. Para concluir si la publicidad conduce a error, se tomó el estándar del “consumidor promedio”. Dado que no se encontraron elementos que

12 El artículo 24 de la Ley N° 17.250 dice: *Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de forma tal que el consumidor la identifique como tal.*

Queda prohibida cualquier publicidad engañosa.

Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios que sea entera o parcialmente falsa, o de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor respecto a la naturaleza, cantidad, origen, precio, respecto de los productos y servicios.

13 El artículo 6 de la Ley N° 17.250 dice: *Son derechos básicos de consumidores:*

- A) *La protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.*
- B) *La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate.*
- C) *La información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas.*
- D) *La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley.*
- E) *La asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas.*
- F) *La efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extra patrimoniales.*
- G) *El acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces, en los términos previstos en los capítulos respectivos de la presente ley.*

14 En este caso, cuando se afirma que una publicidad compara datos veraces de carácter psicológico o emocional se estaría interpretando la expresión “de carácter psicológico o emocional” como aquello que apela a los sentimientos del consumidor. Es entonces que se señala que existen datos veraces que a su vez podrían considerarse de carácter psicológico o emocional.

Un ejemplo sería la publicidad antes referida, en la que se dice que Isenbeck es antisponsor del equipo brasilero en la Copa Mundial de 2006, mientras el competidor “se vendió a los brasileros”. Que una compañía belga-brasilera haya adquirido la mayoría de las acciones de Quilmes y una transacción de este estilo no se haya verificado respecto de las acciones de Isenbeck son datos objetivos y veraces. Sin embargo, en el contexto de una Copa Mundial, afirmar que el competidor “se vendió” a brasileros puede despertar ciertos sentimientos en el consumidor.

Es en este sentido que se señala que es posible comparar datos veraces de carácter psicológico o emocional. Se concluye que una comparación de esta índole sólo estaría prohibida cuando induzca al consumidor a error. Por ende, la publicidad de Isenbeck estaría prohibida por inducir a error dado que el consumidor podría entender que Quilmes es una marca antipatriótica. Sería posible comparar datos veraces de carácter psicológico o emocional, siempre que no induzca al consumidor a error.

permitieran entender que la publicidad no se basaba en la objetividad de la comparación o que ésta inducía al consumidor a error, se desestimó la denuncia. En este caso, la publicidad comparativa se permitió por ser veraz, objetiva y no inducir al consumidor a error.

Tomando en cuenta el fundamento de la Ley N° 17.250, es posible entender que la publicidad comparativa está prohibida por basarse en datos de carácter psicológico o emocional cuando se apela a los sentimientos del consumidor para inducirlo a error. Reducir los datos de carácter psicológico o emocional a aquellos que al apelar a los sentimientos del público pueden inducir al consumidor promedio a error simplifica la interpretación del artículo. Siguiendo la evolución de la materia en España, parece acertado asimilar la publicidad comparativa ilícita a aquella que es engañosa.

En definitiva, entiendo, junto con la mayoría de la doctrina, que la publicidad comparativa es un medio legítimo de promover el consumo de determinados bienes y servicios frente a otros que también satisfacen la misma necesidad. Esta modalidad de la publicidad comercial confronta marcas, productos, servicios o establecimientos de forma directa o indirecta. De regla, la publicidad comparativa es lícita siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por ley. En Uruguay y España se regula la cuestión permitiendo el medio, siempre que cumpla con determinadas condiciones. Tanto la Ley N° 17.250 de Uruguay, como la Ley de Competencia Desleal de España, buscan asegurar la objetividad y veracidad de la comparación. El Derecho español difiere del uruguayo en tanto es más concreto y exige de forma más clara que los extremos de la comparación sean análogos. El artículo de la ley nacional, a diferencia del español, prohíbe la publicidad comparativa que se funde en datos “de carácter psicológico o emocional”.

