



Revista de
DERECHO

Año XXIII (Diciembre 2024), N° 46
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-No Comercial 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 de Uruguay, EBSCO-Academic Search Ultimate, ERIHPLUS, Dialnet, Latindex, Timbó Foco, Scopus. 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 Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), 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: editáonline

Impresión: editáonline

Depósito legal: 382.468

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

N° 46 – DICIEMBRE 2024

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, El Salvador
Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México
Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú, 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**

Felicitación y agradecimiento..... 9

DOCTRINA**GAMARRA ANTES, DIEGO**

Constitución uruguaya y "laicidad": el Estado no sostiene parcialidad alguna 15

IGLESIAS ROSSINI, GONZALO F.

Los delitos ambientales en Uruguay..... 41

ARAVENA FLORES, MARCOS ANTONIO

Los principios éticos y jurídicos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales 63

GOMES DOS SANTOS, HENRIQUE**PIZZOTTI FAIÇAL, LARISSA**

Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal? 89

VALLARINO BERRETTA, CLAUDIA

Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la Ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales 109

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES**ASIAIN, CARMEN**

La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay 137

JUSISPRUDENCIA COMENTADA**DÍAZ INVERSO, RODRIGO**

Competencia de los entes estatales industriales y comerciales: nota a una sentencia relevante para el debate 169

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados 181

TESINAS DE MASTERS**MARTINEZ HAGOPIAN, VALERIA**

¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador? 201

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES**FRANCO SUÁREZ, AGUSTINA MARÍA**

Reflexiones respecto de la validez en el Derecho Administrativo Global a la luz del concepto de regla de reconocimiento de H.L.A. Hart 241

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**BARRERA, JORGE**

Reseña de la actualización del libro: "Código Penal uruguayo y Leyes Complementarias – Comentado" de Miguel Langón (†) y Pedro Montano (Coord.) 257



MENSAJE DEL DECANO

MIGUEL CASANOVA

Felicitar y agradecer

Mensaje del decano

Felicitar y agradecer

Este 2024 la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo cumple 25 años desde que puso en marcha la carrera de abogacía. 25 años formando abogados y aportando a la sociedad profesionales que hoy destacan en muy diversos ámbitos, tanto nacionales como internacionales, con el mismo común denominador, con el mismo sello: rigor técnico e integridad humana.

Emociona mirar para atrás y recordar cada uno de los proyectos y objetivos conseguidos en este primer cuarto de siglo de la facultad. Pero, sobre todo, ver como nuestros estudiantes evolucionan profesionalmente, aprovechan oportunidades, ocupan lugares de relevancia, sirven con eficacia a sus clientes y a la sociedad. Nos enorgullece que la formación y las herramientas que la UM les inculcó dieron su fruto. En hitos como este solo cabe felicitar y agradecer.

Es de justicia felicitar y agradecer a cada uno de los profesores que generosamente colaboró en la consecución del proyecto de la Facultad de Derecho que hoy es una realidad consolidada. Cada uno de ellos encarna el espíritu de excelencia y servicio que promueve la Misión de nuestra institución. Sin duda, la Facultad y los profesionales que de ella egresan no serían lo que son sin su generosa dedicación y esfuerzo continuo por brindar una formación académica de excelencia. Los profesores son los mayores transmisores de nuestra cultura y forma de hacer universidad.

Un particular agradecimiento a los fundadores de nuestro proyecto universitario. Con magnanimidad y clara visión de futuro, dieron los primeros pasos para ponerlo en marcha. Desde aquellos inicios en el año 1986 como Instituto de Postgrados en Derecho y Empresa hasta la apertura de la carrera de Abogacía en 1999, su legado sigue siendo una guía. Recordamos con gratitud a figuras como Jorge Peirano, Ricardo Olivera, Carlos Delpiazzo, Santiago Pérez del Castillo, Alberto Faget, Juan Antonio Pérez Pérez y Pedro Montano. Destacamos también a los integrantes del Consejo Académico inicial, como Eduardo Jiménez de Aréchaga y Enrique Véscovi, cuya experiencia y prestigio académico cimentaron las bases de nuestra Facultad.

Mención especial merecen los integrantes de la primera generación de estudiantes de abogacía de la Universidad. Su confianza en el proyecto que sólo era eso, un proyecto, una promesa (diríamos que “compraron en el pozo”). Fueron esenciales para construir la realidad de la que hoy gozamos: una facultad pujante y de prestigio.

En estos 25 años, se alcanzaron innumerables metas: proyectos innovadores, publicaciones académicas, competencias internacionales y congresos que nos posicionan como referentes en diversas áreas. Detrás de muchos de estos logros estuvo el empuje y la visión de quienes lideraron la Facultad desde sus comienzos. En especial, subrayar la figura de Nicolás Etcheverry, Decano durante casi dos décadas, cuyo trabajo incansable y calidad humana han sido fundamentales para el desarrollo nacional e internacional de la facultad.

Cumplidos estos primeros 25 años, celebramos nuestro pasado, reflexionamos sobre nuestro presente y miramos con esperanza el futuro. Confiados en que el gran equipo de la facultad, sus profesores, con el apoyo de los ya cientos de ALUMNI que, con su trabajo profesional destacado son los principales embajadores de la UM, seguiremos cumpliendo nuestra misión institucional de promover el trabajo bien hecho, con espíritu de servicio a cada persona y a la sociedad.

Miguel Casanova,
diciembre de 2024



DOCTRINA

DIEGO GAMARRA ANTES

Constitución uruguaya y “laicidad”: el Estado no sostiene parcialidad alguna

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI

Los delitos ambientales en Uruguay

MARCOS ANTONIO ARAVENA FLORES

Los principios éticos y jurídicos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales

HENRIQUE GOMES DOS SANTOS Y LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL

Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal?

CLAUDIA VALLARINO BERRETTA

Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la Ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales

DIEGO GAMARRA ANTES

Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

diego.gamarr@ucu.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0902-786X>

Recibido: 06/06/2024 - Aceptado: 21/08/2024

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

Gamarrá Antes, Diego. (2024). Constitución uruguaya y "laicidad": el Estado no sostiene parcialidad alguna. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e461. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.1>

Constitución uruguaya y "laicidad": el Estado no sostiene parcialidad alguna¹

15

Resumen: Se propone un estudio sobre la laicidad en la Constitución uruguaya. Pese a que el término laicidad no se incluye en su articulado, se realiza una interpretación de las disposiciones que refieren a la neutralidad del Estado y de sus funcionarios en materia religiosa, ideológica, política, de creencias o de aspectos de conciencia en general. Se asume así un sentido amplio del concepto de laicidad -no el meramente alusivo a la materia religiosa- a efectos de contemplar las diferentes formulaciones constitucionales relacionadas bajo una necesaria consideración sistemática y teleológica. En ese sentido, se realiza fundamentalmente una interpretación del artículo 5 -sobre aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado- y del artículo 58 de la Constitución -sobre servicio a la Nación, neutralidad y prohibición de proselitismo de los funcionarios-, concibiendo como bases comunes de ambas disposiciones a la libertad y al deber estatal de igual consideración y respeto ante los distintos posicionamientos no nocivos de los individuos.

Palabras clave: laicidad, neutralidad del Estado, prohibición de proselitismo

1 El presente trabajo se elaboró en el marco de un proyecto de investigación más amplio, intitulado "El concepto de laicidad en la cultura jurídica uruguaya", realizado con Gianella Bardazano, Lucía Giudice, Ailén Fernández y Nicolás López, y que contó con financiación de la CSIC. En tanto profesor de derecho constitucional del equipo de investigación acordamos mi asunción de la tarea de revisión bibliográfica de la doctrina publicista en la materia. Sin embargo, no me resistí a hacerlo sin intentar un trabajo dogmático propio y proponer así la interpretación constitucional que concibo mejor justificada. Las opiniones aquí manifestadas son exclusivamente personales, no fueron objeto de discusión ni resultado de un acuerdo con el resto de los investigadores, de modo que es posible que disientan en alguna medida con lo aquí expresado.

Uruguayan Constitution and “secularity”: the State does not support any faction

Abstract: The paper refers to secularity in the Uruguayan Constitution. Although the word secularity is not included in its articles, an interpretation is made of the provisions referring to the neutrality of the State and its officials in religious, ideological, political, belief or conscience matters in general. Thus, a broad meaning of the term secularity is assumed -not merely alluding to religious matters- to contemplate the different related constitutional formulations under a necessary systematic and teleological consideration. In this sense, an interpretation of article 5 -on religious neutrality of the State- and article 58 of the Constitution -on service to the Nation, neutrality and prohibition of proselytism of civil servants- is made, conceiving as common bases of both provisions the freedom of individuals and the State duty of equal consideration and respect for their different non-harmful positions.

Keywords: secularity, neutrality of the State, prohibition of proselytism

Constituição uruguaia e “laicismo”: o Estado não apoia nenhuma facção

Resumo: Propõe-se um estudo do laicismo na Constituição uruguaia. Embora o termo não conste dos seus artigos, faz-se uma interpretação das disposições que se referem à neutralidade do Estado e dos seus funcionários em matéria de religião, ideologia, política, crenças ou aspetos de consciência em geral. Assume-se, assim, um sentido amplo do termo laicismo -não aludindo apenas a questões religiosas- de modo a contemplar as diferentes formulações constitucionais conexas sob uma necessária consideração sistemática e teleológica. Neste sentido, é feita fundamentalmente uma interpretação do artigo 5.º - sobre a não confessionalidade e neutralidade religiosa do Estado - e do artigo 58.º da Constituição - sobre o serviço à Nação, a neutralidade e a proibição de proselitismo por parte dos funcionários públicos -, concebendo a liberdade e o dever do Estado de igual consideração e respeito pelas diferentes posições não prejudiciais dos indivíduos como as bases comuns de ambas as disposições.

Palavras-chave: laicismo, neutralidade do Estado, proibição de proselitismo

1. Introducción

La palabra laicidad no es utilizada en la Constitución uruguaya vigente –la de 1967 con las enmiendas plebiscitadas en los años 1989, 1994, 1996 y 2004- (la “CU”) ni fue empleada en ninguna de las Constituciones previas². La tarea de analizar su reconocimiento y alcance a partir de la interpretación de disposiciones constitucionales, necesaria como contribución dogmática bajo la investigación en que este trabajo se enmarca³, presupone la determinación convencional del alcance que se le va a conferir al término.

La expresión laicidad es ambigua. Así, se la relaciona exclusivamente con la separación o exigencia de neutralidad estatal respecto del fenómeno religioso -en un sentido estricto o propio- o, alternativamente, como neutralidad estatal respecto de cualquier otra manifestación individual de aspectos controversiales de conciencia o de creencias. En este último caso, además de los posicionamientos religiosos, se comprenderían otros como los filosóficos, políticos, ideológicos o de conciencia que, por diferencias de convicción y en el ejercicio de su libertad, dividen a los individuos que conforman una comunidad en parcialidades -laicidad en un sentido amplio o lato-.

Por su parte, debe tenerse presente que se trata de una expresión con considerable carga emotiva (véase Nino, 2010, p. 269), como resultado de tensiones históricas de poder -sobre todo en su faceta de actitud estatal ante la religión-, que se refleja en diferentes acepciones o concreciones del mandato de neutralidad o imparcialidad estatal, indefectiblemente ligado a la idea de laicidad, que constituye en abstracto la nota o propiedad indisputada del concepto, su núcleo de claridad o de certeza.

Así, la neutralidad es susceptible de ser concebida como un postulado de necesaria abstención estatal (en un sentido negativo) o bien como uno que eventualmente admite cierta actividad o adopción de medidas activas en tanto supongan consideración plural e igualitaria de todas las posiciones y perspectivas religiosas -también las políticas, ideológicas, filosóficas o de conciencia si se asume una concepción amplia del término-, incluidas las tesis negadoras o escépticas (en un sentido no absolutamente negativo). Nótese que no se denominó a esta última alternativa como positiva, porque se reconoce potestad en determinados casos para optar por medidas de acción, pero ellas no son necesariamente debidas, resultando la abstención también una opción disponible y, en ocasiones, incluso una solución necesaria. Una dosis de abstención parece inevitable.

Por su parte, y en relación con la carga emotiva que viene de mencionarse, en ocasiones se ensayan construcciones que postulan una diferenciación conceptual entre laicidad y laicismo, en buena medida con la finalidad de atribuir a la primera de ellas carácter valioso y a la otra connotación negativa (Cagnoni, 1988, p.19; Ruocco, 2019, p. 650, 659 y ss.; Barbé Delacroix, 1988, p. 25). Otros autores los manejan indistintamente, como sinónimos (Gros Epiell, 2006), e incluso hay quienes repudian la distinción (Da Silveira, 2012, p. 27, nota 13), lo que evidencia una relativa indeterminación o carácter polisémico de ambas expresiones (Durán Martínez, 2012, p. 271).

2 Tampoco se aludió ni se alude a palabras similares o derivadas de ella como laico, laica o laicismo en ninguna Constitución uruguaya.

3 Véase la nota al pie número 1.

Ante la ausencia de formulaciones constitucionales que refieran al término laicidad, vale insistir, la estipulación sobre el significado del concepto no tiene otro propósito que delimitar el objeto del presente trabajo, comprendiendo más o menos disposiciones relevantes según la definición que se adopte. En ese sentido, por razones de sistematicidad constitucional se asumirá aquí una concepción amplia de la laicidad, a efectos de considerar todos los artículos que efectivamente existen en la Constitución uruguaya vigente y que refieren a la neutralidad estatal en los siguientes sentidos: (i) respecto de cualquier posicionamiento al servicio de parcialidades o actitud proselitista -incluidos, pero no limitados a los de carácter religioso- (artículo 58 de la CU) y (ii) específicamente respecto de las manifestaciones religiosas como subespecie de aquellas (artículo 5 de la CU). Puede asimismo invocarse, como justificación adicional, que la concepción escogida parece asentada en la cultura uruguaya y constituye una de las peculiaridades que la caracterizan (véase Korzeniak, 2008, p. 348).

Su concepción exclusivamente abstencionista o no necesariamente abstencionista (negativa o no absolutamente negativa, según se apuntó) resulta más controversial. No se justifica metodológicamente un posicionamiento de antemano sobre el punto, sino que una definición al respecto debe en este caso alcanzarse como resultado de una interpretación de las disposiciones previamente referidas.

En definitiva, lo que aquí se propone es principalmente realizar una interpretación de dos formulaciones constitucionales -los referidos artículos 5 y 58-, sin perjuicio de la referencia a otras disposiciones necesarias para contribuir a determinar su sentido bajo una apreciación sistemática y teleológica.

Identificados con criterio de amplitud los textos relevantes, facilita la tarea centrarse en lo que ellos disponen en vez de adentrarse en discusiones semánticas sobre los disputados conceptos de laicidad y laicismo (Cajarville, 2008, p. 338-339; Durán Martínez, 2012, p. 272). Es eso y no otra cosa lo que se pretende desarrollar en este trabajo de dogmática constitucional.

2. El Estado no sostiene religión alguna

a. El artículo 5 de la Constitución. Consideraciones introductorias

El artículo 5 de la CU es idéntico en su redacción al artículo 5 de la Constitución de 1934 que, a su turno, es prácticamente igual al mismo artículo de la Constitución 1918⁴. Fue esta última la que determinó un cambio significativo en la historia constitucional uruguaya en materia de relacionamiento entre el Estado y las religiones. En efecto, vino a reconocer expresamente a la libertad de cultos -como tal- y a explicitar la ausencia de una religión atribuible al Estado, en contraste con su Constitución predecesora -la fundacional de 1830- que no reconocía la referida libertad a texto expreso -aunque se podía derivar

4 La única diferencia entre las disposiciones refiere al alcance de la exención tributaria de templos consagrados al culto de religiones, pues en la Carta de 1934 se suprimió la palabra "actualmente" de la última oración del artículo en cuestión. En virtud de la modificación referida no se acotó la exoneración a unas situaciones concretas -la de los templos consagrados a cultos al momento de entrada en vigor de la Constitución de 1918-, sino que se sentó la exoneración como regla general y abstracta, comprendiendo así también a situaciones futuras.

su consignación matizada de otras disposiciones más abstractas- y establecía que la religión del Estado era la Católica Apostólica Romana.

La solución de 1918, con la salvedad previamente indicada -véase nota 3-, fue reiterada en las Constituciones subsiguientes de 1934, 1942, 1952 y también así figura expresada en el artículo 5 de la Carta vigente. La formulación se divide en cuatro oraciones. La segunda de ellas es la que aquí mayormente interesa, en su consideración conjunta con la cuarta, de modo que la atención se centrará en su interpretación y las restantes se mencionarán tan solo tangencialmente.

La primera oración consigna la libertad de cultos, como una especificación de la libertad, con carácter general regulada en los artículos 7 y 10 de la Constitución, y cuyo ejercicio se relaciona con la libertad de expresión (artículo 29 de la CU) y eventualmente con otros derechos como los de reunión y asociación (respectivamente artículos 38 y 39 de la CU) o con la libertad de enseñanza (artículo 68 de la CU) (Cajarville, 2008, p. 334-335; Vázquez C., 1988, p. 140, Ruocco, 2019, p. 667). Quizás convenga meramente apuntar que la libertad religiosa y de cultos es un presupuesto de la neutralidad Estatal en la materia. De más está decir, si alguna o todas las religiones y sus prácticas resultasen impuestas o vedadas, ello supondría un pronunciamiento estatal de carácter parcial, según el caso, por alguna religión o por una postura no religiosa.

Por su parte, la tercera oración es inocua en la Constitución vigente, pues refiere a una solución histórica de reconocimiento del dominio o propiedad de los templos de la Iglesia Católica, exceptuándose las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos, que con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1918 fueron financiados con fondos del erario nacional⁵.

Como se anticipó, la expresión cardinal a efectos de este estudio es la contenida en la proposición segunda del artículo 5 de la CU que reza lo siguiente: "El Estado no sostiene religión alguna". La expresión es contundente en sentar una organización estatal aconfesional -en un sentido definitorio- y, a la vez, es razonable adscribir a ello una exigencia de neutralidad en la actuación del Estado ante el fenómeno religioso. Así, aunque su relación es notoria, puede respectivamente distinguirse entre laicidad-separación y laicidad-neutralidad (Vázquez Alonso, 2012, p. 369, 370 y 424 y ss.). En constituciones de matriz liberal e igualitaria la primera es determinante de la segunda -por mera aplicación del principio de igualdad- y, a su turno, la segunda resulta en algún punto necesariamente resentida sin la primera.

En el sentido de aconfesionalidad, cabe apuntar que desde una perspectiva histórica efectivamente supuso la consolidación y consagración constitucional de una "separación" de la Iglesia Católica, aunque, bajo la vigencia de la Constitución de 1967 -de base liberal

5 La actualización del reconocimiento del dominio de bienes de la Iglesia Católica en 1967 hubiese tenido algún impacto si luego de la Constitución inmediatamente anterior de 1952 (vale reiterar, de texto idéntico en su artículo 5), el Estado efectivamente hubiese financiado la construcción de otros templos de la Iglesia Católica y hubiesen existido disputas sobre su titularidad. Por cierto, dicha financiación hubiese sido cuestionable ante el mandato de neutralidad consignado en la Constitución de 1952, salvo en el hipotético supuesto de disposición igualitaria para todas las confesiones o de razones fuertes para la diferenciación -como la afectación de sus bienes principales por una catástrofe o una situación similar-. Por cierto, en el primero de los casos, la sanción de un texto constitucional idéntico en 1967, que establece que el Estado no sostiene religión alguna, generaría una fuerte inconsistencia al únicamente reconocer el dominio a los de la Iglesia Católica. En fin, lo cierto es que nada de ello sucedió y que la reiteración de la oración en cuestión carece de sentido.

y republicana- y transcurridos más de cien años de tal definición en 1918, lo cierto es que resulta en buena medida extraño e innecesario.

En el segundo sentido referido, se argumentará que resulta más convincente la concepción de un modelo de neutralidad no absolutamente abstencionista⁶, pero sin dejar de reconocer lo controvertible del punto y, por tanto, la existencia de cierto margen para su determinación legislativa. En definitiva, no se trata de otra cosa que la igual consideración y respeto de los diferentes posicionamientos ante el fenómeno religioso -atendiendo al culto como nota característica-, que no es más que una manifestación de la igualdad ante las diferentes opciones no perniciosas que en cualquier materia los sujetos libremente escogen de conformidad con sus preferencias o convicciones.

b. Sobre la polémica oración segunda del artículo 5 de la Constitución: “El Estado no sostiene religión alguna”.

Más allá de la primera aproximación que viene de realizarse, es necesario interrogarse algo más sobre el sentido del precepto. ¿Qué significa que el Estado no sostiene ninguna religión?, ¿se refiere al Estado como asociación o comunidad política, al Estado como persona jurídica o al Estado como conjunto de personas jurídicas? ¿En qué sentidos una entidad puede “sostener” una religión? Para ensayar respuestas a las preguntas formuladas es necesario interpretar los términos de la oración conforme el método lógico, sistemático y teleológico, generalmente admitido para la interpretación de disposiciones constitucionales (Jiménez de Arechaga, 1991, p. 134 y ss.; Esteva, 2008, p. 261 y ss.; Cassinelli, 2010, p. 285; Risso Ferrand, 2014, p. 239-283; Gamarra, 2018, p. 195-196).

Así, ante todo se impone atribuir un sentido a la palabra “Estado” y a la expresión “no sostiene religión alguna”, en consideración sistemática y en sintonía con los fines trazados por la Constitución concebida como unidad.