270



El concepto de “carácter psicológico o emocional” puede resultar poco preciso. Esto se debe a que una lectura literal de la norma implicaría prohibir la publicidad comparativa sugestiva. Por ende, para proponer una interpretación más adecuada he recurrido al espíritu de la Ley N° 17.250 y al contenido de sus otros artículos. La ley de relaciones de consumo busca proteger los derechos del consumidor y la libre competencia. Por consiguiente, los requisitos de la publicidad comparativa apuntan a ese mismo fin. Considero que los datos de “carácter psicológico o emocional” deben ser entendidos como aquellos que no son veraces y exactos, o que pueden inducir al consumidor promedio a error. Bajo esta interpretación, los datos de “carácter psicológico o emocional” no serían pasibles de comparación. Esta interpretación acercaría el ordenamiento uruguayo al español que apunta a establecer una normativa precisa y menos compleja.

Referencias bibliográficas

- Argentina. (2019, abril 17). *Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019: Lealtad comercial* [con fuerza de ley]. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205888/20190422>
- Bugallo, B. (2017). *Derecho Comercial. Conceptos Fundamentales* (vol. 1). Serie Manuales N° 3. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://derechocomercial-beatrizbugallo.blogspot.com/2013/03/derecho-comercial-conceptos.html>

- “Cervecería y Maltería Quilmes c/ CASA Isenbeck”, 673/2010 (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 17 de mayo de 2010).
- Clarín Digital (14 de abril de 2006). La cerveza Quilmes ya pasó a estar totalmente en manos brasileñas. *Clarín*. Recuperado el 28 de enero de 2022 a partir de https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/cerveza-quilmes-paso-totalmente-manos-brasilenas_0_S1N-CUSk0Yx.html
- “COLGATE PALMOLIVE INC. S.A. C/ PROCTER & GAMBLE - DENUNCIA”, 2/2013 (Comisión Directiva del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria, 21 de octubre de 2013).
- Consejo de Autorregulación Publicitaria. (2015). *Publicidad Comparativa*, de octubre de 2015.
- Diez Canseco Núñez, L. (1991). Señora: Nuestro detergente lava más blanco La publicidad comparativa. *THEMIS Revista De Derecho*, (18), 19-27. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10862>
- España. (1988, noviembre 11). *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/1/1988/11/11/34/con>
- España. (2009, diciembre 30). *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/1/2009/12/30/29>
- Favier Dubois, E., Tajan, G., Coloma, G., Martínez Medrano, G. & Vítolo, D. (2008). *Derecho de la competencia y su control judicial* (p. 288). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Federal Trade Commission. (1979). *Statement of Policy Regarding Comparative Advertising*, de 13 de agosto de 1979.
- “FRANCO TERRA, SERGIO Y OTROS C/ BASF S.A.”, 130/2009 (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, junio de 2009). IUE: 33-359/2000
- García-Carrión. (s.f.). *MARKETING DON SIMON*. Recuperado el 23 de octubre de 2021 de <https://familiagarciacarrion.com/marketing-don-simon/>
- Garrigues, J. (1978). *Publicidad y competencia desleal. Temas de derecho vivo*. Madrid: Tecnos.
- Gutiérrez Sanjuán, L. (2003). *Publicidad comparativa* [Tesis de Doctorado, Universidad de las Palmas de Gran Canaria]. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://hdl.handle.net/10553/1862>
- Kalro, A., Sivakumaran, B., & Marathe, R. (2017). *The ad format-strategy effect on comparative advertising effectiveness*. *European Journal of Marketing*, 51(1), 99-122. doi:10.1108/EJM-11-2015-0764 Recuperado el 28 de enero de 2022 a partir de <https://www.emerald.com/insight/publication/issn/0309-0566/vol/51/iss/1>
- Kusmierz, A. (2020). *Exageración, engaño publicitario y cosméticos*. Facultad de Ciencias Sociales y de Comunicación de la Universidad del País Vasco. Recuperado el 23 de diciembre de 2021 a partir de <http://hdl.handle.net/10810/37447>

- Larrañaga, L. & Gamarra, R. (2009, septiembre). Publicidad comparativa y desleal. *Anuario de Derecho Civil uruguayo* (Tomo XXXIX), pp. 717 – 728.
- Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez, J. (5 de octubre de 2007). *Eduardo Sallenave: cuando hay que desafiar al líder de la categoría*. Adlatina. Recuperado el 18 de enero de 2022 a partir de <https://www.adlatina.com/articulo.php?slug=/publicidad/eduardo-sallenave-cuando-hay-que-desafiar-al-1%C3%ADder-de-la-categor%C3%ADA>
- Menéndez, A. (1988). *La competencia desleal*. Madrid: Civitas S.A.
- O'Farrell, M. (1995). La publicidad comparativa en el derecho argentino. *REVISTA LA LEY*, Nro. 202.
- Pedreira, Á. (2018). La Publicidad Comparativa. Facultad de Ciencias Jurídicas e do Trabajo de la Universidade de Vigo. Recuperado el 17 de enero de 2022 a partir de [https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA](https://www.academia.edu/39695266/LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA_MAR%C3%8DA_%C3%81NGELES_PEDREIRA_SAN_JURGO_TUTOR_A_ANXO_TATO_PLAZA_CURSO_CURSO_CUARTO_CONVOCATORIA_PRIMERA)
- Pereira, S., & Berdaguer, J. (2006). *Cinco años de jurisprudencia sobre relaciones de consumo: Ley N° 17.250*. Montevideo: Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales.
- Real Academia Española. (s.f.). Emocional. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 25 de octubre de 2021, de <https://dle.rae.es/emocional?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Psicológico. En Diccionario de la lengua española. Recuperado en 25 de octubre de 2021, de <https://dle.rae.es/psicol%C3%B3gico?m=form>
- “Restaurantes McDonald’s, S.A.U. vs. Burger King España, S.L.U./Promoción Instagram. Internet”, (Sección segunda del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, 26 de julio de 2018).
- “Restaurantes McDonald’s, S.A.U. vs. Burger King España, S.L.U./Promoción Instagram. Internet”, (Pleno del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, 19 de septiembre de 2018).
- Rippe, S. & Germán, D. (1999, julio). Publicidad comparativa y competencia desleal. *Anuario de Derecho Comercial* (8), pp. 81 – 103.
- Szafir, D. (2009). *Consumidores. Análisis exegético de la ley 17.250*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Tapia Hermida, A. J. (1997, diciembre). Publicidad comparativa denigratoria y exceptio veritatis. *Revista general de derecho* (N° 639), pp. 14.347 – 14.364.
- Tato Plaza, A. (1996). *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Unión Europea, Parlamento y Consejo. (2006). Directiva (UE) 2006/114/EC del Parlamento Europeo y el Consejo de 12 de diciembre de 2006 por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa (LCEur 2006\114). *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27-12-2006, L 376

Uruguay. (2000, agosto 17). *Ley n° 17.250: Ley de relaciones de consumo. Defensa del consumidor*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

Venturini, B. (2000, noviembre). La publicidad en la ley de defensa de las relaciones de consumo N° 17.250. *Anuario de Derecho Civil uruguayo* (Tomo XXX), pp. 733 – 741.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

IGNACIO DE POSADAS

Apertura comercial e innovación como motores de desarrollo de Uruguay de Victoria Martini

DELIA SÁNCHEZ

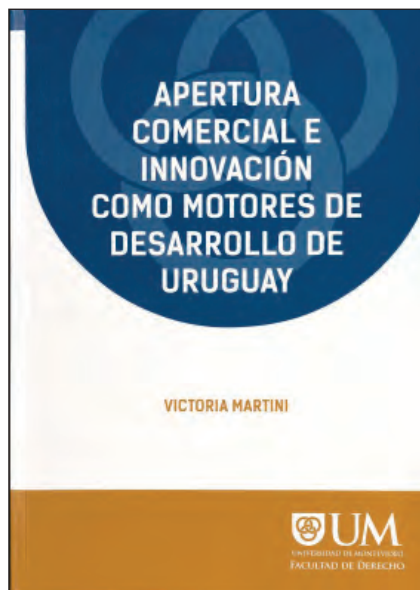
Eutanasia y dignidad de Diego Velasco Suárez.