Si se prescinde de la influencia histórica en la apreciación -lo que tiene particular sentido tratándose de disposiciones de la Constitución de 1967-, lo cierto es que resulta por lo menos curioso que se pretenda atribuir a una comunidad plural -como conglomerado de individuos diversos y con desacuerdos- una determinada religión o la ausencia de ella. En términos descriptivos es lisa y llanamente falso, a lo sumo podría serlo de una mayoría de personas en determinado momento. Es igualmente llamativo, un verdadero exceso de la analogía con los individuos que supone la ficción de la personalidad jurídica,

6 El término neutralidad se utiliza en su sentido natural y obvio, como ausencia de preferencia u opción por alguna de las partes o parcialidades en conflicto, como sinónimo de “imparcialidad”. La disputa entre posiciones versa sobre la posibilidad de ser neutral o imparcial -igualitario- adoptando en ciertos casos medidas activas o únicamente mediante la abstención u omisión. A partir de las distinciones entre modalidades de separación -benévola, neutral u hostil-, algunos autores estiman que la expresión “neutral” únicamente cabe para referir al escenario de un Estado absolutamente abstencionista. Así parece sostenerlo Korzeniak -aunque no es explícito sobre el punto- y Durán Martínez, para respectivamente afirmar o negar que quepa así caracterizar al modelo uruguayo de relacionamiento entre el Estado y las religiones (véase Korzeniak, 2008, p. 343-344; Durán Martínez, 2012, p. 280).

7 El análisis de los antecedentes de la Constitución de 1918 es sin dudas interesante en un sentido histórico, pero, según concibo, no puede tener incidencia en la interpretación de la Constitución vigente de 1967, que es una Constitución distinta, resultante de una reforma total de su predecesora de 1952. Ello es así, independientemente de que los textos del artículo 5 sean prácticamente idénticos en ambas Constituciones. Sobre la cuestionable relevancia de los antecedentes o “historia de la sanción” en la interpretación constitucional véase Gamarra (p. 2014, 57 y ss.) y de forma más matizada Cassinelli (2010). Sobre el error potenciado de considerar antecedentes de Constituciones pasadas véase Gamarra (2011). De todas formas, si resulta de interés desde la perspectiva de la historia constitucional uruguayo, puede accederse a un estudio de las discusiones y fórmulas en disputa en la Convención Nacional Constituyente de 1917 en Correa Freitas (2018, p. 104-107) o en Algorta del Castillo, E. (1983, p. 503 a 507).

que se pretenda asignar un posicionamiento religioso a una persona jurídica -Estado en sentido estricto- o a un conjunto de ellas -Estado en sentido amplio-.

Los primeros seis artículos de la Constitución, que conforman la Sección I denominada de "De la Nación y su soberanía", son definitorios del Estado-Nación como comunidad política jurídicamente organizada. Así, se mencionan sus elementos característicos bajo la teoría clásica en el artículo 1 -territorio y población- y en el artículo 4 -poder público-. En lo que aquí interesa, el artículo 5 se encuentra en la referida Sección y es el primero de la Constitución en el que es utilizada la palabra Estado⁸.

Precisamente, el término "Estado" conforma la expresión objeto de la interpretación que aquí principalmente interesa desarrollar, como se apuntó, afirmándose a su respecto que no sostiene religión alguna. En la misma disposición seguidamente se establece que reconoce el dominio de la Iglesia Católica de los templos construidos con fondos del Erario Nacional, lo que lo posiciona nítidamente como un sujeto de derecho, más precisamente, como una persona jurídica que formula una declaración de reconocimiento de un derecho ajeno. Así, de las diferentes acepciones en la que en la Constitución se utiliza la voz Estado en un sentido jurídico, como persona jurídica o conjunto de personas jurídicas, en el artículo 5 parece aludirse a la concepción más estricta -al Estado como persona pública mayor-.

Pese a ello, la precisión que viene de realizarse no tiene mayores implicancias. Los diferentes Entes Autónomos o Servicios Descentralizados son, según el caso, creados o desarrollados en sus competencias por actos legislativos -que suponen actuación del Estado en sentido estricto- y si bien los Gobiernos Departamentales tienen una mayor regulación constitucional, definitivamente la cuestión religiosa excede la materia departamental, no existe referencia alguna a la religión ni a las confesiones en las normas que los regulan y no podría por ley -como acto del Estado en sentido estricto- adicionarse una definición en ese sentido. Máxime considerando la libertad de cultos establecida en el artículo 5, la igualdad de consideración y respeto y el artículo 58 de la Constitución, que veda con carácter general cualquier actividad al servicio de parcialidades -incluidas las religiosas- en el ejercicio de la función pública.

Probablemente el punto más polémico en la materia consista en el alcance del giro "no sostiene religión alguna", que se predica expresamente respecto de la persona pública mayor, sin perjuicio de la extensión que viene de mencionarse respecto de los restantes sujetos estatales.

Lo primero que llama la atención es que se trata de una aserción, no de un enunciado prescriptivo. Así, el tenor literal más riguroso, conduce a considerar la formulación como una norma definitoria de una característica del Estado, su aconfesionalidad, por oposición a un Estado confesional, como lo fue el uruguayo durante la vigencia de la Constitución de 1830, que establecía que su religión era la Católica Apostólica Romana. Asumida la referida interpretación, de todas formas, es razonable sostener que implícitamente se veda la actuación Estatal que suponga una desnaturalización de la característica referida.

8 Ha sido así en las diversas constituciones uruguayas desde el cambio de denominación del Estado instrumentado a través del artículo 1 de la Carta de 1918. En efecto, en el artículo 1 de la Constitución de 1918 y de todas las Constituciones subsiguientes, hasta la vigente, se denomina al Estado "República Oriental del Uruguay", mientras que en el artículo 1 de la Constitución fundacional se lo denominaba precisamente "Estado Oriental del Uruguay".

Por su parte, el verbo sostener tiene diferentes significados (véase Ruocco, 2019, p. 668 y 669; Lorenzo, 1988, p. 156). Entre ellos, cabe destacar a las acepciones segunda y cuarta de la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española, que respectivamente consignan lo siguiente: (i) sustentar o defender una proposición -como sinónimo de defender, manifestar, declarar o proclamar, entre otras-, o (ii) prestar apoyo, dar aliento o auxilio -como sinónimo de amparar, acompañar, tutelar, proteger-.

Por su parte, también puede resultar controvertible el sentido de la voz "religión". En rigor, una religión es un conjunto de creencias acerca de alguna divinidad y únicamente en un sentido amplio podría identificarse con la organización o sujeto -contingente- que genera sus dogmas y gestiona sus cultos.

Si se interpreta estrictamente la palabra religión, de las acepciones posibles del verbo "sostener" previamente expuestas, la que cobra más sentido en su combinación es la de defender una proposición -las creencias así se formulan y exteriorizan-. Así, resulta natural defender, proclamar o manifestar un conjunto de creencias, mientras que no lo resulta tanto dar auxilio o apoyo a un conjunto de creencias. Parecería que en este último caso el empleo del término es más adecuado para referir a sujetos y no a convicciones o creencias.

Cajarville Peluffo ha entendido que debe considerarse la expresión en clave de prescripción y que, a efectos interpretativos, donde dice "no sostiene" debe leerse "no debe sostener" o "no puede legítimamente sostener". Seguidamente indica que no sostener ninguna religión supone no sustentar, prestar apoyo, alentar, auxiliar o dar lo necesario para el mantenimiento de religión alguna (Cajarville, 2008, p. 339) (véase también en términos muy similares, Semino, 2011, p. 225). En ese sentido, luego afirma que lo que se restringe es el fomento o auxilio de la actividad religiosa -de una, de varias o de todas las religiones- y que la oración final del propio artículo 5 -que dispone la exención impositiva inmobiliaria a los titulares de templos destinados al culto de religiones- debe considerarse una excepción a la regla que el mismo establece (Cajarville, 2008, p. 340) (en el mismo sentido Cassinelli, 2002, p. 112)⁹.

La interpretación que viene de presentarse es razonable, pero supone la adopción de varias opciones interpretativas no explicitadas o no del todo desarrolladas, como la relectura en clave prescriptiva de un enunciado asertivo, la preferencia por un determinado sentido de la voz "sostener", la ausencia de especificación del significado asignado a los términos "Estado" y "religión" y, según considero, una determinación de un contexto normativo particularmente acotado.

Es perfectamente admisible una lectura alternativa que postule que la expresión "El Estado no sostiene religión alguna" no es otra cosa que la definición por un Estado aconfesional, que no defiende ni proclama como suya ninguna religión -en contraste con la definición constitucional pasada de 1830- (véase Durán Martínez, 2012, p. 278). Si pretenden derivarse de ello algunas prescripciones, no deberían ser otras que las

9 Durán Martínez se opone a dicha concepción que denomina de "neutralidad" (Durán Martínez, 2012, p. 280). No creo que quepa así catalogar a la posición que critica, en parte lo que está en juego es precisamente una concepción de neutralidad como noción nuclear del concepto de laicidad. En fin, más allá de esa discrepancia terminológica, acierta Durán al indicar que del artículo 5 no resulta necesariamente excluyente de medidas positivas. Sin embargo, según concibo, no acierta en todas las implicancias que de ello deriva, sobre todo en materia de enseñanza pública, entre otras cosas, por la exigencia también constitucional dispuesta por el artículo 58.

siguientes: (a) la prohibición de aludir a una religión como oficial, de reconocer a autoridades religiosas potestad para la toma de decisiones estatales, la ilegitimidad de disponer desde el Estado la realización de actividades religiosas, de culto, celebraciones, de implementar templos estatales y contratar o designar sacerdotes, pastores, rabinos u otros referentes religiosos para que desempeñen funciones como tales -eso sería indudablemente adoptar alguna religión y constituye el núcleo de certeza de la expresión en cuestión-; (b) un mandato más abstracto de neutralidad, imparcialidad o de tratamiento igualitario de las diversas posiciones de las personas en materia religiosa, que no necesariamente supone abstención en todos los casos. Nótese que la preferencia o discriminación en el trato también puede razonablemente concebirse como la "adopción" implícita de alguna religión o bien de la posición arreligiosa o antirreligiosa.

El reconocimiento de la libertad de cultos y el tratamiento igualitario postulado impide que el Estado pueda establecer restricciones a sujetos exclusivamente por su condición religiosa, más allá de las dispuestas con generalidad y que les resulten aplicables en virtud de otras características. Sin embargo, como bien sostiene Cajarville, podría llegar a admitirse, como excepción, el desarrollo de algunas conductas generalmente vedadas si se realizan en el marco de un culto¹⁰ (Cajarville Peluffo 2008, p. 336). Es decir, no sería desigualitario considerar la nota propia de la actividad religiosa, que en lo que refiere a conductas externas no es otra que la realización de cultos -así lo exige la consignación específica de tal libertad-, a efectos de remover razonablemente prohibiciones. De más está decir, en la medida en que ello se disponga sin diferenciación entre religiones.

Con idéntico criterio, estimo que tampoco sería desigualitario establecer, con dicho alcance, auxilios económicos a efectos de posibilitar o facilitar el desarrollo de cultos, en atención a su carácter propio o característico y al reconocimiento de su libertad.

La diferenciación de los supuestos mencionados no se justifica. Remover o excepcionar una prohibición o conferir una ayuda supone en cualquier caso posibilitar una actividad -jurídica o materialmente-. La exclusión de este último escenario, postulada por Cajarville o Cassinelli, se funda en un particular significado atribuido a la expresión polisémica "no sostiene religión alguna", que resulta excluyente del auxilio, pero que no es el más adecuado desde una perspectiva literal y prescinde de consideraciones sistemáticas y teleológicas.

Desde una mirada contextual, la oración final del artículo 5 no sería una excepción, sino una manifestación de tratamiento neutral ajustada a la regla en cuestión, en la medida en que no supone desarrollar actividad religiosa como tal¹¹ y no se trata diferenciadamente a ninguna religión, sino que se establece la exoneración tributaria, por igual, respecto de todos los sujetos titulares de templos consagrados al culto de las diversas religiones (en similar sentido Ruocco, 2019, p. 669).

Podría alegarse que ello supone una desconsideración de eventuales organizaciones que asuman posiciones antirreligiosas o arreligiosas, pero, por definición, estas no desarrollan prácticas de culto o ritos. En relación con ese punto no se trata de situaciones

10 Con razonabilidad, desde luego, podría referir al uso de alguna sustancia en general restringida, por ejemplo, pero obviamente no a sacrificios humanos.

11 La exoneración tributaria supone el fomento o, más precisamente, la facilitación estatal de actividades -sobre todo en las que por ausencia de carácter comercial tienen obstáculos para su financiación-, pero ello definitivamente no significa realización de la actividad, ni siquiera en forma indirecta.

estrictamente equiparables, en la medida en que, naturalmente, no requieren de un local especial o adicional para ello¹². Así, en todo lo que no refiere a la situación de los templos destinados al culto, que es una nota propia de las religiones, no existen distinciones constitucionales con otros sujetos. Los inmuebles de titularidad de organizaciones religiosas destinados a la enseñanza, a la discusión de las posiciones o doctrinas o a la administración, entre otros posibles usos diversos de la celebración de cultos, definitivamente no resultan comprendidos por la exoneración de la oración final del artículo 5¹³.

En fin, conforme el método generalmente admitido de interpretación de disposiciones constitucionales, desde una debida aproximación sistemática que aspire a la armonización de las diferentes formulaciones, no parece atinado realizar una interpretación aislada de dos oraciones de un mismo artículo, para luego, sin que ningún término de ellas refiera a un carácter excepcional, postular que existe contradicción entre ellas y, por tanto, que deben considerarse como regla y excepción, por su respectiva generalidad y concreción y por consignarse ambas en un mismo acto jurídico -lo que impide el eventual recurso a la jerarquía o temporalidad para dirimir la contienda-.

Ante un enunciado que admite lecturas alternativas razonables -y vaya que lo admite-, los otros enunciados constitucionales -en este caso curiosamente uno contenido en el mismo artículo- deberían oficiar como parámetro de esclarecimiento, prefiriéndose la conciliación y no el conflicto.

Por su parte, si bajo una aproximación también sistemática y teleológica se tienen en cuenta los fines constitucionales de libertad y de igualdad de los individuos, consignada a su turno expresamente la libertad de cultos -e implícitamente la libertad religiosa que la comprende-, no parece justificarse una interpretación que por defecto le confiera un tratamiento diferente del asignado a otras especificaciones de la libertad, como la de pensamiento y política -incluso en lo que refiere a las opciones de afinidad partidaria-, la de conciencia, la ideológica o cualquier otra. Si se acude a la ampliación de las disposiciones que ofician como parámetro de apreciación contextual, considerando además de las propiamente constitucionales a las contenidas en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cierto es que tanto el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sientan una regulación común a la libertad religiosa y de conciencia -y a sus manifestaciones-, lo que también contribuye a desestimar la tesis de su consideración diferencial.

Es igualmente deleznable y reñido con la Constitución que el Estado esté al servicio de una religión, de un partido político o de una organización particular de cualquier naturaleza. Su deber es orientarse al interés general -no al de parcialidades- (artículo 7 de la CU), el de sus funcionarios -como se desarrollará- es servir a la Nación (artículo 58 de la CU) y ello exige conferir igual consideración y respeto a las singularidades no nocivas para terceros de las personas definidas en ejercicio de su libertad (artículos 8

12 Nótese que la posición antirreligiosa parece ser más fácilmente asimilable a otras de tipo filosófico o de reflexión intelectual, que a las propiamente religiosas.

13 Más allá de lo indicado, lo cierto es que las disquisiciones realizadas no tienen mayores consecuencias. De conformidad con el artículo 69, como se argumentará -véase infra 6.b-, la nota común de institución cultural determina un mismo tratamiento constitucional en materia de exenciones tributarias.

y 10 de la CU). No deberían ser diferentes las alternativas de conducta estatal en los supuestos reseñados, pues, ante la ausencia de un texto contundente que así lo disponga no tiene sentido postular una distinción.

En fin, aunque no se consigne expresamente en tales términos, tan cierto como que el Estado no sostiene religión alguna es que el Estado no sostiene parcialidad alguna -ideológica, política, gremial, sindical o de cualquier otra especie-. Ello no excluye la potestad de auxiliar, facilitar o adoptar otra clase de medidas activas respecto de ellas, en tanto no supongan el desarrollo estatal de la actividad, concurren razones de interés general, sean igualitariamente concebidas y no supongan proselitismo en los términos del artículo 58 de la Constitución -que más adelante se analizará-.

Debe tenerse presente que la tesis no absolutamente abstencionista -preferida por las razones expuestas- admite la legitimidad de ciertas medidas de acción, plurales e igualitarias, pero no se inhibe ni descarta la abstención como "medida". Es decir, la postura necesariamente abstencionista -que impone un deber absoluto de no hacer- impide alternativas de acción, pero no se postula aquí la solución inversa, es decir, la imposición absoluta de un hacer específico. Así, bajo la concepción ensayada, más allá de la restricción que refiere a la explicitación de una religión oficial o al desarrollo de actividad religiosa como tal -que supone un deber específico derivado de la expresión "no sostener religión alguna"-, no se establece un deber de hacer ni uno de no hacer concreto del Estado a partir del mandato de neutralidad, sino un deber abstracto de respeto de la libertad religiosa -con reconocimiento del culto como particularidad de las religiones- y de tratamiento igualitario de las distintas confesiones o posiciones de los individuos sobre la religión.

Sobre esas bases, en lo que refiere a las medidas disponibles, se le confiere al Estado potestad y se lo faculta para actuar o para no hacerlo -con discrecionalidad- en consideración de las circunstancias. Por supuesto que la abstención puede ser una opción perfectamente legítima, en ocasiones posiblemente la única que permita asegurar la igual consideración y respeto y ello, vale insistir, deberá apreciarse considerando las circunstancias fácticas en un determinado momento. Las únicas medidas efectivamente activas y de facilitación en la materia, indisponibles para el Estado -incluso a través de su actividad legislativa formal-, vienen determinadas por la propia Constitución en la aludida oración final del artículo 5.

Por último, más allá de que me resulta más convincente la interpretación del precepto previamente defendida, no puede dejar de reconocerse el carácter controversial de su significado y la razonabilidad de ambas lecturas. De ello se sigue el reconocimiento de margen al legislador (Gamarra, 2018, p. 321 y ss.) para determinar una u otra solución de neutralidad en atención a los escenarios de cada tiempo.

Vale insistir, lo que está indisputadamente vedado por la Constitución es profesar una religión oficialmente o realizar actividad religiosa estatal y proferir un trato desigualitario -preferencial o discriminatorio- entre quienes profesan unas u otras religiones o entre quienes las niegan o repudian -que no es otra cosa que proyección en la especie del principio de igualdad, de la libertad de conciencia, de religión y de cultos-. Fuera de ese entendimiento elemental, de conformidad con el principio democrático y, de su mano, con la deferencia a la actuación legislativa, no cabría la declaración jurisdiccional de

inconstitucionalidad de una ley que se pronunciase por una neutralidad en el sentido de la necesaria abstención estatal, que no desconozca las medidas constitucionalmente dispuestas, desde luego, o por una lectura tolerante de medidas positivas igualitarias más allá de ellas respecto de todas las posiciones religiosas -reconociendo la peculiaridad del culto como fenómeno- y de las negadoras de la religión.

3. El Estado no sostiene parcialidad alguna. Servicio a la Nación e ilicitud del proselitismo de cualquier especie en el ejercicio de la función pública.

Corresponde ahora realizar una interpretación del artículo 58 de la Constitución. En la primera oración del inciso primero establece que "Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política". En la segunda oración dispone que "En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función" y, luego agrega, "reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie". Por su parte, el inciso segundo del artículo dispone que "No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes"¹⁴.

La prohibición de tareas ajenas a la función pública durante su ejercicio, del proselitismo de los funcionarios y la exigencia de su servicio a la Nación -al interés general de la comunidad- y no al de parcialidades o fracciones -aunque se alude únicamente a las políticas-, son concreciones de un mandato de neutralidad en el ejercicio de la función pública indispensable para la orientación del Estado al bien común -de la colectividad toda- como fin último.

Según concibo, desde la perspectiva referida, el artículo 58 se funda en cuatro razones más específicas: (i) la especial posición del Estado a través de sus agentes frente a los individuos a los que políticamente representa y sirve, el respeto de sus opciones libres y la tutela de la igualdad -como en el artículo 5 en materia religiosa-, (ii) la relación funcional y las diferentes posiciones jerárquicas entre los funcionarios, evitando injerencias o afectaciones a la conciencia moral y cívica de los subordinados -como se establece, con carácter general, en el artículo 54 respecto de obreros y empleados-, (iii) la eficiencia en el desarrollo de las funciones y, por último, (iv) una pretensión de que los funcionarios, que en su inmensa mayoría permanecen aunque cambie la orientación política de los gobiernos, sean serviciales al desarrollo de la gestión en el sentido democráticamente escogido.

Recientemente analicé la disposición que aquí interesa como elemento central de una ponencia que resultó publicada por la Cámara de Representantes (Gamarra, 2022). Por razones de brevedad, recapitularé los puntos centrales y, sin perjuicio de alguna reflexión adicional, me remitiré en lo demás al trabajo previo sobre el tema.

14 El artículo 58 de la Constitución vigente reitera en idénticos términos el artículo 58 de la Constitución de 1952. La primera disposición que refirió al carácter servicial de la Nación y a la prohibición del proselitismo se introdujo en la Constitución de 1934 (artículo 57 inciso primero) y rezaba lo siguiente: "Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y horas de trabajo la actividad proselitista será ilícita y, como tal, reprimida por la Ley".

El artículo 58 de la Constitución se dirige a los funcionarios públicos, regula su conducta en tanto tales y, por tanto, el primer desafío interpretativo consiste en atribuir sentido a la expresión "funcionarios" para delimitar así el alcance subjetivo de la disposición. En este sentido, ante una concepción constitucional amplia de funcionario público (Sayagués Laso, 2002, p. 256 y 257, Martins, 1993, p. 531; Delpiazzi, 2005, p. 343 y 344) y ausencia de distinciones en la formulación, cabe concluir que se refiere a todos ellos, independientemente de la función estatal que desempeñan -administrativa, legislativa o jurisdiccional-, del mecanismo de designación o elección, de su carácter de carrera, político o de particular confianza, de su vinculación estable o en virtud de relaciones a término.

Cabe detraer de la interpretación de la formulación un deber genérico de servir a la Nación y, luego, tres prohibiciones o deberes de no hacer de los funcionarios públicos que suponen en algún sentido concreción de aquel.

En primer lugar, se afirma que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. Se trata de una derivación respecto de los funcionarios públicos, de la normativa constitucional que sienta la soberanía nacional, el propósito estatal último de interés general y la forma republicana de Gobierno -artículos 4, 7, 72 y 82 de la CU- que, a su turno, supone respeto de la libertad de los individuos y tratamiento igualitario -artículos 7, 8 y 10 de la CU-.

También en este caso -como en la oración segunda del artículo 5-, más allá de la deficiencia en la formulación, tiene sentido concebir que no se pretende meramente describir sino prescribir el servicio de los funcionarios a la comunidad toda y no a parcialidades. Si bien en un sentido negativo es cierto que únicamente se esclarece que no están al servicio de fracciones políticas -probablemente por tratarse de uno de los supuestos patológicos más frecuentes, por la mediación de los partidos en las democracias representativas-, el servicio a la Nación que se postula en primer término descarta en un régimen liberal e igualitario el servicio a cualquier clase de parcialidad.

En segundo lugar, se prohíbe la realización de actividades ajenas a la función en los horarios y lugares de trabajo, es decir, mientras se desempeñan como funcionarios y -aunque se trata de un supuesto de remota ocurrencia- se prohíben las actividades particulares en las oficinas o recintos estatales incluso fuera del referido ejercicio. La restricción mencionada es de justificación difícilmente cuestionable. Si un individuo es designado o elegido para realizar una función, lo que debe hacer es desempeñarla y no otra cosa, debe servir a la comunidad y no utilizar su posición en beneficio de algún grupo o de sus intereses privados. Una exigencia de tales características es elemental y resulta esperable también en la contratación de trabajadores o en el arrendamiento de servicios por parte de empleadores del sector privado.

La tercera prohibición refiere a las actividades proselitistas -también en las horas y lugares de trabajo¹⁵- y es en cierta medida innecesaria porque se encuentra subsumida, no solo en el deber de servir a la Nación, sino también en la prohibición que viene de mencionarse. Se trata de una prohibición más específica, a lo sumo con eventual impacto

15 Por supuesto que la restricción referida se encuentra perfectamente acotada y que fuera de los horarios y lugares de trabajo rige en general la libertad, política -de integración y participación de partidos, sectores o grupos políticos- (Gross Espiell, 1969, p. 148), religiosa y de conciencia.

de esclarecimiento y énfasis, en tanto, como se apuntó, se veda con generalidad la actividad ajena a la función y la actividad proselitista es extraña a ella. El proselitismo es el celo por captar partidarios o adeptos a una doctrina, parcialidad o facción y no es concebible el desarrollo de cualquier actividad estatal con tal propósito, al servicio de parcialidades y no de la colectividad. Pueden existir actividades ajenas a la función no proselitistas -también prohibidas-, pero toda actividad proselitista es ajena a la función pública -vale insistir, al servicio de todos-.

Podría matizarse esta afirmación si se concibe como una excepción lo previsto en el artículo 71 de la Constitución, concretamente en lo que refiere a la exigencia de especial atención a la formación del carácter moral y cívico de los alumnos en la enseñanza oficial. Debe tenerse presente que se refiere al carácter, es decir, a la formación de una aptitud o actitud más que a la capacitación en saberes. De todas formas, más allá de lo indicado, una presentación de contenidos es inevitable y parecería que no se pretende en este caso una posición de neutralidad.

Una educación en ciudadanía, aunque idealmente informativa de la realidad en toda su complejidad, supone cierto compromiso con una moral y civismo objetivado a través del ordenamiento jurídico uruguayo. Fundamentalmente a partir de las bases axiológicas establecidas en la Constitución y, destacadamente entre ellas, los mínimos necesarios para determinar la dignidad que se expresan como derechos fundamentales y la concepción democrática y republicana del Gobierno -con énfasis en la participación política-. En ese sentido, parece que efectivamente se prefiere una doctrina, pero con la salvedad de que resulta razonablemente atribuida a toda la comunidad -a la Nación- en tanto contenida en su pacto común fundamental¹⁶.

Por último, en relación con la prohibición de proselitismo, más allá de su relativa claridad en abstracto, pueden ocurrir discrepancias en su interpretación en concreto -en el marco de casos-¹⁷. Así, puede resultar discutible si una acción en principio trivial, como portar una prenda o un símbolo alusivo a una parcialidad, puede considerarse o no dirigida a captar adeptos. Según el tipo de función de que se trate una misma conducta puede ser valorada de diferente forma. A modo de ejemplo, no debería ponderarse de la misma manera la situación de un docente de primaria y la de uno universitario o la de un funcionario que se relaciona con público y la de uno que no lo hace.

Pueden generarse también dificultades al definir el alcance de la restricción por problemas de delimitación espacial y temporal del desempeño de la función derivados del uso de tecnologías, por la posibilidad del trabajo desde el hogar u otros lugares particulares o por la efectiva accesibilidad en redes digitales más allá de un horario delimitado.

Asimismo, resultan complejos ciertos casos en los que la escisión del ejercicio de la función -por su propia naturaleza- y la vida particular no se presenta siempre con nitidez. Tal es el caso de funcionarios electos o políticos que ejercen la representación de la Nación y del Estado. En dichos casos, a su vez, se genera la dificultad adicional de su identificación con partidos políticos que defienden determinados principios y que deben implementar programas de gobierno, que resultaron la base del debate en campaña

16 Véase en similar sentido Rotondo (2012, p. 98), Fata (1988, p. 28) y Jiménez de Aréchaga (1991, p. 306).

17 Sobre interpretación en abstracto y en concreto véase Guastini (2014, p. 33 a 36).

con otras parcialidades y que encarnan un posicionamiento ideológico. Representan a la colectividad en su conjunto y deben actuar de conformidad con el interés general, pero no puede soslayarse su elección por una parte y su concreta forma de apuntar a su consecución. Otro supuesto particular es el de aquellos funcionarios que además ejercen función jurisdiccional, de los que destacadamente se espera una actitud de imparcialidad por resultar de la esencia de su actividad.

Sin perjuicio de lo indicado, sobre esas y otras bases, por diferentes razones relacionadas con las características de la función y el poder con el que cuentan, la Constitución específicamente establece una exigencia más intensa de neutralidad de ciertos funcionarios, concretamente vedando determinadas acciones que suponen posicionamientos políticos, sin acotar el constreñimiento al horario y lugar de trabajo -a diferencia de lo establecido en el artículo 58-.

Así, en el artículo 77 ordinal 4° dispone que los magistrados judiciales¹⁸, miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas, Directores de Entes Autónomos y de Servicios Descentralizados, militares en actividad y funcionarios policiales, deben abstenerse de cualquier actividad de carácter político -léase político partidario (Cassinelli, 2010, p. 227)- con la excepción del voto. Por su parte, el mismo artículo en su ordinal 5° establece que el Presidente de la República y los miembros de la Corte Electoral no pueden formar parte de comisiones o clubes políticos, integrar órganos directivos de partidos ni, en lo que aquí más interesa, intervenir de ninguna forma en propaganda política de carácter electoral¹⁹.

En los casos que vienen de mencionarse la restricción de proselitismo se amplifica en el entendido de que las funciones referidas exigen una neutralidad respecto de actividades o posicionamientos políticos más allá del ejercicio de la función o, si se prefiere, por concebirse que la función supone una investidura que no cesa salvo en la intimidad, "de tiempo completo".

18 En el caso de los jueces, la ley establece una restricción que abarca más supuestos -formulada con más abstracción- que los que emergen expresamente del artículo 77 ordinal 4° de la Constitución. En efecto, el ordinal 4° del artículo 94 de la Ley N° 15.570, incorporado en la redacción conferida al artículo por la Ley N° 19.830 en su artículo 5, establece que los jueces se abstendrán de "todo comportamiento, acción o expresión que afecte la confianza en su imparcialidad".

19 La restricción mencionada en último término genera interrogantes interesantes y tuvo cierta resonancia recientemente, a partir de la defensa de la Ley N° 19.889 por el Presidente de la República Lacalle Pou ante la interposición de un recurso de referéndum para dejar sin efecto varios de sus artículos. Como se indicó, la prohibición del ordinal 5° del artículo 77 refiere a la propaganda, como acción orientada a captar adeptos o seguidores -nótese que coincide con el significado de proselitismo previamente analizado-, exclusivamente en materia de política de carácter electoral. Así, para determinar el sentido de la limitación resulta necesario pronunciarse sobre el alcance del término "electoral", que admite una acepción estricta -referente a elecciones de cargos públicos representativos a través de partidos- y una más amplia -que referiría también a participación directa en instancias de referéndum o de plebiscito-. Por razones de extensión, no cabe aquí realizar un desarrollo de la fundamentación, pero, por la mayor naturalidad en el uso del término y por razones contextuales y de finalidad, adelanto que entiendo más convincente considerar que se restringe la propaganda política en el marco de elecciones de las que participan partidos. Eso no significa que no pueda resultar vedada otra clase de "propaganda" en virtud de otra normativa constitucional, pues, como se desarrolló previamente, con carácter general se establece la igual consideración y respeto, el servicio a la Nación de los funcionarios y se prohíbe el proselitismo. Según concibo, más allá de la dificultad por la doble condición del Presidente de la República, en tanto Jefe de Estado e integrante destacado de la Jefatura de Gobierno, me parece inconcebible que no pueda discutir y sentar posición sobre su política -en virtud de la cual se postuló como presidenciable- y sobre los actos jurídicos necesarios para su desarrollo, incluso ante propuestas de reforma constitucional o instancias de referéndum, de eso se trata gobernar y rendir cuentas. Distinto es el caso de los ministros de la Corte Electoral -también referidos por el artículo 77 ordinal 5°-. Su función es en parte jurisdiccional y requiere especialmente de confianza en la imparcialidad en su desempeño. Así, aunque se considere que el precepto que viene de mencionarse refiere exclusivamente a la propaganda electoral en un sentido estricto -como se sugirió-, el posicionamiento proselitista de los ministros de la Corte Electoral en el marco de una instancia de decisión colectiva directa como un referéndum o plebiscito, que deben organizar, procesar y eventualmente juzgar, parece inaceptable bajo los artículos generales referidos que exigen igualdad y servicio a la Nación. En ese entendido, tal posicionamiento parcial se encontraría vedado independientemente de lo dispuesto por el artículo 77 ordinal 5°.

5. Sobre los artículos 5 y 58 considerados conjuntamente.

El artículo 5 de la Constitución se dirige al Estado como persona jurídica -al menos directamente-, veda la alusión a una religión oficial, toda actividad religiosa estatal e impone un mandato de neutralidad exclusivamente en la materia; mientras que el artículo 58 se dirige a los funcionarios del Estado y de otras personas jurídicas estatales, en el ejercicio de sus funciones y, en términos generales, consigna el servicio a la Nación y la neutralidad en alusión a cualquier tipo de parcialidad -incluidas aquellas religiosas-.

Independientemente del diferente alcance subjetivo, en tanto se interpretó la expresión "funcionarios" en un sentido amplio y las personas jurídicas no obran sino a través de las personas físicas -funcionarios- que sirven de soporte a sus órganos, en puridad, la exigencia del artículo 5 -razonablemente derivada de la afirmación de no sostener religión alguna- opera como una especificación de una solución más general, pues se encuentra subsumida en el deber de neutralidad más ampliamente consignado en el artículo 58, con fundamento también en el principio de igualdad y en la libertad de conciencia.

En efecto, si se considera un escenario contextual completo, lo cierto es que el trato estatal igualitario y de respeto de las opciones no perniciosas de los individuos en ejercicio de su libertad -artículos 7, 8 y 10 de la CU-, tanto como el servicio a la Nación de los funcionarios públicos y del Estado -artículos 4, 58 y 82 de la CU- conforman una parte nuclear del discurso constitucional. Así, el artículo 5 no hace otra cosa que concretar dicha solución en materia religiosa. De más está decir, ello en su postulación central, sin perjuicio de resabios de aspectos sobre titularidad de inmuebles actualmente inocuas -que se mantienen en la disposición constitucional vigente- y de contener una norma de facilitación a través de una exoneración tributaria que, como se vio, conspira contra la lectura que postula un mandato de neutralidad exclusivamente a través de la abstención.

6. ¿La laicidad es un principio constitucional? Deber de neutralidad de los funcionarios públicos y del Estado y derecho de los individuos a un tratamiento respetuoso e igualitario de sus convicciones

La utilización del término "principio" es en buena medida problemática por la pluralidad de acepciones del término²⁰ y de propósitos que se persiguen con su invocación. En este caso, a la ausencia de univocidad referida debe añadirse la de la propia voz laicidad, que, como se mencionó, también admite diferentes concepciones.

Pese a ello, no veo mayor inconveniente en denominar "principio de laicidad" a la norma que determina el deber de neutralidad o imparcialidad estatal en materia religiosa o la que establece más ampliamente el deber de neutralidad estatal y de los funcionarios públicos respecto de aspectos de conciencia -de cualquier especie, incluida la religiosa-, respectivamente resultantes de lo dispuesto por los artículos 5 y 58 de la Constitución. Por las razones indicadas introductoriamente y las desarrolladas sobre la

20 Véase al respecto, por muchos, Carrió (1990, p. 210-212) y Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 3-4).

relación interpretativa entre las cláusulas constitucionales relevantes, preferí a efectos de este trabajo la alternativa de mayor alcance.

Incluso teniendo en cuenta la conraindicación derivada de su posible concepción más estricta, parece de utilidad referir al "principio de laicidad" a partir de los enunciados referidos, como norma que comprende parte del contenido del principio de igualdad, concretamente para referir al tratamiento estatal respetuoso e igualitario en materia de creencias o convicciones de cualquier índole (en similar sentido véase Richino, 1988, p. 31).

Debe tenerse presente que, en el plano de la normativa legal, el artículo 17 de la Ley N° 18.437 efectivamente refiere a un "principio de laicidad", concretamente en el ámbito de la educación pública, asumiendo una concepción amplia y de consideración íntegra y crítica en "todos los temas"²¹. De todas formas, lo que aquí interesa es pronunciarse sobre la existencia de un principio "constitucional", es decir, que tenga fuente en la Constitución como acto jurídico y no en la ley.

Más allá de su alusión como "principio", que podría concederse en este caso por su difícilmente cuestionable carácter fundamental y axiológico -sin ingresar en discusiones más complejas sobre su naturaleza-, lo relevante es la identificación de disposiciones constitucionales que sientan un deber del Estado y de los funcionarios públicos, que es relativamente abstracto, pero que indudablemente despliega efectos jurídicos y genera consecuencias que conviene brevemente analizar.

Así, la actuación jurídica estatal expedida en contravención del referido deber debe reputarse ilegítima y, por lo tanto, según el tipo de acto de que se trate, resulta susceptible de un diferente tratamiento para su extinción o el cese de su eficacia en algún sentido. Así, en el caso de leyes o Decretos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción cabe su inaplicación exclusivamente mediante su declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia. En el caso de actos administrativos cabe su revocación administrativa, su inaplicación (por cualquier magistrado u órgano jurisdiccional) o su anulación jurisdiccional (por el TCA).

El incumplimiento del deber de neutralidad -léase de tratamiento respetuoso e igualitario- y de la prohibición de proselitismo por parte de funcionarios en ejercicio de función administrativa supone una infracción que genera la incursión en responsabilidad disciplinaria, resultando de aplicación las sanciones que correspondan de conformidad con los desarrollos infra constitucionales. Nótese que la normativa constitucional sienta un deber y con él la ilegitimidad de la conducta opuesta a la compelida, pero no establece la sanción aplicable, que viene a disponerse en virtud de normativa inferior.

Por su parte, aunque su configuración parece remota, ante un supuesto de ilicitud, de configurarse un daño causalmente ligado al incumplimiento del deber de neutralidad o tratamiento igualitario, podría generarse responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios.

Por último, en la medida en que la vulneración del referido deber supone un trato desigual respecto de algunas personas -las que fueron desconsideradas al manifestarse

21 El artículo 17 de la Ley N° 18.437 establece lo siguiente: "(De la laicidad).- El principio de laicidad asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias".

desde el aparato estatal por una preferencia diferente a las suyas-, se configura una vulneración de su derecho a la igualdad -a ser igualmente considerados²². En ese sentido, aplican los remedios generales ante lesiones de derechos. De ser posible, el afectado podría requerir administrativa o jurisdiccionalmente que se considere y confiera similar tratamiento a su posición omitida o, según el caso, únicamente exigir que se remueva la manifestación en beneficio de la parcialidad ajena si es que todavía persiste.

Es de esa manera que el llamado "principio de laicidad", que no es otra cosa que un deber del Estado y de los agentes estatales a conferir un tratamiento respetuoso e igualitario a los individuos, independientemente de sus convicciones, se encarna en afectaciones puntuales o directas de los sujetos desconsiderados en sus concepciones, posibilitando el ejercicio y tutela jurisdiccional de derechos correlativos o acciones para desencadenar el cese de la ilegitimidad, la eventual reparación de los perjuicios generados por ella o la corrección de los infractores.

7. La "laicidad" con algo, solo algo, más de concreción

Realizada una interpretación en abstracto sobre las disposiciones que refieren a la igualdad de trato y respeto estatal de las diferentes convicciones o creencias de los individuos, es decir, sin disponer ni manifestar preferencias o repudios en virtud de ellas -laicidad en un sentido amplio-, cabe brevemente reflexionar sobre algunas de sus proyecciones algo más concretas en materia de exoneraciones tributarias, de utilización de espacios públicos con fines ornamentales y de homenaje y en la educación pública.

En definitiva, se trata en buena medida de especificaciones del principio de igualdad -ligado al respeto de las opciones individuales no perniciosas-, y cabe en estos casos acudir a las categorías previstas para su valoración, como la apreciación de razones de interés general, la razonabilidad de los criterios de distinción y la proporcionalidad de las medidas. Sin embargo, no se pretende aquí un análisis de casos concretos, que son los que suelen generar mayores disputas. Estimo que todavía cabe realizar algunas reflexiones sobre algunas proyecciones de la normativa constitucional relevante en determinadas materias, pero sin llegar a un análisis tópico.

En ese sentido, aunque un desarrollo completo de cada uno de los temas sugeridos requería un análisis más profundo, incorporando además la normativa subordinada a la Constitución y el manejo de casos, supongo que puede ser de utilidad realizar algunas consideraciones, algo más concretas, pero todavía bajo una mirada constitucional general.

(a) *"Laicidad" e instalación de monumentos, símbolos o referencias a parcialidades en los espacios públicos.* En principio, en lo que refiere al uso de espacios públicos, podría sostenerse que el mandato de neutralidad puede cumplirse impidiendo su utilización para la instalación de monumentos o símbolos alusivos a cualquier parcialidad o bien,

22 Ruocco alude expresamente a un derecho a la laicidad, aunque lo circunscribe al trato no discriminatorio en materia de creencias religiosas o de su ausencia -en el sentido más estricto del término- (Ruocco, 2019, p. 659).

alternativamente, autorizándose respecto de cualquier parcialidad sin discriminación alguna entre aquellas lícitas²³.

Sin embargo, es inimaginable una ciudad sin identidad cultural, sin denominaciones de calles o de plazas, sin monumentos que refieran a su historia, a su cultura, en definitiva, a la construcción de la vida en común de la colectividad. Ello inevitablemente se nutre de parcialidades de opinión o creencias, pues, aunque puedan existir algunos casos de figuras o aspectos que las trascienden, la comunidad se conforma de una pluralidad de partes entre las que suelen existir diversidad y desacuerdos. La primera opción es imposible de concebir en ciudades existentes y es incluso difícil de concebir en ciudades que puedan en el futuro ser creadas.

Así, la discusión debe fundamentalmente recaer sobre la forma de "asignar" igualitariamente la instalación de monumentos o referencias que aluden a parcialidades en los espacios públicos -en forma más o menos directa-, que no son pocos, pero tampoco son ilimitados, y que tienen diferente valor o niveles de preferencia por su visibilidad, impacto y significación, teniendo además en cuenta los aspectos urbanísticos y las características y entidad de los monumentos.

En ese sentido, en cualquier procedimiento para definir la instalación de un monumento o símbolo las autoridades competentes -generalmente las Intendencias y las Juntas Departamentales- deberían considerar factores como los referidos y propender a una cierta equidad, en atención a los monumentos o denominaciones existentes y la disponibilidad de espacios razonablemente equiparables para atender a las diferentes parcialidades, idealmente en consulta con ellas.

Aunque la ausencia de todo monumento o referencia a parcialidades en espacios públicos se descartó como solución general, ante supuestos conflictivos y de dificultades de soluciones asimilables para las diferentes facciones en cuestión, por distintas razones, la negativa a la autorización puede resultar una respuesta atendible.

(b) "*Laicidad*" y *exoneraciones tributarias*. Como se indicó en los epígrafes previos, el artículo 5 de la Constitución establece un supuesto de exención tributaria respecto de los titulares de derechos sobre inmuebles consagrados al culto de cualquier religión. Ello obviamente supone una medida de facilitación de la actividad religiosa consignada constitucionalmente, que tiene una implicancia interpretativa para descartar que la Constitución reniegue de medidas positivas a su respecto, pero su relevancia debe matizarse en tanto el artículo 69 establece con un mayor alcance una exoneración de todo tributo a las instituciones culturales²⁴, entre las que cabe incluir a las religiosas²⁵.

La tesis de la inclusión de las instituciones religiosas en la exoneración establecida en el artículo 69, en tanto instituciones culturales, requiere de una mayor justificación. En un sentido amplio es notorio que la voz "cultural" -alusiva a costumbres y tradiciones

23 Entiendo que esta última solución es legítima en tanto no contraviene los artículos 5 y 58 de la CU, pues no parece que suponga "sostener una religión", ni siquiera en el caso de que se trate de un monumento alusivo a una religión -ante una diversidad de usos de espacios por parcialidades de la más distinta naturaleza-, ni proselitismo de funcionarios.