Victoria Martini. *Apertura comercial e innovación como motores de desarrollo de Uruguay*. Montevideo, Universidad de Montevideo, 2022, 88 pp.

Recibido: 08/05/2022 - Aceptado: 10/05/2022

El tema elegido por Victoria Martini no sólo está en el centro de la teoría (y la realidad) económica, sino que también tiene sus singularidades

En primer lugar, debe ser de los pocos sobre el que los economistas no discrepan. Con pocas excepciones (ideológicas, más que técnicas), todos coinciden en las virtudes de la apertura económica. Pero, a la vez, y ambos aspectos son desarrollados en la obra, la apertura comercial es uno de los temas más fáciles de desdibujar y de manejar en la realidad. No es sólo, como señala la autora, que los beneficios de la libertad de comercio se distribuyen difusamente en la población, sino que, además, los efectos negativos (que suelen tener) impactan de forma más concentrada (y, por ello, provocan reacciones más fuertes). Es un tema, como el de la seguridad social, en el cual es fácil despertar miedos y en el que prenden con similar facilidad, argumentos capciosos (como el citado de las *infant industries* y otros).



277

La apertura comercial basa su relevancia fundamentalmente en dos factores, a su vez esenciales a la naturaleza humana: la libertad y la realidad. Bien señala Victoria Martini que la apertura comercial es un campo esencial al desarrollo del ser humano a través del ejercicio de su libertad. Pero, además, una economía cerrada no es sólo una economía acotada en su inventiva, es también una sociedad que no vive la realidad, al menos no en toda su dimensión. Ambas carencias, la falta de libertad y de contacto con la realidad, producen efectos nefastos, como lo demostró, dramáticamente, la implosión del llamado socialismo real.

Porque la sombra que producen ambos fenómenos, falta de libertad y aislamiento, fomentan, además los peores instintos conservadores en una sociedad. La apertura comercial es también la receta para el enriquecimiento cultural de una sociedad. La autora profundiza esto en un aspecto que es vital para el desarrollo económico: la innovación. Sin contacto con la realidad y acotado en su libertad, el ser humano difícilmente alcance altos niveles de desarrollo.

Victoria Martini baja el tema de sus fundamentos teóricos a la experiencia real de nuestro país, tanto a través de su historia, como al presente, recordando cómo nos fue en las etapas (infelizmente acotadas), de mayor libertad económica relativa y en las otras (entre las cuales se cuenta el presente).

Puede sumarse a esa parte del argumento la experiencia de sectores como el agro y algunos servicios que han demostrado (el agro, notoriamente a raíz de la política desreguladora del gobierno Lacalle Herrera), una pujanza destacada.

La obra enfatiza y con razón, que para un país chico (y, añadido, periférico), la falta de apertura comercial es la peor de las fórmulas.

La protección requiere mayor presencia del estado, gatillando una cadena ya muy conocida: más regulación, más burocracia, más regulación, ad infinitum, lo que redundo en mayores costos y menor eficiencia.

Y el Uruguay es hoy un país caro y relativamente ineficiente que se resiste a los cambios porque no reconoce la realidad del mundo en el que le toca vivir.

La autora analiza la experiencia del Mercosur y la realidad contemporánea en materia de comercio global. La primera, claramente no tuvo éxito. Las metas perseguidas por el gobierno Lacalle Herrera, de sacar al país del proteccionismo por el camino de una apertura inicial parcial a mercados de relativa ineficiencia, en un esquema llamado de regionalismo abierto, se estancó. Paralelamente se abrió una etapa, a nivel mundial, en la que el mecanismo de apertura multilateral, la OMC, también se estancó y dio paso a un universo de acuerdos comerciales, bi y plurilaterales, donde los países del Mercosur no entraron. Eso significa hoy, para el Uruguay, uno de sus mayores problemas: el ideal que sería una OMC pujante, no existe y en los instrumentos sustitutivos quedamos afuera.