24 El artículo 69 de la Constitución establece lo siguiente: "Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios".

25 Según concibo, así adecuadamente se interpreta en la normativa de menor valor y fuerza que la constitucional, en la medida en que se cumpla con ciertas formalidades. Véase artículo 448 de la Ley N° 16.226 y el Decreto del Poder Ejecutivo N° 166/008 -especialmente su artículo 3-.

de una comunidad- comprende a la religión, a tal punto que en la propia Constitución se denomina a sus manifestaciones como "culto". Sin embargo, es cierto que en una acepción más estricta su referencia puede resultar controvertida.

La instancia de valoración contextual podría en una primera aproximación -ligera- conducir a cuestionar la comprensión de las instituciones religiosas bajo el artículo 69, pues podría estimarse redundante o trivial la exoneración de inmuebles prevista en el artículo 5. Sin embargo, ello no es así por varias razones. La primera de ellas es que la superposición no es necesaria. El artículo 5 de la Constitución exime de impuestos a los titulares de derechos sobre inmuebles destinados al culto, pero puede que ellos no sean instituciones religiosas sino otros sujetos particulares que bajo algún título autorizan su uso a alguna de ellas. La segunda es que, aun asumiendo la existencia de una coincidencia plena, lo cierto es que las redundancias no son problemáticas -como sí lo son las contradicciones normativas- (Nino, 2014, ubicación 1269) y su pretensión de erradicación interpretativa es a lo sumo una razón débil de preferencia, que cede ante otras más fuertes.

Una consideración sistemática más detenida conduce a identificar deficiencias de la lectura excluyente de las instituciones religiosas del elenco de las culturales. Nótese que se establece constitucionalmente la libertad de cultos y un mandato de neutralidad o igualdad, pero lo cierto es que en la tesis bajo análisis se le terminaría confirmando a los sujetos que estructuran, organizan o facilitan religiones un tratamiento de menor consideración que otros que realizan actividades análogas -asimilables en todo lo que no supone la práctica de un culto-, incluidos los de reflexión filosófica arreligiosa o incluso antirreligiosa -que son incuestionablemente culturales-. Por dicha razón, ante dos interpretaciones literales posibles debe preferirse la que sienta una solución respetuosa de la igualdad y de la libertad religiosa, de conciencia y de cultos.

(c) *"Laicidad" y educación pública o enseñanza oficial.* Se ensayó previamente una interpretación del artículo 5 que no determina una posición absolutamente abstencionista -excluyente de la facilitación o auxilio- para asegurar la neutralidad estatal en materia religiosa. Sin embargo, se indicó la existencia de un núcleo de certeza de la formulación que impide la realización de actividades religiosas oficiales y se la relacionó además con el artículo 58 de la Constitución que, con mayor abstracción, establece el servicio de los funcionarios a la Nación -y no de parcialidades religiosas, ideológicas, partidarias, sindicales o cualquier otra especie- y que más ampliamente veda el proselitismo de los funcionarios.

Así, en el plano de la enseñanza oficial y gratuita -como se la denomina en el artículo 71 de la Constitución- la posición abstencionista en la materia deviene necesaria. La enseñanza de una religión -tanto como la de una ideología o de una doctrina partidaria- es indefectiblemente proselitista, necesariamente realizada por religiosos o por militantes -que serían en la hipótesis servidores públicos- y ello resulta notoriamente inconciliable con el deber estatal de no sostener ninguna religión -incluso en el sentido más estricto propiciado, de profesarla-, con el servicio de los funcionarios a la Nación en su conjunto y con la prohibición del proselitismo.

Las religiones o ideologías excluyen -por definición- la consideración abierta de posiciones contrarias o críticas, por ello suponen proselitismo y no son conciliables con

una concepción plural e íntegra en el abordaje de los temas objeto de estudio que, en desarrollo consistente de los lineamientos constitucionales, los artículos 15 y 17 de la Ley N° 18.473 exigen al referir a la laicidad como principio de la educación estatal.

No cambia la situación si de alguna manera se posibilita la enseñanza de muchas religiones o ideologías, serían todas ellas manifestaciones proselitistas ilegítimas, pero, además, ello tendría dificultades instrumentales incompatibles con un elemental tratamiento igualitario. En un tema tan sensible, de conciencia, convicciones y de formación de menores y jóvenes, si fuesen a considerarse activamente preferencias no deberían excluirse las de nadie y razones pragmáticas impiden organizar tantos cursos como posibles opciones de conciencia de los padres de los alumnos o de los alumnos -en caso de que sean mayores-²⁶.

La libertad religiosa, la de conciencia y su enseñanza tienen campo fértil e incluso abonado -como lo denota el otorgamiento constitucional de beneficios tributarios- fuera de la esfera pública, a través de instituciones especializadas o incluso en el plano familiar. La solución constitucional no las desampara, desde luego, pero excluye la prestación efectiva desde la enseñanza oficial que, por cierto, ante un panorama como el referido carece de toda justificación. Sería mucho mayor el perjuicio en caso de que se visualice la preeminencia de una posición estatal religiosa o ideológica -nada menos que en la educación de menores y jóvenes-, que la que se genera con la abstención completa. La igualdad de consideración y respeto parece resentirse fuertemente y sin remedio si se perciben preferencias del Estado en la materia.

Conclusiones

1.- A efectos del presente trabajo de interpretación constitucional se prefirió no ensayar definiciones sobre el controversial concepto de laicidad -ni de laicismo- sino, ante la ausencia de toda alusión al término, asumir una tesis amplia a su respecto para delimitar extensivamente y con propósito sistemático las formulaciones objeto de análisis. En ese sentido, se propuso fundamentalmente una interpretación de los artículos 5 y 58 de la Constitución vigente, sin perjuicio de otras disposiciones relevantes para una necesaria apreciación contextual y teleológica.

2.- El artículo 5 de la Constitución, en lo que aquí principalmente interesa, establece que el Estado "no sostiene religión alguna" y dispone una exoneración impositiva de los inmuebles destinados al culto de las religiones, lo que supone una medida constitucional de facilitación de dicha actividad. De los significados de atribución posible a la expresión no sostener una religión, predicada del Estado en una Sección que precisamente refiere a su caracterización, el más convincente es el que deriva de tal aserción una definición no confesional.

26 En contra Durán Martínez (2012). Según concibo, en su análisis -como siempre sugerente y muy bien fundado- no confiere suficiente relevancia al artículo 58 de la Constitución. Asimismo, adopta una tesis mayoritaria para definir qué religión o religiones podrían enseñarse oficialmente que considero difícil de aceptar en términos igualitarios y que no se condice del todo con la posición que asume acerca de la importancia de la formación en cuestión. Parece más consistente -y proporcionado- bregar por auxilios para asistir a prestadores privados, si es que por alguna razón se estima políticamente que no resulta suficiente con los estímulos tributarios existentes, para no generar exclusiones por pertenecer a una minoría.

Bajo una interpretación en clave prescriptiva, de ello se sigue lo siguiente: (a) que se impide que se proclame una religión oficial y que se realicen actividades religiosas estatales -proselitistas por definición- y (b) que se establece un mandato amplio de neutralidad o tratamiento igualitario en la materia. Es decir, por un lado, se sienta la separación como elemento de la definición del tipo de Estado y, por el otro, la neutralidad como mandato de actuación.

Por razones literales, en tanto el sentido más natural de la expresión "no sostener religión alguna" es el de no profesar o defender una o varias religiones, y también por razones de consideración sistemática -particularmente en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 5-, la exigencia de imparcialidad no necesariamente excluye la posibilidad de adopción de medidas estatales activas, desde luego, en tanto sean igualitarias, proporcionadas y no configuren en sí mismas una forma de manifestación religiosa.

Nótese que la oración final del artículo en cuestión establece una medida concreta de facilitación -en lo que refiere a los "cultos"- y no tiene sentido postular su excepcionalidad ante la ausencia de toda referencia a tal carácter, en lugar de asumir su valor contextual con propósito esclarecedor ante alternativas interpretativas razonables. A su vez, debe tenerse presente que en la Carta no se establece restricción semejante respecto de otras manifestaciones de conciencia o ideológicas y no tiene sentido determinar innecesariamente una diferenciación en detrimento de la igualdad como fin constitucional.

3.- Al consignarse expresamente la libertad de cultos en la Constitución, y además facilitarse su desarrollo, se reconoce que la práctica de los "cultos" es una nota propia de las religiones que puede ser considerada a efectos de la adopción de medidas estatales favorables para el ejercicio de dicha libertad. Ora contemplando razonablemente excepciones a prohibiciones generales a tales efectos, ora estableciendo alguna clase de facilitación -como en la oración final del artículo 5-. Así, de conformidad con una apreciación igualitaria, cabe apuntar que más allá de los aspectos relativos al culto como característica especial o adicional, no debería distinguirse en ningún sentido a las organizaciones religiosas de otras análogas -como las culturales, en general- en virtud de sus comunes notas restantes.

4.- La interpretación que viene de postularse es la que se estima mejor justificada de conformidad con el método de interpretación de disposiciones constitucionales generalmente admitido, sin embargo, debe reconocerse que se trata de un punto lo suficientemente controvertido -fundamentalmente dada la polisemia de la voz "sostener" y de la expresión "sostener una religión"- como para reconocer margen de apreciación al legislador en su definición.

5.- Por su parte, el artículo 58 se dirige a los funcionarios públicos en un sentido amplio -cuya voluntad es necesaria para conformar la estatal- y establece su servicio a la Nación -a la colectividad en su conjunto y no a parcialidades- vedando en ese sentido cualquier especie de proselitismo. Así, la normativa constitucional, respetuosa de la libertad y de la igualdad de los individuos y sus preferencias, determina que el Estado y sus funcionarios -cuando ejercen como tales- no solo "no sostienen" religión alguna, sino que "no sostienen" parcialidad alguna cualquiera sea su naturaleza. Bajo esta consideración, la oración segunda del artículo 5 no es otra cosa que especificación de una solución constitucional más general.

6.- Aunque carece de consagración como tal en la Constitución, no es infrecuente que se aluda a un "principio de laicidad" con dicha fuente. Por los mismos motivos invocados al delimitar el objeto de este trabajo, no veo inconveniente en así denominar al deber de neutralidad del Estado y de los funcionarios en materia religiosa, ideológica, o de conciencia, derivado de los artículos 5 y 58 de la Constitución, que no es otra cosa que el deber de conferir un trato respetuoso e igualitario de los individuos que libremente y sin nocividad prefieren u adoptan unas u otras.

Ante el incumplimiento de un mandato como el referido, naturalmente, se generan una serie de deberes de autoridades administrativas o jurisdiccionales -de eventual sanción de funcionarios, inaplicación, revocación, anulación o adopción de nuevos actos jurídicos-, y acciones o derechos de los sujetos lesionados en su igualdad, por resultar desconsiderados en sus concepciones.

7.- Por último, se intentó realizar algunas consideraciones con mayor nivel de concreción, todavía bajo una interpretación constitucional general, sin aludir a casos, pero especificando al menos en algo en lo que refiere a ciertas materias que suscitan particular interés.

Respecto de la autorización de instalación de símbolos, monumentos o referencias a parcialidades en el espacio público, en la medida en que es difícil concebir el desarrollo de un pueblo o ciudad sin referencia a su historia y cultura -que supone acción en el tiempo de diferentes parcialidades-, la política de absoluta abstención no parece atendible como solución general, de modo que debe cumplirse con el mandato de neutralidad asegurando un tratamiento igualitario en términos de "asignación" de espacios.

No se trata de un escenario del núcleo duro de los artículos 5 y 58 de la CU, pues no puede inferirse de la instalación plural de múltiples referencias de posiciones religiosas, ideológicas o de opciones negadoras de ellas, ni que el Estado "sostiene alguna religión", ni tampoco proselitismo de funcionarios públicos. Así, según viene de mencionarse, debe enmarcarse el análisis en la precisión del alcance del mandato de neutralidad. Ante las dificultades reseñadas de la plena abstención, potenciada en pueblos o ciudades que efectivamente se desarrollaron con determinados monumentos o símbolos referentes a parcialidades, se impone una gestión igualitaria de los recursos o espacios. Para ello deberían desarrollarse procedimientos que permitan considerar las instalaciones presentes en la urbanización y la existencia de espacios de similares características para tratar equitativamente a las distintas parcialidades. En caso de que por alguna razón ello no resulte posible o revista demasiada complejidad, la abstención puede resultar una solución perfectamente adecuada.

Respecto de las exoneraciones tributarias, se indicó previamente que el artículo 5 de la CU no supone la restricción de medidas de facilitación o auxilio estatal igualitario de actividades religiosas -necesariamente privadas-, pero lo cierto es que el artículo 69 viene a establecer una solución que efectivamente así lo determina, con mayor amplitud, al disponer sobre el punto respecto de una categoría más abstracta. En efecto, los sujetos que estructuran organizaciones de reflexión filosófica, ideológica, religiosa, política o similares son "instituciones culturales" y resultan, por tanto, beneficiados por la exoneración de todo tributo nacional o municipal -departamental- que la formulación referida establece. La expresión "instituciones culturales" en un sentido amplio comprende a las religiosas

y debe sistemáticamente preferirse tal concepción, en la medida en que la alternativa más restrictiva generaría una diferenciación injustificada respecto de otras instituciones asimilables -incluidas, eventualmente, las de reflexión antirreligiosa-.

Por último, en lo que refiere a la enseñanza oficial, la solución constitucional es la indefectible abstención de toda educación religiosa estatal. Por supuesto que ello no impide referencias históricas, geográficas o sociológicas a la religión, pero definitivamente excluye toda enseñanza de religión como tal. No sólo porque impartir cursos con ese contenido supondría "sostener alguna religión" -en cualquier sentido posible de la expresión- en contravención del núcleo de certeza del artículo 5 de la CU, sino porque implicaría también servicio a parcialidades y proselitismo de funcionarios -vedados por el artículo 58 de la CU-. Por cierto, de más está decir, esto último excluye también la enseñanza dogmática de ideologías, de posiciones partidarias y, en general, de convicciones propias de parcialidades de cualquier tipo.

Además de su ilegitimidad por las razones antedichas, lo cierto es que tampoco sería posible implementar una alternativa prestacional, igualitaria, que contemple las convicciones de todos los estudiantes -o de sus padres o tutores-, de modo que también por ello la solución sería violatoria de los artículos 5, 8 y 58 de la Constitución.

Referencias bibliográficas:

- 38 ■
- Algorta del Castillo, E. (1983). *Calificación Jurídica del Estado uruguayo en materia religiosa*, Tesis, Universidad de Navarra, disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/10318/1/CDIC_II_14.pdf
- Atiienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Edit. Ariel, Barcelona.
- Barbé Delacroix, J.M (1988). "Laicismo y laicidad. Manifestaciones contemporáneas", *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Serie núm. 7, Montevideo.
- Cagnoni, J. A. (1988). "Conceptos de Laicidad y Laicismo", *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Serie núm. 7, Montevideo.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, FCU, Montevideo.
- Carrió, G. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Cassinelli Muñoz, H. (2002). *Derecho Público*, FCU, Montevideo.
- (2010). "La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución", en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- (2010). "Prohibiciones constitucionales a los jueces", en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- Correa Freitas, R. (2018). "La laicidad del Estado en la Constituyente de 1917", en *Anuario del Área Socio-Jurídica*, Montevideo, Uruguay.

- Da Silveira, P. (2012). "Libertad de enseñanza, libertad religiosa, secularización y laicidad: límites confusos y falsas asociaciones", *Páginas de Educación*, vol.5, n.1, pp.17-35. ISSN 1688-7468.
- Delpiazzo, C. (2005). *Derecho Administrativo Uruguayo*, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Durán Martínez, A. (2012). "Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo", *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley Uruguay.
- Esteva Galicchio, E. (2008). "La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya", en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, Zaldívar Lelo de Larrea, A. y Ferrer MacGregor, E. (coord.), UNAM – Marcial Pons.
- Fata. R. (1988). "Manifestaciones del principio de laicidad en la enseñanza", *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Serie núm. 7, Montevideo.
- Gamarrá, D. (2011). "La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo", en *Revista Estudios de Derecho Administrativo*, Número 4, La Ley Uruguay, Montevideo.
- (2014). "Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo", en *Revista la Justicia Uruguaya*, Año LXXV, Tomo 149, Edit. La Ley Uruguay.
- (2018). *La interpretación de la Constitución y la ley. Jueces, derechos y democracia*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- (2022). "La neutralidad ideológica del Estado", en *Conferencias alusivas al día de la Laicidad*, Palacio Legislativo, 7 de abril de 2022, División Medios Gráficos de la Cámara de Representantes.
- Gros Espiell, H. (2006). "El laicismo Hoy. Crisis y Actualidad", en *Revista Relaciones*, número 263, Montevideo. También disponible en Serie Convivencias, LXIV: <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/0604/laicismo.htm#top>
- (1969). "Los partidos políticos en la Constitución uruguaya", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 164, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1991). *La Constitución Nacional*. Tomo I, Edición de la Cámara de Senadores.
- Korzeniak, J. (2008). Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional, FCU, Montevideo.
- Lorenzo, S. (1988). "Calificación del Estado uruguayo en materia religiosa", *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Serie núm. 7, Montevideo.

- Martins, D. H. (1993). *Constitución y Administración*, Industrias Gráficas Nuevo Siglo Ltda, Montevideo.
- Nino, C. (2010). *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª Edición 15ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Edición en formato digital. Amazon Kindle.
- Richino, Á. (1988). "Vigencia del principio de laicidad". *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad. Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie* núm. 7, Montevideo.
- Risso Ferrand, M. (2014). "Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad uruguaya", en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.
- Rotondo, F. (2010). "La religión en la educación pública uruguaya: régimen legal", en *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Vol. 9, número 17.
- Ruocco, G. (2019). "Laicidad estatal y la garantía de la libertad religiosa", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, Número 275. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.275-2.71489>
- Sayagués Laso, E. (2002), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8ª Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo
- Semino, M. Á. (2011), "Libertad religiosa y laicidad", en *Estudios Constitucionales en honor a Héctor Gros Espiell*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- Vázquez, C. (1988). "Calificación del Estado uruguayo en materia religiosa", *Jornadas sobre Estado de Derecho, Educación y Laicidad, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie* núm. 7, Montevideo.
- Vázquez Alonso, V. (2012). *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

GONZALO F. IGLESIAS ROSSINI

Universidad de la República (Uruguay)

gfi2@georgetown.edu

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9264-6658>

Recibido: 16/05/2024 - Aceptado: 21/08/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:
Iglesias Rossini, Gonzalo F. (2024). Los delitos ambientales en Uruguay. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e462. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.2>

Los delitos ambientales en Uruguay

41

Resumen: Actualmente el Código Penal uruguayo no prevé un título específico sobre los delitos ambientales, donde se tipifiquen delitos cuyo bien jurídico protegido sea el ambiente. Sin embargo, esta realidad podría cambiar en unos meses de aprobarse el Proyecto de Ley sobre delitos ambientales, que cuenta con media sanción al haber sido aprobado por la Cámara de Senadores. Fuera del Código Penal existe un único delito ambiental, previsto en el artículo 9 de la Ley N° 17.220, de 11 de noviembre de 1999, que prevé el delito de introducción de desechos peligrosos. En el presente artículo se analizará el concepto de delitos ambientales, sus características, y un análisis sobre el referido Proyecto de Ley, aportando las experiencias del autor como corredactor de la versión original del referido Proyecto de Ley remitida por el Poder Ejecutivo al Parlamento.

Palabras clave: Derecho penal; Derecho Ambiental; Delitos ambientales.

Environmental crimes in Uruguay

Abstract: Currently, the Uruguayan Criminal Code does not provide a specific title on environmental crimes, which regulates crimes whose protected legal asset is the environment. However, this reality could change in a few months if the Bill on environmental crimes is approved, which has been approved by the Senate. Outside the Penal Code there is a single environmental crime, in Section 9 of Law No. 17,220, of November 11, 1999, which regulates the introduction of hazardous wastes. In this article the author will analyze the concept of environmental crimes, its characteristics, and an analysis of the aforementioned Bill, providing the experiences of the author, as co-editor of the original version sent by the Executive Branch to the Parliament.

Keywords: Criminal Law; Environmental Law; Environmental crimes.

42



Crimes ambientais no Uruguai

Resumo: Atualmente o Código Penal Uruguaio não prevê um título específico sobre crimes ambientais, onde são classificados os crimes cujo bem jurídico protegido é o meio ambiente. Porém, essa realidade poderá mudar em alguns meses caso seja aprovado o Projeto de Lei sobre crimes ambientais, que conta com meia sanção tendo sido aprovado pelo Senado. Fora do Código Penal existe um único crime ambiental, previsto no artigo 9º da Lei nº 17.220, de 11 de novembro de 1999, que dispõe sobre o crime de introdução de resíduos perigosos. Este artigo analisará o conceito de crimes ambientais, suas características e uma análise do referido Projeto de Lei, fornecendo as experiências do autor como coeditor da versão original do referido Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Parlamento.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Ambiental; Crimes ambientais.

1. Introducción

La solución de tipificar delitos contra el ambiente no ha tenido una unánime acogida en el Derecho comparado (Vercher, 2003, p. 227). Claramente han existido y continúan existiendo distintas posiciones doctrinarias que se oponen a tal solución; principalmente desde el Derecho Penal, en virtud de que los esquemas clásicos del Derecho Ambiental alteran los postulados clásicos de dicho Derecho Penal. En este sentido, existe cierto sector doctrinario que considera que la tipificación de estos delitos, hacen temblar los cimientos garantistas que caracterizaban al Derecho Penal (Sessano Goenaga, 2002).

Todo esto forma parte de una antigua discusión sobre si el Derecho Penal es la materia idónea para proteger el ambiente. Esto, por cuanto tradicionalmente la protección del ambiente ha sido canalizada a través del Derecho Administrativo (Plascencia Villanueva, R., 1998). Reflejo de ello son las diversas normas de protección del ambiente, que incluyen la protección de sus componentes, como el aire, agua, suelo, fauna, flora, etc.