El trabajo de Victoria Martini es, además de muy oportuno, académicamente sólido, a la vez de claro y fácilmente comprensible y sus conclusiones son indiscutibles.

Un oportuno llamado a la realidad.

Diego Velasco Suarez. *Eutanasia y dignidad. Perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica de un debate*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, 404 pp.

Recibido: 20/05/2022 - Aceptado: 23/05/2022

Cuando el Dr. Velasco me invitó a ser una de las personas que presentara su libro “Eutanasia y Dignidad” en la antesala de la Cámara de Diputados del Palacio Legislativo no solamente me sentí honrada (que así fue) sino que me permitió repasar lo que han sido estos dos últimos años, en los que conocí a un grupo excepcional de personas de distintas profesiones, credos políticos, religiosos y filosóficos, a quienes nos une la preocupación por la posible aprobación de una ley de eutanasia y suicidio médicamente asistido en nuestro país. Diego Velasco es una de estas personas.

Recordando la antigua maldición “Ojalá te toque vivir en tiempos interesantes” pensaba que sin duda este es un tiempo “interesante” por el desafío que significa que en pleno siglo XXI vuelva a plantearse como válida la pregunta sobre la igual dignidad y valor de toda persona humana (y toda vida humana) y sobre la irrenunciabilidad de los derechos humanos. Porque de eso se trata: que el Estado acepte la renuncia del derecho a la vida de algunos ciudadanos cuya vida no estaría obligado a proteger, por estar incluidos en ciertas categorías definidas por el mismo Estado.

En mi doble condición de salubrista y bioeticista es inevitable preguntarme si lo que como sociedad entendemos que debemos ofrecer a quien sufre, es la muerte, y si perteneciendo a una corriente de bioética basada en los derechos humanos como valores laicos fundantes de la convivencia en sociedad, proponemos que estos derechos son renunciables.

Hace ya unos cuantos años que algunas corrientes bioéticas sobre todo estadounidenses han planteado que el concepto de dignidad es inútil porque no es lo suficientemente concreto y operacionalizable y debería ser sustituido por uno de los principios de la ética principialista; el de la autonomía (Macklin, 2003, p. 327). El mismo criterio es propuesto para separar los seres humanos entre aquellos a quienes se consideraría “personas” y “no personas” (Singer, 1993) y por lo tanto sujetos de derecho o no. A pesar del rechazo expresado por muchos bioeticistas latinoamericanos a esta postura, la idea de que el ejercicio de la autonomía es lo que define a una persona y que su limitación o pérdida nos convierte en algo “menos” ha ido filtrándose en la sociedad, poniendo en cuestión la igual dignidad de todos los seres humanos y el igual valor de toda vida humana. Cabe recordar aquí las palabras proféticas de Juan Carlos Tealdi: “Hoy venimos aquí a defender, a fortalecer, a trabajar el significado de una palabra, de una palabra que... tan sólo una palabra, como nos recordaba Cortázar, nos puede abrir todo un mundo, o puede ser el cimiento de todo un mundo. Bueno, esa palabra es “dignidad”. La venimos



hoy a defender, porque hay quienes la atacan. Y entonces, nuestro deber es estar aquí para defenderla y para decir lo que tenemos que decir.” (Tealdi, 2010)

El libro de Diego Velasco vuelve a poner en el centro el concepto de dignidad inherente del ser humano por el hecho de serlo, no sujeta a ninguna circunstancia vital ni a lo correcto o errado de sus acciones ni a su percepción subjetiva de esta dignidad. El concepto tal como aparece en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la que todos decimos adherir.

Y vuelve a poner como centro de reflexión la dignidad inherente de cada ser humano analizándola, como anuncia en el título, desde las perspectivas jurídica, filosófica, sociológica e histórica. Un desafío enorme, no perder este centro al abordar los distintos temas y no repetirse, que logra plenamente.

Creo que este libro es un aporte fundamental en la discusión que se da hoy en nuestro país sobre la posible aprobación de una ley de eutanasia y suicidio médicamente asistido.

Quienes coincidimos con su visión entendemos que sus argumentos son contundentes. Pero aquellos que tienen una visión contraria encontrarán aquí una fuente para comprender los motivos de quienes entendemos que el Estado nunca debe permitir que los médicos (o el sistema de salud) den muerte a los pacientes, aún a su pedido. Para todos los ciudadanos uruguayos, porque de una forma u otra todos nos veremos afectados por los cambios sociales derivados de una ley así, una lectura muy recomendable, cuando no imprescindible.

280

Delia Sánchez

Dpto. Medicina Legal, Unidad de Bioética, Facultad de
Medicina de la Universidad de la República, Uruguay.
dibarsan@adinet.com.uy

Referencias bibliográficas

Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*. 327:1419.

Singer, P. (1993). *Practical Ethics*. 2ª edición. Cambridge.

Tealdi, J. C. (2010). Palabras de presentación. En: La dignidad humana. Filosofía, bioética y derechos humanos. Serie Debates y Nuevos Desafíos. Colección Derechos Humanos para Todos. Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires, junio de 2010.

Reglamento editorial

La Revista de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (utilizando el sistema doble ciego) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

281

Normas éticas y conflictos de intereses:

Revista de derecho adhiere a las normas y códigos de ética internacionales establecidos por el Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Los autores reconocen todas las fuentes de financiación utilizadas en sus trabajos e indican expresamente, si corresponde, el organismo financiador, y cualquier otro vínculo comercial, financiero o particular con personas o instituciones que pudieran tener intereses con el trabajo propuesto.

Detección de plagio:

La identificación de plagio en el texto es causa de rechazo por parte de la Revista de Derecho. En caso de detectarse un plagio se comunica al autor el motivo del rechazo de su contribución exponiendo claramente las evidencias del plagio.

La revista emplea el servicio de detección de plagio y verificación de originalidad de Turnitin <https://www.turnitin.com/>.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
 - i) Título en español, inglés y portugués.
 - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: [ORCID](https://orcid.org/)), cargo e institución académica a la que pertenece, dirección de correo electrónico para la correspondencia con la revista.
 - iv) Abstract del trabajo en español, inglés y portugués (entre 100 y 200 palabras)
 - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en español, inglés y portugués.
- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábiga: 1., 1.1., 1.1.2. y sucesivamente.
- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Normas formales de citado textual:

Las citas y referencias bibliográficas de los textos enviados a la *Revista de Derecho* se harán de acuerdo con las normas APA (American Psychological Association) <https://apastyle.apa.org/> y el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> para poder iniciar el proceso de arbitraje.

Las citas textuales se harán según el sistema autor-fecha, indicando además el número de página de la fuente. Ejemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Si la cita contiene menos de 40 palabras se la encierra entre comillas dobles.

Si la cita contiene 40 palabras o más se la redacta en un párrafo en bloque con sangría 1,25 cm.

Las **citas parafraseadas** también se harán de acuerdo con el sistema autor-fecha, no se encierra la cita entre comillas y tampoco se cambia el formato del párrafo, no es necesario indicar la página de la fuente. Se debe agregar la referencia de la cita parafraseada al listado de Referencias bibliográficas.

Las referencias de las fuentes citadas se listan en un párrafo aparte con sangría francesa de 1,25 cm y se ordenan alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Referencias bibliográficas**.

Ejemplos:

Libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). *Título del libro*. Lugar: Editorial.

Apellidos, A. A. (año). *Título del libro* (Trad. B. B. Apellidos y C. C. Apellidos, 15.^a ed.). Lugar: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulo de libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). Título del capítulo del libro. En C. Editores, D. Editores, y E. Editores (Eds.), *Título del libro* (pp. Xxx-xxx). Lugar: Editorial.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Artículos de revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B., y Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la Revista*, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo como por ejemplo Constitución de la República, leyes y decretos, proyectos de ley, Sentencias de tribunales, Jurisprudencia publicada en libros o artículos de revista, etc. consultar el manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Las fuentes consultadas, pero no citadas en el texto se incluirán en una lista ordenada alfabéticamente bajo el encabezamiento de **Bibliografía**, al final del documento.