Sin perjuicio de ello, se ha argumentado que la normativa administrativa no es suficiente, por lo que sería necesario contar con normas penales, que dispusieran delitos ambientales. Esto fue argumentado en la Comisión de la Cámara de Representantes al tratar el Proyecto de Ley de delitos ambientales, en la que se argumentó lo siguiente:

Sin dudas, lo que está pasando en el Uruguay y en el mundo es que muchas veces las normas administrativas que establecen sanciones, multas o suspensión de actividades no llegan a ser lo suficientemente fuertes como para impedir, evitar o prevenir las conductas que afectan el ambiente. Obviamente, esto empezó en Europa -luego vamos a detallar algunos antecedentes-, en países como Alemania o España. Luego continuó en América Latina con el avance de normas vinculadas con el ambiente que se incluían en el Derecho Penal. Sin embargo, en Uruguay no hemos avanzado en el tema. Nos hemos quedado un poco rezagados al punto tal de que hoy Argentina, Brasil, Paraguay y Chile, es decir, toda la región, tienen normas penales ambientales -ni qué hablar de Europa u otras regiones del planeta- y Uruguay es casi una excepción en el continente. En nuestro país no hay normas penales que tengan como objeto de protección el ambiente, la biodiversidad, la fauna, la flora o los recursos naturales¹.

43

Como menciona la doctrina, no puede desconocerse que el Derecho Penal opera en una sociedad en donde las necesidades cambian con el tiempo, y en la cual el ser humano desarrolla nuevas actividades y genera nuevos riesgos para la propia convivencia social. Es aquí donde el Derecho reacciona tipificando delitos contra el ambiente (Ossandón Widow, 2003, p. 380).

Existe cierta tendencia en el Derecho comparado en tipificar delitos contra el ambiente, ya sea en: (i) títulos o capítulos específicos dentro del Código Penal (Colombia, Ecuador, España, Paraguay, Perú, entre otros); (ii) en leyes ambientales ya existentes (Uruguay); o en una ley específica sobre delitos ambientales ("Ley Penal del Ambiente" en Venezuela). Siguiendo esta tendencia, existe en Uruguay un Proyecto de Ley de delitos contra el ambiente, actualmente a estudio de la Cámara de Representantes, y con media sanción de la Cámara de Senadores. Es importante destacar el "Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relativas al disfrute de un medio

1 Ver: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquigraficas/representantes/49/1769/0/CAR>

ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible sobre su misión al Uruguay”². En dicho informe se concluye que: “El Uruguay debería actuar rápidamente para promulgar el proyecto de ley sobre los delitos contra el medio ambiente”.

II. Los delitos contra el ambiente

Debe resaltarse que los delitos contra el ambiente se limitan a delitos que justamente tengan como bien jurídico tutelado el ambiente. En este sentido, dejaríamos de lado la protección indirecta que recibe el ambiente a través de otros bienes jurídicos protegidos, como la salud.

Tal como se menciona en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre delitos ambientales: “El ambiente o medio ambiente es hoy un bien jurídico único e independiente, reconocido por la doctrina por la doctrina y las normas internacionales. En nuestro Derecho, cuenta con reconocimiento constitucional expreso, desde la reforma de la Constitución promulgada en 1997.”

La doctrina destaca que para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico- penal, deben cumplirse dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal (Mir Puig, p. 209).

En otras palabras, sólo los bienes jurídicos de mayor relevancia para la convivencia social y cuya protección sea insuficiente por otras ramas del derecho, son los que deberían ser tutelados por el Derecho Penal (Amelia Aguirre, 2008, 361).

Uno de los fundamentos para sostener que este bien jurídico es merecedor de tutela penal es que constituye justamente una de las condiciones para la supervivencia de la humanidad (Ossandón Widow, 2003, p. 389). Partimos entonces de la base de la importancia de este bien jurídico, ya que, si no protegemos el ambiente en donde habitamos, no sólo las generaciones actuales, sino también las generaciones futuras verán comprometida la supervivencia (Amelia Aguirre, 2008, p. 365), o en el mejor de los casos verían disminuida la posibilidad de tener una calidad de vida adecuada.

En virtud de lo expuesto, no quedan dudas entonces que la protección del agua, el suelo, la atmósfera, la biodiversidad, así como otros componentes del ambiente merecen ser preservados.

De todos modos, debemos advertir al lector que como señala la doctrina, debe realizarse un análisis pormenorizado de la tipificación de este tipo de delitos, atacándose únicamente los delitos más graves, que no podrían ser atacados a través de la responsabilidad administrativa o civil (Passos de Freitas, 2009, p. 62). De lo contrario, estaríamos utilizando el aparato más represivo, desconociendo los principios de represión mínima y *ultima ratio*, pilares de un Estado de Derecho (Amelia Aguirre, 2008, p. 363).

La tendencia es entonces proteger el ambiente de forma autónoma, dejándose entonces de lado la protección del mismo de forma indirecta (concepción antropocéntrica) a través de figuras penales que tengan como fin la protección de otros bienes jurídicos (como la vida o la salud), pasándose a una protección directa (Amelia Aguirre, 2008, p. 376).

2 Ver: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2018/08/G1802532.pdf>

III. Normas que reconocen la existencia de delitos ambientales en el ordenamiento jurídico uruguayo

Aunque no hubiera sido necesario preverlo expresamente, diversas normas ambientales reconocen la posibilidad de que existan delitos ambientales en nuestro derecho positivo. A continuación analizaremos cada una de ellas.

a. La Constitución de la República

El inciso primero del artículo 47 de la Constitución de la República reconoce genéricamente que la ley podrá prever sanciones para los transgresores que causen depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente. En este sentido, implícitamente se reconoce implícitamente que podrían existir sanciones penales, en la medida que es también un tipo de sanción, de conformidad con el artículo 1 del Código Penal.

El artículo 1 del Código Penal define al delito como: “toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción.”.

b. Ley de Evaluación de Impacto Ambiental

El artículo 3 de la Ley N° 16.466, de 19 de enero de 1994 (“Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”) establece que es deber fundamental de toda persona, física o jurídica, abstenerse de todo acto que cause impacto ambiental que se traduzca en depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente.

El artículo 4 de la Ley N° 16.466 reconoce también la existencia de sanciones penales, como consecuencia de quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente: “Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente en violación de lo establecido por los artículos de la presente ley, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuere posible, de las acciones conducentes a su recomposición.

Cuando los perjuicios ocasionados por dicha violación sean irreversibles, el responsable de los mismos deberá hacerse cargo de todas las medidas tendientes a su máxima reducción o mitigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder.”.

c. La Ley del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas

La Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000 (“Ley del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas”) también reconoce la posibilidad de que existan delitos ambientales en nuestro ordenamiento jurídico. En particular, el artículo 19 prevé un régimen de agravantes para los efectos administrativos y civiles de ciertas infracciones cometidas dentro de las áreas naturales protegidas, aclarando que esto será “sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales”.

IV. La falta de existencia de delitos ambientales en el Código Penal uruguayo

Es importante resaltar que el Código Penal uruguayo no prevé la existencia de delitos ambientales; es decir, delitos en donde el bien jurídico protegido sea el ambiente. Es importante hacer esta aclaración ya que muchas veces existen algunos otros delitos que aunque pareciera ser que buscan proteger el ambiente (como bien jurídico), en realidad la finalidad es otra. A continuación analizaremos cada uno de estos delitos.

a. El delito de caza abusiva

El artículo 357 del Código Penal regula el delito de “caza abusiva”, incluido dentro del Capítulo V – Delitos contra la propiedad inmueble del Título XIII – Delitos contra la propiedad; lo cual de cierta forma ya nos aclara cuál es el bien jurídico protegido (propiedad), y no la protección de la fauna o biodiversidad.

Dicho artículo aclara que: “Con la misma pena será castigado el que cazare en fundo ajeno, contra la expresa prohibición del legítimo ocupante.”. La pena a la que hace referencia dicho artículo es la del artículo 356 del Código Penal (Penetración ilegítima en el fundo ajeno), la cual va desde 10 U.R. (diez Unidades Reajustables) a 100 U.R. (cien Unidades Reajustables) de multa.

En virtud de lo expuesto, es claro que lo que se busca proteger o mejor dicho, prohibir, es la entrada ilegítima en la propiedad inmueble (con la finalidad de cazar), sin hacer proteger directamente la fauna o la biodiversidad.

b. Envenenamiento o adulteración de aguas o productos destinados a la alimentación pública

El artículo 218 del Código Penal prevé el delito de “Envenenamiento o adulteración de aguas o productos destinados a la alimentación pública”, dentro del Título VII – Delitos contra la salud pública.

Dicho artículo establece que: “El que envenenare o adulterare, en forma peligrosa para la salud, las aguas o sustancias destinadas a la alimentación pública, con o sin lesión efectiva de tales bienes, será castigado con doce meses de prisión a dieciséis años de penitenciaría.”.

Asimismo, el artículo 225 del Código Penal prevé que: “El envenenamiento o adulteración culpables de las aguas o sustancias destinadas a la alimentación, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.”

En virtud de lo expuesto, es claro que lo que busca proteger este artículo es la salud pública, y no el ambiente. Esto se desprende que la protección está relacionada con un cúmulo de aguas muy acotadas (destinadas a la alimentación pública), dejándose potencialmente por fuera otras aguas, que pueden tener cierto valor desde el punto de vista ecosistémico, y que podrían no estar destinadas a la alimentación pública.

c. Incendio

El artículo 206 del Código Penal prevé el delito de incendio, dentro del Título VI – Delitos contra la Seguridad Pública. Dicho artículo indica que: “El que, en cosa ajena o propia, mueble o inmueble, suscitare una llama con peligro de la seguridad de las personas o bienes de los demás, o con lesión efectiva de tales derechos, será castigado con doce meses de prisión a dieciséis años de penitenciaría.”

Asimismo, el artículo 211 del Código Penal prevé los delitos de incendio y estrago culpables, estableciendo que: “El incendio y el estrago culpables, serán castigados con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Constituye una circunstancia agravante de este delito, la circunstancia de que del hecho resulte la muerte o la lesión de varias personas.”

En virtud de lo expuesto, es claro que lo que busca proteger estos delitos es la seguridad pública, y no el ambiente.

V. Las faltas contra la salubridad pública

El artículo 364 del Código Penal prevé ciertas faltas contra la salubridad pública. Entre ellas destacamos las siguientes:

- (i) Arrojar basura en lugares no habilitados: el que arrojar o esparciere basura en la vía pública o en lugares inapropiados o no destinados a esos efectos específicos.
- (ii) Vandalismo con los depósitos de basura: el que provocare deterioro, rotura o incendio en los depósitos de basura.

47

VI. El delito previsto en el artículo 9 la Ley N° 17.220

La doctrina destaca que el único delito típicamente ambiental se encuentra regulado fuera del Código Penal, en el artículo 9 de la Ley N° 17.220.

Dicho artículo establece que: “El que introdujere en cualquier forma o bajo cualquier régimen en zonas sometidas a la jurisdicción nacional, los desechos peligrosos definidos en el artículo 3° de la presente ley, será castigado con doce meses de prisión a doce años de penitenciaría.

Son circunstancias agravantes especiales:

- 1) Si del hecho resultare la muerte o la lesión de una o varias personas.
- 2) Si del hecho resultare un daño al medio ambiente”.

VII. Dificultades para tipificar delitos contra el ambiente

Dificultades vinculadas con las personas que cometen los delitos

Respecto a este punto, es importante destacar muchas veces estos delitos son cometidos mayoritariamente por personas jurídicas. Por lo tanto, deben enfrentarse las barreras de la responsabilidad penal individual a la hora de tipificar este tipo de delitos (De la Cuesta Arzamendi, 1998, p. 288).

En otras palabras, la tipificación de los delitos contra el ambiente viene de la mano de una seria discusión sobre la responsabilidad de la persona jurídica. Excedería el presente estudio desarrollar la temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, existen algunas ideas que nos gustaría resaltar.

Tal como menciona la doctrina, la persona jurídica “funciona” a través de una o varias personas físicas. De algún modo esta sería la ficción que permitiría por lo tanto responsabilizar penalmente a alguna persona jurídica. Así, en el Derecho Comparado, se ha buscado solucionar esta problemática por ejemplo responsabilizando a los directores, administradores, gerentes, por los actos cometidos por las personas jurídicas que éstos representan (Plascencia Villanueva, 1998).

A. La norma penal en blanco

La doctrina destaca que los delitos ambientales es muy difícil realizar una exhaustiva descripción del comportamiento del agente, sin remitir a disposiciones externas, a normas y conceptos técnicos (Passos de Freitas, 2009, p. 63).

Es por ello que la doctrina ha resaltado que los delitos contra el ambiente se han tipificado generalmente a través de leyes penales en blanco. Esta ha sido una de las grandes críticas que ha tenido que enfrentar este tipo de delitos, al remitirse necesariamente a leyes administrativas para llenar el tipo penal. Principalmente por lo poco técnico que son las leyes penales, y por contraposición, lo necesariamente técnico que es el Derecho Ambiental (Plascencia Villanueva, 1998, p. 188).

Es por esto por lo que, a pesar de sus críticas, la doctrina destaca en los delitos ambientales la norma penal en blanco es totalmente necesaria (Passos de Freitas, 2009, p. 64); en virtud de que este sería el único modelo apto para la regulación de esta materia (el Derecho Ambiental) y otras materias o actividades especialmente complejas (especialmente técnicas), que han sido previamente reguladas en sede extrapenal (Ossandón Widow, 2003, p. 391).

B. Los delitos de peligro

Otra de las mayores dificultades con que enfrenta la tipificación de delitos contra el ambiente son los delitos de peligro (De la Cuesta Arzamendi, 1998, p. 288). Como señala la doctrina, la protección penal ambiental se adapta mejor a los delitos de peligro, que se consuma con la simple posibilidad de daño (Passos de Freitas, 2009, p. 65). Es decir, los delitos contra el ambiente muchas veces recurren a los delitos de peligro, no siendo necesaria la efectiva lesión del bien jurídico tutelado (Cafferatta, 2011, p. 1483).

C. La dificultad probatoria

La doctrina señala otra de las dificultades con que cuenta la tipificación de este tipo de delitos, es la dificultad probatoria de la causalidad y del dolo en este tipo de delitos (De la Cuesta Arzamendi, 1998, p. 288). Esto, debido a la complejidad de la prueba, que exige conocimientos técnicos, análisis interdisciplinarios e insumos costosos (Amelia Aguirre, 2008, 366).

Por otro lado, en muchos casos la comunidad científica aún no ha avanzado en la constatación de las consecuencias que múltiples actividades generan sobre el ambiente o la salud humana; lo que conlleva a la dificultad comprobar el daño o posible daño (peligro) (Amelia Aguirre, 2008, 366).

VIII. Proyectos de Ley que buscan incorporar delitos ambientales

A. Antecedentes

En general, estos proyectos de ley han buscado incorporar los delitos ambientales en el Código Penal uruguayo, y no se inclinan por crear una ley específica sobre delitos ambientales (como ocurre en algunos países del Derecho comparado), o incorporar estos delitos en leyes ambientales (como ocurre con el delito previsto en la Ley N° 17.220).

- a. Proyecto de Ley presentado por el Diputado Gustavo Penadés, de 24 de abril de 2003 (Cámara de Representantes, Carpeta N° 2978 de 2003).
- b. Proyecto de Código Penal (Cámara de Representantes, Carpeta N° 486 de 2010).
- c. Proyecto de Ley presentado por Gerardo Amarilla, José Andrés Arocena y Rodrigo Goñi, de 5 de agosto de 2015 (Cámara de Representantes, Carpeta N° 367 de 2015).
- d. Mensaje y Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo, de 22 de octubre de 2015 (Cámara de Representantes, Carpeta N° 566 de 2015).
- e. Mensaje y Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo, 1 de febrero de 2017 (Cámara de Representantes, de 2017)
- f. Proyecto de Ley presentado por Gerardo Amarilla, Juan Martín Rodríguez, Alejo Umpiérrez, Diego Eheverría, Mario Colman, Christian Morel, Francisco Ortiz, Iván Posada, Eduardo Lust Hitta (Cámara de Representantes, Carpeta N° 569 de 2020. Repartido N° 203, de agosto de 2020).
- g. Proyecto de Ley presentado por Oscar Andrade, Eduardo Bonomi, Charles Carrera Leal, Amanda Della Ventura, Liliam Kechichian, Sandra Lazo, José Carlos Mahía, Lauro Meléndez, Silvia Nene Vincon, Liliana Queijo Luisi, Elena Liliana, Enrique Rubio, Lucía Topolansky (Cámara de Senadores, Carpeta N° 323/2020).

En el siguiente apartado se analizará este último Proyecto de Ley, en la medida que cuenta con media sanción, y se espera que sea aprobado en esta legislatura, según ha trascendido en prensa.

B. El Proyecto de Ley que cuenta con media sanción

A continuación analizaremos el Proyecto de Ley que ya cuenta con media sanción, al haber sido aprobado por parte de la Cámara de Senadores³. Si bien al día de la redacción de este artículo dicho proyecto se encuentra en la Comisión de la Cámara de Representantes, es de esperar que el mismo sea aprobado.

El Proyecto de Ley busca incorporar un título específico sobre los delitos contra el ambiente (Título XIV. Delitos contra el ambiente), siguiendo las recomendaciones de la doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado (Casaux, 2007, p.23). Es decir, de aprobarse dicho Proyecto de Ley, se incorporaría un título específico en donde se incluyen diversos delitos cuyo bien jurídico protegido sería el ambiente.

Los delitos que se incorporarían en el Título XIV se dividen en los siguientes capítulos que analizaremos a continuación: (i) Capítulo I. Delitos de contaminación; (ii) Capítulo II. Delitos contra la biodiversidad; (iii) Capítulo III. Delitos contra la gestión ambiental; y (iv) Capítulo IV. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes.

a. Delitos de contaminación

El Capítulo I incluye dentro del elenco de delitos de contaminación, delitos de contaminación del aire, contaminación de las aguas, contaminación del suelo, contaminación por residuos o sustancias, introducción ilegal de desechos peligrosos, así como por circunstancias agravantes especiales. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

a.1. Contaminación del aire

El artículo 359 ter del Proyecto de Ley dispone que: “El que en violación a las leyes nacionales de protección del ambiente, liberare o emitiera al aire o a la atmósfera, directa o indirectamente, sustancias, materiales o energía en contravención a los decretos reglamentarios de dichas leyes, que causaren o pudieran causar daños sustanciales a la calidad del aire o a al ambiente, será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría.”

En el derecho positivo uruguayo, la ley fundamental en materia de protección del aire es la Ley N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000 (“Ley General de Protección del Ambiente”). El artículo 1 de la Ley N° 17.283 incluye a la protección de la calidad del aire dentro del elenco de materias que forman parte de la declaración de interés general contenida en el artículo 47 de la Constitución de la República.

Asimismo, el artículo 17 de la Ley N° 17.283 bajo el acápite de “Calidad del aire” establece lo siguiente: “Queda prohibido liberar o emitir a la atmósfera, directa o indirectamente, sustancias, materiales o energía, por encima de los límites máximos o en contravención de las condiciones que establezca el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.

3 Ver: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/148333>

A tales efectos, dicho Ministerio tendrá en cuenta los niveles o situaciones que puedan poner en peligro la salud humana, animal o vegetal, deteriorar el ambiente o provocar riesgos, daños o molestias graves a seres vivos o bienes.”

El artículo 17 de la Ley N° 17.283 ha sido además reglamentado por el Decreto N° 135/021, de 4 de mayo de 2021 (“Reglamento de calidad del aire”), cuyo objetivo es de conformidad con el artículo 1: “la protección del ambiente a través de la prevención de la contaminación del aire, mediante el establecimiento de objetivos de calidad de aire para disminuir los riesgos para la salud humana y los ecosistemas, y la fijación de límites máximos de emisión, tanto para fuentes fijas como móviles.”

El artículo 2 del Decreto N° 135/021 establece – en consonancia con el artículo 17 de la Ley N° 17.283 – la prohibición de “liberar o emitir a la atmósfera, directa o indirectamente, sustancias, materiales o energía, por encima de los límites máximos o en contravención de lo que se establece en este reglamento o de lo que disponga el Ministerio de Ambiente.”. Asimismo, el artículo 3 del Decreto N° 135/021 establece un deber de prevención: “Toda persona física o jurídica, deberá prevenir, evitar, mitigar o minimizar las emisiones a la atmósfera de gases o partículas de las que sea responsable, sea por descarga o liberación, continua o discontinua, procedentes directa o indirectamente de cualquier fuente, con el fin de reducir la contaminación del aire, de conformidad con lo que se establece en este decreto.

Asimismo, se deberán adoptar las previsiones necesarias para minimizar las emisiones de gases que aporten al calentamiento global o que contribuyan al deterioro de la capa de ozono.”

Es importante señalar que los verbos que utiliza tanto el Proyecto de Ley, como el artículo 17 de la Ley N° 17.283 y el artículo 2 del Decreto N° 135/021, son “liberar” y “emitir”. Según la Real Academia Española por “liberar” se entiende: “Hacer que alguien o algo quede libre de lo que lo sometía u oprimía”⁴. Asimismo, por “emitir” se entiende: “Arrojar, exhalar o echar hacia fuera algo”⁵.

Esta liberación o emisión podrá ser “directa” o “indirectamente”, tal como mencionan también el Proyecto de Ley, así como el artículo 17 de la Ley N° 17.283 y el artículo 2 del Decreto N° 135/021. Esto es importante, porque muchas veces la liberación o emisión no se realiza de manera directa, sino que se realiza de manera indirecta. Esto ha sido recogido también por la regulación de este tipo de delitos en el Derecho comparado, así como en la jurisprudencia sobre el tema.

Según el Proyecto de Ley esta liberación o emisión deberá realizarse al aire o a la atmósfera, y fueron incluidos para evitar discusiones teóricas que podrían dificultar la aplicación del tipo penal. Además, varios países del Derecho comparado contienen disposiciones similares. Sin embargo, esto no se refleja en el artículo 17 de la Ley N° 17.283 y en el artículo 2 del Decreto N° 135/021, que solamente refieren a la atmósfera, aunque dichas normas se encuentran en disposiciones que protegen la calidad del aire. Además, la Real Academia Española define al “aire” como un: “Gas que constituye la atmósfera

4 Ver: <https://dle.rae.es/liberar>

5 Ver: <https://dle.rae.es/emitir?m=form>

terrestre, formado principalmente de oxígeno y nitrógeno, y con otros componentes como el dióxido de carbono y el vapor de agua”⁶.