Editorial guidelines

The Law School Journal is published twice a year by the School of Law of University of Montevideo.

Since the year 2002, it has been regularly published and includes the following sections:

- Message from the Dean or Editor-in-chief
- Academic papers
- Conferences and lectures
- Annotated case law
- News of the School of Law
- MA Thesis
- Papers of law school undergraduate students
- Reviews of Books and Journals

From a material standpoint, a qualified Editorial Board comprised of Professors from the different fields carries out the preliminary scientific review of the manuscripts. Subsequently, the manuscripts are peer reviewed using the double-blind system. Once this process is completed, the Editorial Board selects the manuscripts that will be published in the different sections of the journal.

Sending manuscripts to the Law School Journal of University of Montevideo implies acceptance of their publication and reproduction in any publishing means applied by the Journal. Expressions and opinions arising from the articles published in the Journal are the responsibility of the authors alone.

285

Ethical codes and conflicts of interest:

Revista de Derecho adheres to the international standards and codes of ethics established by the Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

The authors acknowledge all sources of funding used in their work and expressly indicate, when appropriate, the funding agency and any other commercial, financial or private link with persons or institutions that may have interests with the proposed work.

Plagiarism Detection:

The identification of plagiarism in the text is a reason for rejection by Revista de Derecho. If plagiarism is detected, the author is informed of the reason for the rejection of his contribution, with the evidence of plagiarism clearly stated.

The journal uses Turnitin plagiarism detection and verification of originality service, <https://www.turnitin.com/>

Guidelines for the publication of academic papers

- 1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
 - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
 - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
 - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
 - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in in Spanish, English and in Portuguese.
- 6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.
- 7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).
- 8) Formal rules for textual citation:

Citations and bibliographical references of the texts sent to the *Revista de Derecho*, will be made according to the APA (American Psychological Association) standards <https://apastyle.apa.org/> and the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> in order to be able to start the arbitration process.

Textual citations will be made according to the author-date system, also indicating the page number of the source. Example: (Bugallo, 2006, p. 484).

If the quotation contains less than 40 words, it is enclosed in double inverted commas.

If the quotation contains 40 words or more, it is written in a block paragraph with an indentation of 1.25 cm.

Paraphrased quotations are also to be made according to the author-date system, the quotation is not enclosed in inverted commas and the format of the paragraph is not changed, it is not necessary to indicate the page of the source. The reference of the paraphrased quotation must be added to the list of bibliographical references.

References of cited sources are listed in a separate paragraph with French indentation of 1.25 cm and are arranged alphabetically under the heading **Bibliographical references**.

Examples:

Books:

Surname, A. A., and Surname, B. B. (year). Title of the book. City of Publisher: Publisher.

Surname, A. A. (year). Title of the book (translations by B. B. B. Surnames and C. C. Surnames, 15th ed.). City of Publisher: Publisher.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Book chapters:

Surnames, A. A., and Surnames, B. B. (year). Title of book chapter. In C. Editors, D. Editors, and E. Editors (Eds.), Title of the book (pp. Xxx-xxx). City of Publisher: Publisher.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Journal articles:

Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (year). Title of the article. Title of the journal, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

For normative legal material such as the Constitution of the Republic, laws, court rulings, jurisprudence published in books or journal articles, etc. consult the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Sources consulted but not cited in the text will be included in an alphabetical list under the heading **Bibliography** at the end of the document.

Regulamento editorial

A Revista de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de Montevideu.

Desde 2002 está sendo publicada regularmente, incluindo as seguintes secciones:

- Mensagem do Decano ou do Diretor
- Doutrina
- Conferências e aulas magistrais
- Jurisprudência comentada
- Informação da Universidade
- Teses de Mestrados
- Monografias de Estudantes
- Notas de livros e revistas

Desde o ponto de vista substancial, a valorização científica preliminar dos trabalhos a serem publicados se realiza por um qualificado Conselho Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, os trabalhos pré-selecionados serão revisados por pares (usando o sistema duplo-cego) que são os que avaliam os trabalhos recebidos e fazem recomendações para sua eventual publicação. Finalizado o processo, o Conselho Editorial elege os trabalhos que serão publicados em cada seção da revista.

O envio de trabalhos à Revista de Direito da Universidade de Montevideu, implica a autorização para que os mesmos sejam publicados e reproduzidos em qualquer meio de difusão da Revista. As expressões e opiniões expostas pelos autores de cada obra publicada nesta Revista são de sua exclusiva responsabilidade.

289

Normas éticas e conflitos de interesses:

Revista de Direito adere às normas e códigos internacionais estabelecidos pelo Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Os autores reconhecem todas as fontes de financiamento utilizadas nos seus trabalhos e especificam expressamente, nos casos solicitados, o organismo financiador e qualquer outro vínculo comercial, financeiro ou particular com pessoas ou instituições que pudessem ter interesses no trabalho proposto.

Identificação de plágio:

A identificação de plágio no texto constitui causa de rejeição pela Revista de Direito. Em caso de identificação de plágio, é comunicado ao autor o motivo da rejeição da sua contribuição, sendo expostas claramente as evidências do plágio.

A revista usa a detecção de plágio do Turnitin para verificação do serviço de originalidade, <https://www.turnitin.com/>

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

- 1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.
- 2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.
- 3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.
- 4) Os trabalhos devem ser remetidos em formato Word, Times New Roman, Tamanho 12, espaçamento entre linhas simples.
- 5) O trabalho deve ir acompanhado de uma apresentação que inclua a seguinte informação:
 - i) Título em espanhol, inglês e português.
 - ii) Dados do autor ou dos autores: nome completo, identificador único de investigador ORCID (se pode obter no seguinte enlace: ORCID), cargo e instituição acadêmica a que pertence, direção de correio eletrônico para a correspondência com a revista.
 - iv) Abstract do trabalho em espanhol, inglês e português (entre 100 e 200 palavras)
 - v) Estabelecer entre 3 e 5 palavras chaves (key words) do trabalho em espanhol, inglês e português.
- 6) As diferentes seções do trabalho devem ser estruturadas de acordo com a numeração arábica: 1., 1.1., 1.1.2. e sucessivamente.
- 7) As siglas incluídas devem ser acompanhadas de seus significados, entre parênteses, na primeira vez que forem usadas. Exemplo: CC (Código Civil).
- 8) Regras formais de citação textual:

Citações e referências bibliográficas de textos submetidos à Revisão da Lei serão feitas de acordo com as normas da APA (Associação Psicológica Americana) <https://apastyle.apa.org/> e o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> a fim de iniciar o processo de arbitragem.

As **citações textuais** serão feitas de acordo com o sistema autor-data, indicando também o número da página da fonte. Exemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Se a citação contiver menos de 40 palavras, é incluída entre aspas duplas.

Se a citação contiver 40 palavras ou mais, está escrita num parágrafo de bloco com recuo de 1,25 cm.

As **citações parafraseadas** também serão feitas de acordo com o sistema autor-data, a citação não é incluída entre aspas e o formato do parágrafo não é alterado, não é necessário indicar a página da fonte. A referência da citação parafraseada deve ser acrescentada à lista de referências bibliográficas.

As referências das fontes citadas são listadas num parágrafo separado com recuo francês de 1,25 cm e estão dispostas alfabeticamente sob o título de **Referências Bibliográficas**.

Exemplos:**Livros:**

Apelido, A. A., e Apelido, B. B. (ano). Título do livro. Local: Editora.

Apelidos, A. A. (ano). Título do livro (tradução: B. B. Apelidos e C. C. Apelidos, 15^a ed.). Local: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulos de livros:

Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Artigos de periódicos:

Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo, como a Constituição da República, leis e decretos, projectos de lei, decisões judiciais, jurisprudência publicada em livros ou artigos de revistas, etc. consulte o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

As fontes consultadas mas não citadas no texto serão incluídas numa lista alfabética sob a rubrica **Bibliografía** no final do documento.



Facultad de Derecho
www.um.edu.uy