Ahora bien. ¿Qué se debería liberar o emitir al aire o a la atmósfera para quedar comprendido dentro del tipo penal? Tanto el Proyecto de Ley, como el artículo 17 de la Ley N° 17.283 y el artículo 2 del Decreto N° 135/021, refieren a “sustancias, materiales o energía”. Estos elementos son además usados en otras normas ambientales, como el artículo 144 del Código de Aguas, que prevé una prohibición muy similar al delito que nos encontramos analizando, al disponer que: “Queda prohibido introducir en las aguas o colocar en lugares desde los cuales puedan derivar hacia ellas, sustancias, materiales o energía susceptibles de poner en peligro la salud humana o animal, deteriorar el medio ambiente natural o provocar daños.”

Según el Proyecto de Ley esta violación debería realizarse “en contravención de los decretos reglamentarios de dichas leyes”; que, como hemos visto anteriormente, actualmente la principal norma reglamentaria que refiere al tema es el Decreto N° 135/021. Esta referencia a las normas reglamentarias es uno de los principales problemas por parte de la doctrina del Derecho Penal, tal como se analizó anteriormente.

Otro de los elementos que menciona el Proyecto de Ley es que la liberación o emisión “causaren o pudieran causar daños sustanciales a la calidad del aire o al ambiente”. Es decir, se establece un delito de peligro.

El giro “sustancial” es de suma trascendencia, ya que termina definiendo el tipo penal, en la medida que no todo tipo de daño caería dentro del artículo en cuestión. Esto va en consonancia con una realidad producto de la sociedad actual. Todo de algún modo contaminamos el ambiente. Producto de esto, las normas ambientales por lo general se han dedicado en atacar contaminaciones que pudieran ser calificadas como “graves”. En este sentido, el artículo 47 de la Constitución de la República establece por ejemplo que: “Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente.”

Según la Real Academia Española, “sustancial” es algo “Importante o esencial”⁷. La doctrina y jurisprudencia española se han ocupado de precisar qué se entiende por este tipo de giros. Respecto a este punto, la jurisprudencia ha entendido que: “Evidentemente tiene que estarse ante una conducta de cierta relevancia, pues nos hallamos en el campo penal, lo cual supone -como dijera la STS 96/2002, de 30 de enero, que: “La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero)”. Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP - y antes el 347 bis habrá que acudir, como dijo la sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro. Esas “consecuencias nocivas” deben concretarse, judicialmente, caso por caso, de la

6 Ver: <https://dle.rae.es/aire?m=form>

7 Ver: <https://dle.rae.es/sustancial?m=form>

mano de los correspondientes informes periciales y deben suponer: efectos negativos probables, valorando para ello, además del hecho en sí, parámetros como su intensidad, prolongación en el tiempo, deterioro del suelo, la vida de la fauna y flora circundante, peligro para la salud de las personas y la dificultad para restablecer el medio afectado”.

El Código Penal tiene varios delitos que utilizan la expresión o calificativo de “grave”. El art. 256 del Código Penal establece por ejemplo que: “El que destruyendo materias primas, productos agrícolas o industriales o medios de producción, ocasionare un daño grave a la producción nacional o disminuyere en notables proporciones artículos de consumo general, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, o 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 900 U.R. (novecientas unidades reajustables) de multa.”

La pena que prevé el Proyecto de Ley para este delito es de 6 (seis) meses a prisión a 8 (ocho) años de penitenciaría.

a.2. Contaminación de las aguas

El artículo 359 ter – 2 del Proyecto de Ley dispone que: “El que en violación a las leyes nacionales de protección del ambiente introdujere sustancias, materiales o energía en contravención a los decretos reglamentarios de dichas leyes, directa o indirectamente, en las aguas superficiales, subterráneas o marítimas, y, que causaren o pudieran causar daños sustanciales a la calidad del agua o al ambiente, será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría”.

Este delito contiene disposiciones muy similares al delito de contaminación del aire, al igual que las normas que protegen ambos componentes del ambiente presentan similitudes. En efecto, el artículo 144 del Código de Aguas sobre calidad del agua (Decreto Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978) contiene disposiciones muy similares a las disposiciones sobre calidad del aire, contenidas en el artículo 17 de la Ley N° 17.283 y el artículo 2 del Decreto N° 135/021.

En lo que refiere a la contaminación de las aguas, debemos mencionar tanto la Ley N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000 (“Ley General de Protección del Ambiente”), como el Código de Aguas. En primer lugar, el artículo 1 de la Ley N° 17.283 incluye a la protección de la calidad del agua dentro del elenco de materias que forman parte de la declaración de interés general contenida en el artículo 47 de la Constitución de la República. En segundo lugar, debemos destacar el inciso primero del artículo 144 del Código de Aguas, que dispone lo siguiente: “Queda prohibido introducir en las aguas o colocar en lugares desde los cuales puedan derivar hacia ellas, sustancias, materiales o energía susceptibles de poner en peligro la salud humana o animal, deteriorar el medio ambiente natural o provocar daños.”.

El Código de Aguas fue además reglamentado por el Decreto N° 253/979, de 9 de mayo de 1979, el cual tiene por objeto – de conformidad con el artículo 1 – “prevenir la Contaminación Ambiental mediante el control de la contaminación de las aguas.”.

Es importante señalar que el verbo que utiliza tanto el Proyecto de Ley, como el artículo 144 del Código de Aguas, es “introducir”. Según la Real Academia Española por

“introducir” se entiende: “Meter o hacer entrar algo en otra cosa”⁸. Aunque el Código de Aguas contiene además el verbo “colocar”, que fue desestimado por el Proyecto de Ley.

Esta introducción – al igual que se establece en el delito de contaminación del aire - podrá ser “directa” o “indirectamente”, tal como mencionan el Proyecto de Ley, así como el artículo 144 del Código de Aguas. Esto es importante, porque muchas veces la introducción no se realiza de manera directa, sino que se realiza de manera indirecta. Esto ha sido recogido también por la regulación de este tipo de delitos en el Derecho comparado, así como en la jurisprudencia sobre el tema.

Según el Proyecto de Ley esta introducción deberá realizarse en las aguas superficiales, subterráneas y marítimas. Esta referencia se realizó para incluir a los tipos de aguas que aparecen contemplados por las normas ambientales. Respecto de las aguas superficiales y subterráneas, hace mención el numeral segundo del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República, al disponer que: “Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.”. Esta referencia se repite parcialmente en el artículo 4 de la Ley N° 18.610, de 2 de octubre de 2009 (“Ley de Política Nacional de Aguas”).

Por su parte, el artículo 4 de la Ley N° 18.610, “a los efectos de interpretar lo establecido en el numeral 2) del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República, con relación al dominio público de las aguas y teniendo en cuenta la integridad del ciclo hidrológico”, define qué se entiende por “aguas superficiales” y “subterráneas”, en los literales “B” y “C” respectivamente. En primer lugar, por “aguas superficiales” se entiende: “las que escurren o se almacenan sobre la superficie del suelo.”. En segundo lugar, por aguas “subterráneas” se entiende: “todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo.”.

Ahora bien. ¿Qué se debería introducir en las aguas para quedar comprendido dentro del tipo penal? Tanto el Proyecto de Ley, como el Código de Aguas, refieren a “sustancias, materiales o energía”.

Según el Proyecto de Ley esta violación debería realizarse “en contravención de los decretos reglamentarios de dichas leyes”; que, como hemos visto anteriormente, actualmente la principal norma reglamentaria que refiere al tema es el Decreto N° 253/979. Esta referencia a las normas reglamentarias es uno de los principales problemas por parte de la doctrina del Derecho Penal, tal como se analizó anteriormente.

Otro de los elementos que menciona el Proyecto de Ley es que la introducción “causaren o pudieran causar daños sustanciales a la calidad del agua o al ambiente”. Es decir, se establece un delito de peligro.

La pena que prevé el Proyecto de Ley para este delito es de 6 (seis) meses a prisión a 8 (ocho) años de penitenciaría.

8 Ver: <https://dle.rae.es/introducir?m=form>

a.3. Contaminación del suelo

El artículo 359 ter – 3 del Proyecto de Ley dispone que: “El que en violación a las leyes nacionales de protección del ambiente introdujere o depositare sustancias, materiales o energía en contravención a los decretos reglamentarios de dichas leyes, directa o indirectamente en el suelo o subsuelo, que causaren o pudieran causar daños sustanciales a la calidad del suelo o al ambiente, será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría”.

Respecto a este delito, se sigue en líneas generales la misma lógica dispuesta para los delitos de contaminación del aire y del agua, aunque en este caso se busca proteger el suelo y el subsuelo.

Es importante señalar que los verbos que utiliza tanto el Proyecto de Ley son “introducir” y “depositar”. Según la Real Academia Española por “introducir” se entiende: “Meter o hacer entrar algo en otra cosa”⁹. Asimismo, por “depositar” se entiende: “Colocar algo en un sitio determinado y por tiempo indefinido.”¹⁰.

Esta introducción o depósito – al igual que se establece en el delito de contaminación del aire y contaminación del agua - podrá ser “directa” o “indirectamente”, tal como menciona el Proyecto de Ley. Esto es importante, porque muchas veces la introducción o depósito no se realizan de manera directa, sino que se realiza de manera indirecta. Esto ha sido recogido también por la regulación de este tipo de delitos en el Derecho comparado, así como en la jurisprudencia sobre el tema.

Según el Proyecto de Ley esta introducción o depósito deberá realizarse en el suelo o subsuelo. En este sentido, debemos destacar que La Ley de Residuos N° 19.829, de 18 de setiembre de 2019, definen al suelo contaminado como: “aquel cuyas características han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes químicos de carácter peligroso, debiendo la reglamentación establecer los criterios y estándares de concentración a partir de los cuales se consideran con riesgo inaceptable para la salud humana y el ambiente.”

La pena que prevé el Proyecto de Ley para este delito es de 6 (seis) meses a prisión a 8 (ocho) años de penitenciaría.

a.4. Contaminación por residuos o sustancias

El artículo 359 ter – 4 del Proyecto de Ley dispone que: “El que en violación a las leyes nacionales de protección del ambiente almacenare, transportare, eliminare, abandonare o dejare expuesto, residuos o sustancias en contravención a los decretos reglamentarios de dichas leyes que por su peligrosidad causaren daños sustanciales a la calidad del ambiente, será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría.”.

Este delito sigue también la lógica de los delitos antes mencionados, aunque en este caso refiere a los residuos o sustancias. En este sentido, destacamos la Ley de Residuos N° 19.829, así como diversos decretos que regulan tipos específicos de residuos. A vía de ejemplo, destacamos los siguientes:

9 Ver: <https://dle.rae.es/introducir?m=form>

10 Ver: <https://dle.rae.es/depositar>

- a. Reglamento que asegura la adecuada gestión de las baterías de plomo y ácido usadas o a ser desechadas, listadas en el artículo 23 del Decreto N° 373/003, de 10 de setiembre de 2003.
- b. Reglamento sobre las limitaciones al contenido de plomo en pinturas y barnices, listadas en el artículo 15 del Decreto N° 69/011, de 15 de febrero de 2011.
- c. Reglamento para la gestión ambientalmente adecuada de los residuos derivados del uso de productos químicos o biológicos en la actividad agropecuaria, hortofrutícola y forestal, listadas en el artículo 34 del Decreto N° 152/013, de 21 de mayo de 2013.
- d. Reglamento para la gestión ambientalmente adecuada de los residuos sólidos industriales y asimilados, listadas en el artículo 40 del Decreto N° 182/013, de 20 de junio de 2013.
- e. Reglamento para la gestión ambientalmente adecuada de los neumáticos fuera de uso o a ser desechados, listadas en el artículo 22 del Decreto N° 358/015, de 28 de diciembre de 2015.
- f. Reglamento para la gestión adecuada de los residuos con mercurio, listadas en el artículo 33 del Decreto N° 15/019, de 8 de enero de 2019.

La pena que prevé el Proyecto de Ley para este delito es de 6 (seis) meses a prisión a 8 (ocho) años de penitenciaría.

a.5. Introducción ilegal de desechos peligrosos

El artículo 359 ter – 5 del Proyecto de Ley dispone que: “El que de forma ilegal introdujere en cualquier forma o bajo cualquier régimen desechos peligrosos en zonas sometidas a la jurisdicción nacional, será castigado con doce meses de prisión a doce años de penitenciaría.

Se entienden por desechos peligrosos aquellas sustancias u objetos, cualquier sea su origen, que sean así categorizados por la ley o en su decreto reglamentario, teniendo en cuenta aquellas características físicas, químicas, biológicas o radiactivas que constituyan un riesgo para el ambiente con inclusión de la salud humana, animal o vegetal.

Sin perjuicio de otras categoría que pudieren preverse en la legislación nacional y en tanto no fueren definidas expresamente por la ley o en sus decretos reglamentarios, se incluyen entre los desechos peligrosos a los que refiere el inciso anterior, además de los radiactivos, los comprendidos en las categorías enumeradas en los anexos del Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de marzo de 1989 y sus enmiendas.”.

Este delito contempla el delito previsto en el artículo 9 de la Ley N° 17.220. El cual constituye un caso aislado de un delito ambiental contemplado en una ley típicamente ambiental, y fuera del Código Penal. Por coherencia normativa, el Proyecto de Ley incorpora este delito en el Título sobre los delitos ambientales.

Es importante destacar que este delito tiene su origen en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, aprobado por Ley N° 16.221, de 22 de octubre de 1991.

a.6. Circunstancias agravantes especiales

El artículo 359 ter – 6 del Proyecto de Ley establece circunstancias agravantes especiales de los delitos previstos en los artículos 359 ter – 1 a 359 ter – 5. En este sentido, se incluyen las siguientes circunstancias agravantes especiales:

1. Que como consecuencia del delito, resultare la muerte o la lesión de una o varias personas.
2. Que se cometieren en áreas naturales protegidas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, creado por la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000.
3. Que el delito se hubiere cometido en relación a una actividad, construcción u obra que no hubiere obtenido las autorizaciones o permisos requeridos por las leyes nacionales u otras disposiciones protectores del ambiente.
4. Que se hubiere desobedecido de forma contumaz las órdenes expresas de corrección o suspensión de las actividades que hubieren sido declaradas por la autoridad nacional competente en la protección del ambiente, tipificadas en los artículos anteriores.

b. Delitos contra la biodiversidad

El Capítulo II incluye dentro del elenco de delitos contra la biodiversidad, los delitos de caza, pesca, captura y muerte de fauna en áreas naturales protegidas, tala destrucción y alteración de flora en áreas naturales protegidas, tráfico de fauna y flora protegidas, y circunstancias agravantes especiales.

Uruguay no cuenta con una ley de biodiversidad, en donde se traten de forma uniforme y general los aspectos vinculados a dicha temática. Sin perjuicio de ello, Uruguay sí cuenta con leyes específicas que protegen la biodiversidad. Entre ellas, podemos destacar el Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado por Ley N° 16.408, de 27 de agosto de 1993.

La crítica que se le ha realizado a estos delitos es que se acotan mayoritariamente a las áreas naturales protegidas, dejando afuera otras porciones del territorio donde naturalmente podrían cometerse estos tipos de delitos. Sobre este punto, se ha discutido en las discusiones parlamentarias lo siguiente: “Es decir que los delitos contra la biodiversidad, contra la gestión ambiental, que son delitos muy importantes -abarcan a la caza, pesca, fauna, captura, muerte, tala de montes, etcétera-, solo se van a castigar en menos del 1 % del territorio nacional; en el resto, o sea en el 99 %, habrá infracciones administrativas, pero no infracciones penales.”.

Por último, debemos destacar que estos delitos, a diferencia del delito de tráfico de fauna y flora, se aplican a todo el territorio del país.

b.1. Caza, pesca, captura y muerte de fauna en áreas naturales protegidas

El artículo 359 ter – 7 del Proyecto de Ley dispone que: “El que cazare, pescare, capturare o diere muerte a ejemplares de la fauna protegida, en áreas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, afectando uno de los objetivos de

conservación del área, en violación a las medidas de protección que se hayan dispuesto conforme al artículo 8° de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, será castigado en tres meses de prisión a seis años de penitenciaría.”.

Es importante destacar que el artículo 8 de la Ley del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas N° 17.234, establece la posibilidad que el Poder Ejecutivo imponga medidas de protección (limitaciones o prohibiciones) para la realización de las actividades que se realicen en dichas áreas. Es decir, que estas medidas de protección se encontrarán dentro de cada Decreto del Poder Ejecutivo, que decida incorporar un área al referido Sistema.

Al día de hoy existen las siguientes áreas naturales protegidas que han sido incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas:

1. Quebrada de los Cuervos (Decreto N° 462/008, de 29 de setiembre de 2008; Decreto N° 524/008, de 27 de octubre de 2008).
2. Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay (Decreto N° 579/008, de 27 de noviembre de 2008; Decreto N° 343/015, de 16 de diciembre de 2015).
3. Cabo Polonio (Decreto N° 337/009, de 20 de julio de 2009).
4. Valle del Lunarejo (Decreto N° 476/009, de 14 de octubre de 2009).
5. Laguna de Rocha (Decreto N° 61/010, de 18 de febrero de 2010).
6. Localidad Rupestre de Chamangá (Decreto N° 11/010, de 12 de enero de 2010; Decreto N° 129/010, de 20 de abril de 2010; Decreto N° 6/011, de 19 de enero de 2011).
7. Grutas del Palacio (Decreto N° 153/013, de 21 de mayo de 2013).
8. Montes del Queguay (Decreto N° 343/014, de 25 de noviembre de 2014).
9. Laguna Garzón (Decreto N° 388/014, de 29 de diciembre de 2014).
10. Rincón de Franquía (Decreto N° 121/013, de 17 de abril de 2013).
11. San Miguel (Decreto N° 54/010, de 8 de febrero de 2010).
12. Cerro Verde (Decreto N° 285/011, de 10 de agosto de 2011).
13. Humedales de Santa Lucía (Decreto N° 55/015, de 9 de febrero de 2015).
14. Esteros y Algarrobales del Río Uruguay (Decreto N° 341/015, de 16 de diciembre de 2015).
15. Isla de Flores (Decreto N° 43/018, de 23 de febrero de 2018).
16. Paso Centurión y Sierra de Ríos (Decreto N° 198/019, de 8 de julio de 2019).
17. Laguna de Castillos (Decreto N° 59/020, de 14 de febrero de 2020).

Es importante señalar que no todas estas áreas naturales protegidas cuentan con prohibiciones específicas sobre caza, pesca, captura y muerte de fauna. La forma de saber qué medidas de protección aplican a cada área natural protegida es analizar el respectivo Decreto.

b.2. Tala, destrucción y alteración de flora en áreas naturales protegidas

El artículo 359 ter – 8 del Proyecto de Ley dispone que: “El que talare, destruyere, cortare o arrancare ejemplares de flora protegida, en áreas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, afectando uno de los objetivos de conservación del área, en violación a las medidas de protección que se hayan dispuesto conforme al artículo 8° de la Ley N° 17.234, de 22 de febrero de 2000, será castigado con tres meses de prisión a seis años de penitenciaría.”.

Al igual que el anterior delito, este delito se encuentra acotado a las áreas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Por lo que deberá analizarse cada Decreto de incorporación de áreas, para identificar en cuáles se establecieron prohibiciones de tala, destrucción y alteración de flora.

b.3 Tráfico de fauna y flora protegida

El artículo 359 ter – 9 del Proyecto de Ley dispone que: “El que traficare ejemplares de fauna o flora de las especies y subespecies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres y sus enmiendas, en violación de las disposiciones de dicha convención, será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría.”.

Este delito se relaciona con la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), aprobado por Decreto Ley N° 14205, de 4 de junio de 1974.

b.4 Circunstancias agravantes especiales

El artículo 359 ter – 10 del Proyecto de Ley establece circunstancias agravantes especiales de los delitos previstos en los artículos 359 ter – 7 y 359 ter – 8. En este sentido, se incluyen las siguientes circunstancias agravantes especiales:

1. Que el delito se hubiere cometido contra especies o subespecies declaradas en peligro de extinción de acuerdo con las leyes nacionales protectoras del ambiente o su reglamentación.
2. Que el delito se cometiere mediante el uso de explosivos o cebos tóxicos o envenenamiento de fuentes de alimentos.
3. Que como consecuencia del delito se destruyeren o alteraren sitios de reproducción, nididades o madrigueras.

c. Delitos contra la gestión ambiental

El Capítulo III contiene un único delito asociado con la gestión ambiental. Este tipo de delitos es importante, ya que está asociado con la confianza que muchas veces se otorga a las personas o técnicos que deben presentar documentos (por ejemplo, Estudios de Impacto Ambiental) ante la Administración (incluyendo el Ministerio de Ambiente). Esto traerá aparejado que estos estudios serán analizados por dicha Administración, para poder otorgar determinadas autorizaciones ambientales. En virtud de lo expuesto, si se presentare información falsa, dicha Administración podría estar autorizando proyectos,

que de haber recibido información correcta, no hubiere autorizado. Por ejemplo, en el marco del Decreto N° 349/005, de 21 de setiembre de 2005.

El artículo 359 ter – 11 del del Proyecto de Ley establece que: “El que proporcionare información falsa que fuere de sustento para el ejercicio de los cometidos de la autoridad nacional competente en la protección del ambiente u obstaculizare la labor de fiscalización de dicha autoridad cuando se causaren o se pudieren causar daños al ambiente, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión e inhabilitación especial de dos a seis años.”.

d. Disposiciones comunes a los capítulos precedentes

El Capítulo IV del Proyecto de Ley establece “Disposiciones Comunes los Capítulos Precedentes”.

d.1. Régimen de responsabilidad para personas jurídicas

El artículo 359 ter – 12 del del Proyecto de Ley establece que: “Se considerará penalmente responsable por los delitos comprendidos en este Título, cuando los hechos fuesen atribuibles a una persona jurídica, a quien ejerciere efectivamente el poder de dirección y quien con su participación hubiere contribuido de manera determinante en la corrección de los mismos.”.

Como se analizó precedentemente, este tipo de regulación es importante, y es uno de los problemas que más dificultan la regulación de este tipo de delitos.

d.2. Modalidad culposa

El artículo 359 ter – 13 del Proyecto de Ley establece que: “Las penas serán recudidas de un tercio a la mitad, cuando los delitos previstos en los artículos 359 ter – 1 a 359 ter – 6 y 359 ter – 8, fueren cometidos con culpa.”.

Como se analizó precedentemente, los delitos ambientales están vinculados con la modalidad de tipo culposa. En virtud de lo expuesto, este artículo regula dicha modalidad, para determinados delitos.

IX. Conclusiones

De aprobarse el Proyecto de Ley de delitos ambientales existiría un cambio trascendental en el ordenamiento jurídico uruguayo, en la medida que hasta el momento no se encuentra dentro de su Código Penal un título específico de delitos contra el ambiente, en donde se tipifiquen delitos cuyo bien jurídico sea el ambiente. Sin perjuicio de ello, en Uruguay existe un delito que la doctrina lo califica como un delito ambiental, regulado por el art. 9 de la Ley N° 17.220.

Referencias bibliográficas

- Amelia Aguirre, P. (2008). Protección penal del ambiente: teoría y realidad. *Revista de Derecho de Daños*, pp. 359 – 394.
- Cafferatta, N. A. (2011). Contaminación atmosférica por gases tóxicos, *Summa Ambiental. Doctrina – Legislación – Jurisprudencia*, 1ª ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, p. 1483.
- Casaux, G. (2007). Derecho Ambiental – Delitos ambientales. Ilícitud y aspectos sancionatorios. La regulación de los delitos ambientales en el derecho contemporáneo, un desafío más de la sociedad de riesgos. *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 26 (enero-diciembre 2007), pp. 23-34.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1998). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995. *Actualidad Penal* N° 14, 6 al 12 de abril de 1998, p. 288.
- Iglesias Rossini, G. F. (2020). La protección del ambiente en la Constitución de la República. *Revista Derecho Público*, [S.l.], n. 57, pp. 139 – 157.
- Iglesias Rossini, G. F. (2021). Aspectos jurídicos del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. *Revista de Derecho Público*, [S.l.], n. 59, pp. 67 – 92.
- Mir Puig, S. Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal como límites del ius puniendi, en: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 205 – 215. [https://www.egepud.edu.pe/archivos/pg_204-217_penales14%20\(1\)_EGEPUD.pdf](https://www.egepud.edu.pe/archivos/pg_204-217_penales14%20(1)_EGEPUD.pdf)
- Ossandón Widow, M. (2003). Eficiencia del Derecho Penal. El caso de los delitos contra el ambiente. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV* (Valparaíso, Chile, 2003), pp. 379 - 394. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/538/506>
- Passos de Freitas, V. (2009). La contribución de la ley de los crímenes ambientales en la defensa del medio ambiente. En M. Langón Cuñarro, *Derecho Penal Económico* (pp. 61 – 77). Universidad de Montevideo.
- Plascencia Villanueva, R. (1998). La responsabilidad penal en materia ambiental. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/141/8.pdf>
- Sessano Goenaga, J. C. (2002). La protección penal del medio ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf
- Vercher Noguera, A. (2003). Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 1, setiembre 2003, pp. 223 - 260.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

Marcos Antonio ARAVENA FLORES

Universidad Autónoma de Chile (Chile)

marcos.aravena | @cloud.uaautonoma.cl

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-0262-7618>

Recibido: 19/08/2024 - Aceptado: 21/10/2024

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

Aravena Flores, Marcos Antonio. (2024). Los principios éticos y jurídicos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e463. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.3>

Los principios éticos y jurídicos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales

63

Resumen: la inteligencia artificial (IA) es una tecnología que ha dado origen a la creación de nuevas armas militares, capaces de seleccionar y atacar a sus objetivos con mayor autonomía, pudiendo prescindir del control humano. Frente al impacto de dicha tecnología en la sociedad, el presente artículo tiene como objetivo comprender los principios éticos que en la actualidad están orientando su desarrollo y uso, y a la vez, los principios legales provenientes del derecho internacional humanitario (DIH) que son susceptibles de aplicarse, lo cual permite pronosticar los límites necesarios a imponer ante los potenciales riesgos que implica esta tecnología. El texto presenta una investigación cualitativa que utilizó preferentemente una revisión de tipo documental que permitió analizar ciertos principios éticos prevalentes reconocidos por determinados Estados y de los principios legales reconocidos ampliamente por la literatura existente.

Palabras clave: Derecho internacional humanitario; Inteligencia artificial; Principios éticos; Sistemas autónomos de armas letales.

Ethical and legal limits applicable to autonomous lethal weapon systems

Abstract: artificial intelligence (AI) is a technology that has given rise to the creation of new military weapons, capable of selecting and attacking their targets with greater autonomy, being able to dispense with human control. Faced with the impact of this technology on society, this article aims to understand the ethical principles that are currently guiding its development and use, and at the same time, the legal principles from international humanitarian law (IHL) that are likely to apply, which allows predicting the necessary limits to be imposed in the face of the potential risks involved in this technology. The text presents qualitative research that used preferably a documentary type review that allowed the analysis of certain prevailing ethical principles recognized by certain States and of the legal principles widely recognized by the existing literature.

Keywords: International humanitarian law; Artificial intelligence; Ethical principles; Lethal autonomous weapon systems.

Princípios éticos e jurídicos aplicáveis aos sistemas autônomos de armas letais

Resumo: A inteligência artificial (IA) é uma tecnologia que tem dado origem à criação de novas armas militares, capazes de selecionar e atacar os seus alvos com maior autonomia, podendo dispensar o controlo humano. Perante o impacto desta tecnologia na sociedade, este artigo tem como objetivo compreender os princípios éticos que estão atualmente a orientar o seu desenvolvimento e utilização e, simultaneamente, os princípios legais do Direito Internacional Humanitário (DIH) que são susceptíveis de ser aplicados, o que nos permite prever os limites necessários a impor face aos potenciais riscos envolvidos nesta tecnologia. O texto apresenta uma investigação qualitativa que recorreu preferencialmente a uma análise de tipo documental que permitiu analisar certos princípios éticos dominantes reconhecidos por certos Estados e os princípios jurídicos amplamente reconhecidos pela literatura existente.

Palavras-chave: Direito internacional humanitário; Inteligência artificial; Princípios éticos; Sistemas de armas letais autônomas.

1. Introducción

La IA es un concepto acuñado en el área de las tecnologías de la información, que se ha discutido en casi todos los campos de las ciencias en las últimas décadas debido a los efectos disruptivos que se han manifestado en su fabricación, implementación y sus distintos usos (Saria y Celik, 2021). Si bien no existe una definición universalmente aceptada, en términos generales se ha precisado que consiste en una tecnología que incluye una variedad de técnicas computacionales y procesos asociados (Raso et al., 2018), siendo un sistema que “piensa, actúa y tiene su propia racionalidad” (Čerka et al, 2017, p.317).

Respecto de esta tecnología, es frecuente afirmar que las características de la IA están progresando con la gestión de la innovación y el despliegue de los recursos en tecnología. Sin embargo, a la luz de los efectos disruptivos que la IA ha demostrado ser capaz de causar, se ha comenzado a manifestar una convergencia global en torno a determinar los valores y principios que deben orientarla. En atención a los efectos que tiene esta tecnología y que se espera que siga teniendo en distintas áreas, se ha incrementado las advertencias sobre los riesgos y cuestionamientos que su implementación traerá consigo (Azuaje Pirela y Finol González, 2023).

Ante la mayor autonomía que han alcanzado las máquinas dotadas de IA, surgen interrogantes con respecto a su posible impacto dañino en las sociedades humanas. Esta incertidumbre se debe a la falta de claridad sobre la dirección que seguirá esta tecnología y a qué velocidad evolucionará, principalmente si se considera el alcance del aprendizaje automático (o *machine learning*)¹ y el aprendizaje profundo (o *deep learning*)². Estos avances permiten que los sistemas de IA completen con éxito muchas tareas, como la detección de objetos en las imágenes, la comprensión de los idiomas y el procesamiento de señales de voz (Samek et al, 2017), el reconocimiento e identificación de las personas, y la seguridad privada o nacional. Basado en los logros tecnológicos de la IA hasta la fecha, estos desarrollos comenzaron a tener grandes impactos en la industria de la defensa a principios del siglo XXI (Saria y Celik, 2021).

Particularmente, el uso militar o de defensa de la IA ha despertado mayor preocupación a nivel mundial. Por un lado, no existe hasta el momento claridad en cuanto a los límites que deben aplicarse a ella; y, por otro, los impactos nocivos que pudiesen derivarse del desarrollo de esta tecnología, principalmente por el surgimiento de armamentos complejos y avanzados. Estos sistemas, actualmente denominados como Sistemas de Armas Autónomos Letales (SAAL), se refieren a aquellas armas que, al ser programadas con IA, cuentan con la capacidad para tomar decisiones referentes al uso de la fuerza en el campo de batalla sin necesidad de intervención humana directa, logrando así seleccionar y atacar objetivos militares de manera autónoma (López Jacoiste, 2020).

Frente al progresivo desarrollo tecnológico de estas armas autónomas, en un contexto geopolítico y multipolar complejo, con diferentes intereses entre los estados con capacidad

1 El aprendizaje automático se define como “un subconjunto de la IA que consiste en entrenar algoritmos para reconocer patrones en datos”. En el ámbito de defensa o militar, el aprendizaje automático se ha utilizado para mejorar la precisión del reconocimiento de objetos, el seguimiento de objetos y la detección de obstáculos (Soori et al., 2023, p.61).

2 El aprendizaje profundo es un “subconjunto del aprendizaje automático que procesa cantidades masivas de datos utilizando redes neuronales”. Por medio de este, por ejemplo, un dron puede llevar a cabo tareas difíciles como la navegación autónoma y la cartografía, permitiéndoles detectar y evitar obstáculos en tiempo real (Soori et al., 2023, p.61).

tecnológica, ha surgido una creciente incertidumbre y riesgo respecto a la regulación y uso de esta tecnología. Por ello, el presente artículo tuvo como objetivo identificar y analizar los límites aplicables al desarrollo y utilización de los SAAL en el ámbito militar, todo ello a la luz de los lineamientos éticos y legales del derecho internacional humanitario (DIH).

Metodológicamente, el artículo se construyó a partir de un enfoque cualitativo y descriptivo (de tipo documental) y, por lo tanto, se aplicó el método dogmático jurídico al recopilar la literatura más relevante que aborda pautas éticas orientadoras a la IA militar, que representan principios orientadores para determinados Estados y entidades supraestatales. El factor decisivo para la selección de las pautas éticas se fundamentó en la intención de proporcionar un mapeo del campo de la ética militar de la IA, respecto de aquellos estados que cuentan con mayor desarrollo y disponibilidad tecnológica, mediante la comparación de cada instrumento y el alcance que cada uno de ellos confiere a cada principio ético. Asimismo, el análisis de los lineamientos de carácter jurídico y/o legales recurrió al análisis de los principios destacados por la literatura en estos últimos años, a fin de proporcionar un examen realizado desde el DIH convencional, para así establecer si los SAAL son capaces de adecuarse a dichos principios.

El artículo está estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, se explica el desarrollo y la aplicación de la IA en el ámbito militar, y cómo ha dado origen a nuevas armas con mayor grado de autonomía respecto a sus usuarios. En segundo lugar, se analizan los distintos instrumentos que contienen principios éticos reconocidos por determinados Estados, para así comprender el alcance de cada uno de ellos y su repercusión en el debate actual. Finalmente, se examinan los principios legales derivados del DIH, que resultan aplicables a este tipo de armas autónomas.

2. Sistemas autónomos de armas letales: incorporación de la inteligencia artificial en el ámbito militar

La IA en el ámbito militar está siendo la base para la creación de nuevas armas, dando origen así a los SAAL, armamentos que funcionan por medio de procesos complejos como el aprendizaje automático. Estos sistemas están convirtiendo en un fenómeno global y se espera que se vuelvan más comunes, especialmente en los países que cuentan con la tecnología disponible (Saria y Celik, 2021). Estos países gradualmente pretenden incorporar a los SAAL en el ámbito militar debido al avance de esta tecnología y al “aumento de las capacidades de los sensores, las capacidades analíticas y su integración en respuesta al ritmo cada vez mayor de las operaciones militares” (Sehrawat, 2021, p.361).

En particular, los SAAL se han conceptualizado como “armas que, una vez activadas, seleccionan y atacan objetivos cuyo enfrentamiento no está predeterminado por un ser humano (el llamado “hombre fuera del escenario del bucle”)” (Bo, 2021, p.21). Estas tecnologías, por medio de “una computadora a bordo, elige[n] los objetivos y toma[n] decisiones de forma autónoma sin un ser humano en el circuito” (Sehrawat, 2021, p.316), por lo que “están preprogramadas para no necesitar un humano detrás de los controles para disparar, moverse o comunicarse cuando se enfrenta a un enemigo” (Press, 2018, p.1339).

Aunque es posible identificar características que destacan el funcionamiento de estas armas, existe la dificultad de establecer un concepto categórico, puesto que no se ha querido limitar su alcance debido al constante avance tecnológico. Bajo la misma lógica, no existe un acuerdo internacional que establezca qué tipo de armas pueden considerarse bajo esta denominación. Este término varía según la realidad de cada país que emplea tales tecnologías, siendo una realidad compleja que amerita acuerdos internacionales para lograr consensos respecto a una conceptualización de uso general³ (Aravena Flores, 2024b). Sin embargo, según lo expresado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), se trataría de un término amplio que comprendería “cualquier tipo de sistemas de armas, sea que operen en el aire, en la tierra o en el mar, con autonomía en sus funciones críticas, esto es, un arma que puede seleccionar y atacar objetivos sin intervención humana” (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015, p. 58). La importancia de este concepto radica en que, aunque los pronunciamientos del CICR no son una fuente vinculante de Derecho Internacional, forman parte del *soft law* y tienen una influencia significativa en la práctica estatal, el desarrollo normativo internacional y la interpretación del derecho vigente (Aravena Flores, 2024b). Debido al avance que han adquirido estas armas, han surgido diversos niveles que pretenden explicar la autonomía que pueden alcanzar estas armas, lo cual es posible apreciar en función de la menor o mayor intervención humana en la operación (Krishnan, 2009). En este sentido, tomando como referencia los niveles de autonomía propuestos por López-Casamayor⁴, es posible advertir importantes diferencias. En primer lugar, los sistemas de armas autónomos corresponden a aquellos que, “una vez activado[s], está[n] habilitado[s] para seleccionar y atacar un objetivo sin ulterior intervención humana”. En segundo lugar, los sistemas de armas supervisados son aquellos que, “una vez activado[s], identifica[n] y ataca[n] objetivos conforme a los criterios fijados en su programación, facultando al operador humano a intervenir, incluso abortando el ataque antes de que este se produzca dentro de un margen de tiempo desde la activación”. Finalmente, los sistemas de armas semiautónomos “gozan de un grado de automatización limitado a, una vez activados, atacar objetivos o grupos de objetivos que han sido seleccionados por un operador humano dentro de un área determinada” (López-Casamayor, 2019, p. 184).

En coherencia con lo anterior, se infiere que los riesgos de la utilización de estas armas provienen de la primera categoría expuesta, “en tanto que la intervención humana queda circunscrita al momento de activación del arma, dejando a su arbitrio cualquier decisión posterior relativa al empleo de fuerza letal” (López-Casamayor, 2019, p. 184). No obstante, aunque no existe un despliegue generalizado del primer nivel de autonomía, se han evidenciado las alertas y preocupaciones respecto a los últimos dos niveles de autonomía. Se han planteado cuestionamientos centrados en aclarar si una IA será responsable de los daños causados por sistemas semiautónomos y totalmente autónomos, y si un acto

3 De este modo, según Obregón Fernández y Lazcoz Moratino (2024), en Estados Unidos (EE. UU.) no se considera como SAAL a los programas informáticos autónomos. En el caso de Francia, quedan excluidos los *softwares* que controlan los misiles, y finalmente, en Rusia, quedan excluidos los *softwares* que controlan las municiones inteligentes.

4 Los niveles de autonomía de las SAAL se han abordado desde diferentes nomenclaturas, pero en términos homologables. De esa manera, ha sido posible distinguir entre tres categorías: las armas *human-in-the-loop*, que pueden seleccionar objetivos y entregar fuerza solo con un comando humano; armas *human-on-the-loop*, capaces de seleccionar objetivos y entregar fuerza bajo la supervisión de un operador humano que puede anular las acciones de los robots; y las armas *human-out-of-the-loop*, capaces de seleccionar objetivos y entregar fuerza sin ningún aporte o interacción humana. En concreto, las armas fuera del circuito humano son la principal preocupación, puesto que la toma de decisiones humanas está eliminada del proceso. Sin embargo, las armas de humanos en el circuito y humanos en el circuito también pueden generar preocupación (Sehrawat, 2021; López-Casamayor, 2019).

de matar ejecutado por un sistema basado en IA es legal o no (Szapak, 2019, p.118). Por esta razón, conforme estas armas adquieren mayor autonomía en la toma de decisiones, se ha observado un incremento en “el riesgo de erosión o difusión de la responsabilidad y la rendición de cuentas por estas decisiones” (Sehrawat, 2021, pp. 322-323).

Si bien inicialmente esta problemática podría parecer distante o difícil de visualizar, no se puede desconocer que esta tecnología actualmente está siendo plenamente utilizada y exhibida en conflictos bélicos en esta última década⁵. La tecnología para desarrollar y construir SAAL existe en la actualidad, lo cual ha suscitado debates debido al peligro que implica su desarrollo y uso, así como la dificultad para determinar los límites que deben aplicarse, un marco regulatorio efectivo y la identificación del sujeto responsable por dichos actos. En este contexto, es crucial reconocer la alta probabilidad de que un SAAL en el campo de batalla puede seleccionar, apuntar y atacar, ocasionando la muerte o hiriendo a la población civil, e incluso llevar a cabo ataques desproporcionados o no programados, cuestión que ha suscitado preocupación en diversos sectores de la población civil y grupos organizados⁶.

Así, el rápido desarrollo de estas tecnologías ha sensibilizado progresivamente a la sociedad en relación con los riesgos que podrían dar lugar el desarrollo y uso de estas tecnologías por los evidentes efectos dañinos en perjuicio de bienes jurídicos protegidos, dado que puede generar riesgos para los derechos de las personas y servir como herramienta para fines maliciosos, incluso servir como un medio para eludir responsabilidades (Aravena Flores, 2024b). Como resultado, esto ha motivado la búsqueda de límites éticos, normativos y/o legales destinados a maximizar los beneficios y, al mismo tiempo, restringir el potencial negativo de este tipo de armas, en conformidad con los compromisos que han asumido los Estados y los marcos regulatorios aplicables hasta el momento.

3. Los lineamientos éticos-jurídicos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales

En virtud del desarrollo progresivo, la versatilidad y la adaptabilidad de las tecnologías de IA, surge la necesidad de determinar cuáles deben ser los lineamientos éticos y legales que deben aplicarse. Esto ha llevado a un extenso análisis y discusión sobre las consideraciones éticas y/o legales, dado la incertidumbre regulatoria que rodea a una tecnología cuyo alcance y grado de desarrollo aún no se han definido.

Ante esta incertidumbre jurídica, el debate preliminar se ha enfocado en la unificación de ciertos principios éticos cuyo objeto es resolver escenarios no previstos expresamente por el legislador, para así orientar el desarrollo y uso de esta tecnología conforme a

5 Uno de los casos más destacados en términos de repercusión social ocurrió en Libia en el año 2019, donde se utilizaron drones STM Kargu-2 de fabricación turca. Estos drones estaban armados y controlados por IA, y realizaron ataques a fuerzas rebeldes mientras se encontraban en repliegue (Majumdar *et al* , 2021). Es importante destacar estos ataques se realizaron sin la participación ni control humano, basándose en la decisión y control de la IA, hecho que alertó al mundo.

6 Véase, por ejemplo, los argumentos expuestos por Algorithm Watch que se centra en observar y analizar los sistemas automatizados de toma de decisiones y su impacto en la sociedad. De manera similar, destaca el movimiento Stop Killer Robts, que representa a organizaciones no gubernamentales (ONG) de amplia difusión con el objetivo de garantizar el control humano en el uso de la fuerza.

las bases o fundamentos de un determinado orden institucional. Como consecuencia del reconocimiento de tales principios, han convergido distintos instrumentos y recomendaciones emanadas tanto de organismos internacionales como de Estados, quienes han pretendido delimitar el desarrollo y despliegue generalizado de esta tecnología.

3.1. Los principios éticos aplicables a los sistemas autónomos de armas letales

Según el avance tecnológico y la creación de SAAL se está haciendo frente a nuevos dilemas éticos, producto del mayor nivel de autonomía que ha alcanzado estas armas. Aunque ninguna máquina actualmente alcanza “un nivel de autonomía, cuantitativa y ontológicamente cercano al de un ser humano, pese a que existan las que son capaces de ejecutar ciertas funciones o tareas con altos niveles de independencia respecto de los controladores, usuarios o diseñadores” (Navarro, 2023, pp. 55-56).

Frente a estos dilemas éticos, el desarrollo de la IA ha sido objeto de seguimiento, mediante la consolidación y el cumplimiento de ciertos valores éticos y/o principios que han pretendido encauzar la investigación y el desarrollo de esta tecnología, toda vez que se ha reconocido que “los sistemas que interactúan con los seres humanos requieren una atención particular a las ramificaciones éticas de su comportamiento” (Anderson y Anderson, 2015, p. 324). Aunque al principio se logró mitigar las preocupaciones éticas, evitando su uso en escenarios complejos, lo cierto es que actualmente no es posible restringir completamente el despliegue de la IA. Por lo tanto, los actos ejecutados por estos sistemas deben guiarse por principios éticos explícitamente que deben ser “abstracciones declarativas completas y comprensibles que representan sucintamente este consenso de manera centralizada, extensible y auditable” (Anderson y Anderson, 2015, p. 324).





Recientemente, se ha evidenciado una preocupación pública y una prioridad mundial por delimitar esta tecnología, motivo por el cual se han consolidado ciertos textos que han uniformado criterios limitadores, denominados Directrices Éticas de Inteligencia Artificial (DEIA). Estos instrumentos han establecido una serie de deberes de conducta tanto para investigadores y desarrolladores, sin perjuicio de que algunos de sus mandatos también sean aplicables directamente a sus usuarios, con el fin de reforzar pautas sobre la rectitud ética de las acciones relacionadas con la IA.

Bajo dicha perspectiva, estas directrices se han transformado en lineamientos de carácter deontológicos, al tratarse de “imperativos categóricos que se consideran universalmente válidos e incontrovertibles” (Bedecarratz Scholz y Aravena Flores, 2023, p. 206), cuya labor se ha encausado en prevenir eventuales resultados lesivos que se podrían verificar a partir de la interacción indiscriminada de la IA, afectando así determinados bienes jurídicos protegidos por la comunidad. En el ámbito civil de esta tecnología, se reconocen principios éticos fundamentales como la transparencia, privacidad, seguridad, justicia y responsabilidad⁷.

7 Para un análisis en particular, véase Bedecarratz Scholz y Aravena Flores (2023) p. 207 y siguientes, en donde se distinguen los principios éticos prevalentes a partir del análisis de determinadas y particulares directrices éticas de diversos Estados, entre ellas: *Usa Draft Guidance for regulation Artificial intelligence applications* de EE. UU., *Beijing AI principles* del Gobierno de China, *Recommendation of the council on artificial intelligence* de la OCDE, *Directrices éticas para una IA fiable* de la Comisión Europea y la *Ethically Aligned Design* emanada del IEEE.

Sin embargo, la situación resulta ser más compleja en el plano estrictamente militar, puesto que es posible afirmar que existe menor claridad en cuanto a los límites éticos que deben aplicarse debido a su incipiente desarrollo por parte de los Estados. La preocupación en esta materia varía dependiendo del alcance tecnológico y los propósitos que se pretendan alcanzar con estas tecnologías. Esto ha llevado a que los gobiernos y entidades supraestatales acordar un marco ético uniforme o compartido para regular la IA militar (Galliot *et al*, 2022). Sin embargo, los Estados con mayor alcance tecnológico, como EE. UU. y Reino Unido, y determinadas comunidades internacionales, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), han expuesto un ecosistema de valores éticos para IA militar, orientados a generar confianza en los usuarios finales de estas armas, los combatientes implicados en los conflictos, el público en general, los aliados y los socios internacionales.

Tabla 1. *Visión de conjunto respecto a los principios reconocidos en los textos analizados*

Texto analizado	<i>U.S. Department OF Defense Responsible Artificial Intelligence Strategy and Implementation Pathway</i> ⁸	<i>Ambitious, Safe, Responsible: our Approach to the Delivery of Ai-Enabled Capability in Defence</i>	<i>Estrategia de inteligencia artificial para la OTAN</i> ⁹ .	<i>Recommendation of the council on OECD Legal Instruments Artificial Intelligence</i>
Institución	 Gobierno de Estados Unidos	 Gobierno de Reino Unido	 Organización del Tratado del Atlántico Norte. (OTAN/NATO)	 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE/OECD)
Año de dictación	2022	2022	2021	2024
Control humano		•		
Legalidad			•	•
Responsabilidad/ rendición de cuenta	•	•	•	•
Equitativo	•		•	
Trazable/ explicable	•	•	•	•
Confiable/ seguro	•	•	•	•
Gobernable	•		•	
Mitigación de riesgos y daños		•	•	•

Fuente: Elaboración propia del autor a partir de los antecedentes disponibles en cada instrumento.

8 Este documento puede analizarse de forma complementaria o accesoria con los siguientes documentos dictados por el mismo Gobierno de EE. UU: i) *AI Principles: Recommendations on the Ethical Use of Artificial Intelligence by the Department of Defense* y ii) *AI Principles: Recommendations on the Ethical Use of Artificial Intelligence by the Department of Defense*.

9 En el transcurso de 2021, la OTAN elaboró su primera estrategia de IA. De esa manera, en el texto aprobado por los aliados miembros dieron a conocer un resumen de la estrategia, en consonancia con el objetivo declarado de la alianza sobre proporcionar ejemplo y fomentar el desarrollo y uso de la IA de manera responsable.

De esta forma, frente a la existencia de determinadas pautas éticas, es indispensable determinar aquellos valores éticos que se están siendo adoptados por cada Estado u organización, dado que revelan los intereses de cada parte y, al mismo tiempo, permiten comprender la dirección hacia la cual se pretende llegar con esta tecnología. Es importante subrayar que la formulación de dichos principios para los fines de defensa o militares es un área de trabajo reciente para los gobiernos y para interesados, pero ha demostrado un rápido avance en estos últimos años.

En la Tabla 1 se exponen cuatro instrumentos específicos que han abordado los límites de la inteligencia militar, especialmente en el plano de la defensa. El objetivo es identificar ciertos principios prevalentes y el ámbito de alcance que se le ha atribuido a cada uno.

En conformidad a lo evidenciado en la visión conjunta de dichos instrumentos y a pesar de la diversidad de principios que se pretende reconocer, es posible identificar que predominantemente se vislumbra la tendencia a reconocer como valores éticos indispensables en el desarrollo de IA militar los principios de responsabilidad o rendición de cuentas, principio de trazabilidad o explicabilidad y finalmente el principio de confiabilidad. A continuación, se procede a explicar y analizar cada uno de estos principios.

a) Principio de responsabilidad o rendición de cuentas

Uno de los principios que ha alcanzado mayor reconocimiento tanto para la aplicación de IA en sus usos civiles como en el ámbito militar es el principio de responsabilidad. El alcance de este principio se ha ampliado o reducido por cada emisor, atendiendo a la realidad de cada uno de los Estados en conformidad con sus políticas públicas nacionales o los fines que orientan la implementación de la IA en el ámbito militar.

Según explica el Gobierno de EE. UU., en virtud de este principio se pretende ejercer los niveles apropiados de juicio y cuidado, asegurando que las autoridades mantengan la responsabilidad del desarrollo, despliegue y uso de las capacidades de la IA. En este sentido, en el ámbito de la defensa se exige una supervisión continua en cada una de sus etapas, que incluye “normas de comprobación, controles de responsabilidad, orientación, integración de sistemas humanos y consideraciones de seguridad” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, pp. 5-6). Se destaca que esta vigilancia va más allá de las métricas de rendimiento tradicionales y se manifiesta en todo momento, presentando orientaciones y normas desde el prototipo hasta la producción y el uso.

En virtud de este principio, se pretende evitar que la IA se aplique de manera poco ética o irresponsable, incluso en escenarios de combate. A través de este enfoque, se favorecerá que los desarrolladores y usuarios cuenten con niveles adecuados de confianza en el sistema de IA, facilitando así la rápida adopción y operacionalización de la nueva tecnología (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p.6).

Por otro lado, según el instrumento del Ministerio de Defensa de Reino Unido, este principio se centra en establecer la responsabilidad humana por los actos o funciones que ejecute un sistema de IA, asegurando la rendición de cuentas por los resultados. Esto se logra mediante medios definidos que clarifiquen y mantengan el control humano en cuanto a los medios utilizados, la naturaleza y las limitaciones de dicho control. Este control debe estar presente en cada uno de los ciclos, desde la recopilación y filtrado

de la información presentada a los tomadores de decisiones, la automatización de procesos previamente dirigidos por humanos o procesos mediante los cuales los sistemas habilitados para IA aprenden y evolucionan, inclusive después de su implementación inicial (UK Ministry of Defense, 2022, p.9). Asimismo, se reconoce la complejidad que significa el control humano sobre esta tecnología, especialmente debido a los diversos contextos y capacidades con las que cuenta cada sistema de IA. Sin perjuicio de ello, se exige una articulación de la propiedad del riesgo desde el desarrollo hasta el desmantelamiento, incluida la redistribución en nuevos contextos (UK Ministry of Defense, 2022, p.10).

Finalmente, en cuanto a lo expuesto por las organizaciones supraestatales, OTAN destaca que, respecto de esta tecnología se debe desarrollar y utilizar conforme a los niveles apropiados de juicio y cuidado. El objetivo es establecer la responsabilidad humana y, de esa manera, garantizar la rendición de cuentas (OTAN, 2021a; OTAN, 2021b). Por otra parte, la OCDE declaró que los actores de la IA deben ser responsables del correcto funcionamiento de los sistemas de IA, considerando sus funciones y el contexto, de manera coherente con el estado de la técnica y su capacidad de actuar. Esto implica gestionar en cada una de las fases del ciclo de vida de estos sistemas los riesgos que deriven de ellos, tanto de forma individual por parte de cada uno de los responsables como a través de la cooperación entre los diferentes sujetos responsables (OCDE, 2024, p. 9).

A partir del análisis de los distintos enfoques atribuibles a este principio, es posible deducir que existe una tendencia compartida en cuanto a garantizar la responsabilidad de las personas humanas. Esto se hace con el objetivo de evitar escenarios donde nadie sea responsable o donde la responsabilidad se atribuya a la capacidad de la IA en lugar de a los humanos. Este objetivo se pretende lograr mediante la supervisión continua y el control del riesgo en cada una de las etapas, incluyendo el desarrollo del sistema de IA y el desmantelamiento de este.

Sin embargo, se aprecia que, los instrumentos aplican de forma diferenciada la expresión responsabilidad o rendición de cuentas o, en términos intercambiables, siendo formalmente distinto cada uno de ellos. La responsabilidad implica la atribución de consecuencias, ya sea jurídicas o no, por las acciones u omisiones cometidas, por lo que está ligada al concepto de responder ante una infracción de un marco normativo. Por otro lado, la rendición de cuentas implica un proceso activo de justificación y transparencia, donde el actor responsable no solo responde por sus actos, sino que debe explicar y proporcionar evidencia del cumplimiento de sus deberes. Hacer esta distinción es crucial, pues mientras la responsabilidad puede abordarse post-facto, la rendición de cuentas opera como un mecanismo preventivo que busca evitar acciones indebidas mediante el control continuo.

La relación entre ambos conceptos es complementaria, ya que la rendición de cuentas no solo materializa el principio de responsabilidad, sino que también lo refuerza al permitir la evaluación y fiscalización del comportamiento del actor responsable en tiempo real. Mientras que la responsabilidad suele activarse tras la comisión de un hecho, la rendición de cuentas se activa antes, durante y después del acto, lo que contribuye a prevenir fallos y asegura que las acciones estén alineadas con los estándares éticos y normativos. De este modo, la rendición de cuentas actúa como una herramienta

fundamental para garantizar que el principio de responsabilidad no quede reducido a la mera atribución de consecuencias, sino que también se fomente la corrección y mejora continua de las conductas que podrían generar perjuicios.

A pesar de esta distinción terminológica, a futuro estos instrumentos tendrán que velar por la implementación efectiva de estos principios en el contexto de los SAAL, con el fin de no restringir el alcance de estos límites éticos a meras declaraciones de compromisos. Según este enfoque será crucial la creación de protocolos de evaluación de riesgos y procedimientos de control *ex ante* y *ex post*. Esto implica establecer estándares rigurosos de pruebas y certificación para los SAAL, que evalúen su comportamiento en escenarios complejos y de alto riesgo. Además, es necesario diseñar procedimientos que definan las instancias de revisión en casos de fallos, atribuyendo responsabilidades de manera precisa entre fabricantes, operadores y los propios sistemas autónomos, en función de la naturaleza del fallo. De este modo, se garantiza que estos principios éticos se traduzcan en una aplicación real y eficaz, evitando que se conviertan en meras aspiraciones normativas.

b) Principio de trazabilidad o explicabilidad

En los términos expuestos por el Gobierno de EE. UU., este principio establece que las capacidades de la IA deben desarrollarse y desplegarse para que “el personal pertinente posea una comprensión adecuada de la tecnología, métodos aplicables a las capacidades de IA, incluyendo con metodologías, fuentes de datos y diseño procedimiento y documentación” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p. 42). De forma equivalente, para el Gobierno de Reino Unido, este principio precisa que los sistemas de IA y sus resultados “deben ser entendidos adecuadamente por las personas relevantes, con mecanismos para permitir esta comprensión como parte explícita del diseño del sistema” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 10). En este contexto, la toma de decisiones efectiva y ética se extiende “desde la primera línea de combate hasta las operaciones administrativas, siempre está respaldada por una comprensión adecuada del contexto por parte de quienes toman las decisiones” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 10).

En ese orden de ideas, es posible constatar que todo el personal de defensa debe tener una comprensión adecuada y específica del contexto de los sistemas habilitados para IA con los que operan y con los que trabajan. Sin embargo, el nivel de comprensión diferirá según el conocimiento requerido para actuar éticamente en un rol dado y con un sistema dado (UK Ministry of Defense, 2022, p. 10). Para cumplir con este principio, se explicita que las personas deben estar debidamente capacitadas y ser competentes para operar o comprender estas herramientas. Para ello, es necesario verificar que los sistemas habilitados para IA funcionen según lo previsto.

No obstante, debido a la naturaleza de “caja negra” de algunos sistemas de aprendizaje automático, que dificulta explicar por completo su funcionamiento, se requerirá “poder auditar los sistemas o sus resultados a un nivel que satisfaga a quienes son debidas y formalmente responsables” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 10). Por lo tanto, los mecanismos para interpretar y comprender estos sistemas deben ser una parte crucial y explícita del diseño del sistema durante todo el ciclo de vida. Según lo planteado, esta exigencia debe extenderse igualmente a los proveedores comerciales, fuerzas aliadas y civiles.

Por su parte, la OTAN expuso fundamentos similares, sosteniendo que las aplicaciones de IA deberán ser comprensibles y transparentes, incluso mediante “el uso de metodologías, fuentes y procedimientos de revisión. Esto incluye mecanismos de verificación, evaluación y validación a nivel de la OTAN y/o nacional” (OTAN, 2021a; OTAN, 2021b). En términos similares, la OCDE declaró el compromiso con la transparencia y la divulgación, velando por la comprensión de los sistemas de IA, incluidas sus capacidades y limitaciones. Esto implica informar sobre las fuentes de datos/entradas, factores, procesos y/o lógica que llevaron a la predicción, recomendación o decisión, permitiendo así a los afectados por un sistema de IA comprender el resultado. Además, se destaca la importancia de ofrecer información que permita a quienes se ven afectados negativamente por un sistema de IA cuestionar su resultado (OCDE, 2024, p.9).

De la forma que se ha ido precisando este principio, es evidente que busca dar respuesta a ciertos desafíos técnicos inherentes a la naturaleza de los sistemas de IA, particularmente la opacidad de su funcionamiento. Esta opacidad se refiere a la situación en la cual “no se puede conocer, incluso para sus creadores, y, por lo tanto, mucho menos para sus usuarios legos, cómo funciona un sistema de IA y toma decisiones” (Giannini y Kwik, 2023, p. 11) Por ello, este principio pretende garantizar un entendimiento adecuado por las personas relevantes, con el fin de que los sistemas de IA militares sean comprensibles al encontrarse claras sus metodologías o procedimientos de funcionamiento.

c) Principio de confiabilidad

Desde el Gobierno de EE. UU se ha manifestado la necesidad de contar con una IA responsable para lograr una legítima confianza en la utilización de esta tecnología, puesto que se ha afirmado que “sin confianza los combatientes y los líderes no emplearán AI con eficacia” y que “el pueblo estadounidense no apoyará el uso continuado y la adopción de dicha tecnología” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p. 8). Para ello, se pretende garantizar la confianza en la IA, teniendo en cuenta las condiciones en las que se va a desplegar, entre otros factores relevantes. Este objetivo se irá cumpliendo en la medida en que se aplique un enfoque integral de gestión de riesgos que aborde los riesgos a nivel de sistema, institucionales y sociotécnicos. Esto generará una “evaluación multidimensional y contextual multidimensional y contextual del riesgo en el diseño, despliegue, desarrollo y uso de las capacidades de IA en una amplia gama de escenarios” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p. 8).

Otro aspecto para destacar se refiere al alcance e importancia que se le ha otorgado a este principio, toda vez que se sostiene que no se puede confiar únicamente en los avances tecnológicos por sí mismos, sino que habrá que atender a “los factores clave de la fiabilidad, (...) la capacidad de demostrar una gobernanza fiable estructura, así como la provisión de una formación y educación adecuadas de la mano de obra” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p. 8). Todo esto tiene como objetivo fomentar niveles adecuados de confianza, permitiendo a los trabajadores pasar de concebir la IA como una tecnología enigmática e incomprensible a comprender las capacidades y limitaciones de esta tecnología ampliamente adoptada y aceptada. Esto también aplica para los desarrolladores y usuarios, quienes confiarán en que existen medidas para aplicar los principios éticos de IA y para informar sobre posibles casos de afectación por ellos. Por tanto, este principio se entiende de tal manera que la IA “tendrá usos explícitos y

bien definidos, y la seguridad, protección y eficacia de dichas capacidades estarán sujetas a pruebas y garantías dentro de esos usos definidos a lo largo de todo su ciclo de vida” (DoD Responsible AI Working Council, 2022, p. 41).

Por otro lado, este principio ha sido reconocido por el Ministerio de Defensa del Reino Unido, considerando que los sistemas dotados de IA “deben ser demostrablemente confiables, robustos y seguros” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 11). En este sentido, “deben cumplir con los criterios de diseño e implementación previstos y funciona sociotécnicos r como se espera, dentro de parámetros de rendimiento aceptables” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 11). Estos criterios deben revisarse y probarse regularmente para garantizar la confiabilidad de manera continua y progresiva a medida que estas tecnologías aprenden y evolucionan con el tiempo o se implementan en nuevos contextos o funciones. Asimismo, dado el contexto operativo único de defensa y los desafíos del entorno de la información, se precisa que este principio “requiere que los sistemas habilitados para IA sean seguros y un enfoque sólido para la ciberseguridad, la protección de datos y la privacidad” (UK Ministry of Defense, 2022, p. 11).

Para la OTAN, este principio se traduce en que las aplicaciones de IA tendrán que estar condicionadas a usos explícitos y bien definidos, estando la seguridad, la protección y la solidez de dichas capacidades sujetas a pruebas y garantías dentro de esos casos de uso durante todo su ciclo de vida, incluso a través de procedimientos de certificación establecidos por la OTAN y/o nacionales. Y en el caso de la OCDE, este principio se manifiesta en la necesidad de velar por una IA robusta y segura para que, en condiciones de uso normal, uso previsible o mal uso, u otras condiciones adversas, funcione adecuadamente y no plantee riesgos irrazonables para las personas. En caso de que se le otorgue un uso indebido, existen mecanismos necesarios para que sean anulados, reparados y/o desmantelados de manera segura según sea necesario (OCDE, 2024).

Para concluir esta sección, se sostiene que, a partir del análisis de los principios enunciados, se puede afirmar que su reconocimiento significa dar un gran paso en una trayectoria mucho más larga e intrincada, producto del acelerado avance de la IA en el ámbito militar, lo que depara un largo proceso de transformación, adopción y adaptación tecnológica. Dentro de los aspectos positivos, se advierte que la construcción de principios éticos permite crear nuevas estructuras organizacionales, lo que constituye el primer paso para construir las bases de nuevos marcos regulatorios específicos para esta tecnología. Sin embargo, para integrar estos principios es indispensable brindar las orientaciones y herramientas necesarias que permitan darles operatividad a estos principios, con el fin de aplicarlos en el contexto del desarrollo y uso de la IA militar.

Es importante agregar que la construcción de estos límites éticos, reconocidos por cada Estado u organización, se alza como un límite para cada parte que los suscribe. No obstante, también alcanzan a los sectores industriales, ya sean públicos o privados, que diseñan, desarrollan o usan esta clase de IA. Esto permite tomar consciencia de que el uso ético de la IA no solo es un mero imperativo de carácter moral, sino que también debe concederse el mismo sentido para efectos de la sostenibilidad operativa de esta tecnología, a la que deben adherirse igualmente los contratistas o el sector privado en todo el proceso o curso de desarrollo y uso de esta tecnología, en función de estos principios éticos.

Igualmente, es importante destacar que el desarrollo de estas directrices éticas en el plano militar o de defensa permite crear conciencia y una mentalidad que garantice estos principios en toda la comunidad internacional. Esto podría cambiar la forma en que los distintos gobiernos se autorregulen y colaboren mutuamente en esta materia para alcanzar uniformidad en los principios rectores de esta tecnología, que podrían repercutir en el desarrollo de una regulación vinculante para los Estados.

Pese a lo enunciado anteriormente, es necesario plantear ciertas consideraciones críticas que permitan aclarar si estos límites éticos resultan ser suficientes para evitar los efectos disruptivos de estas tecnologías. Para dar respuesta a ello, si se considera la naturaleza de las directrices éticas y los documentos que contienen estos principios éticos, se puede afirmar que su cumplimiento dependerá en gran medida de la voluntad de cada suscriptor, al no ser constitutivo de un instrumento que permita exigir su cumplimiento forzado, dado su carácter deontológico. Por este motivo, su efectividad se ve reducida al libre albedrío de cada uno de los destinatarios. Por otro lado, el análisis de estas dimensiones éticas ha señalado que “la generalidad y superficialidad de las pautas éticas en muchos casos no solo impide a los actores adecuar su propia práctica a ellas, sino que alienta la devolución de la responsabilidad ética a otros” (Hagendorff, 2020, p. 112).

En concordancia con lo expuesto, se hace evidente que estas construcciones éticas no son suficientes para limitar esta tecnología militar, lo que lleva a reflexionar si se pueden complementar estos valores éticos con alguna normativa adicional que limite el uso y desarrollo de esta tecnología, siendo indispensable examinar la existencia de normas jurídicas o legales que den cobertura a dichos principios.

76

3.2. Los principios reconocidos por el derecho internacional humanitario aplicables a sistemas autónomos de armas letales

Como punto de partida, se debe considerar que a partir de la realidad actual de los ecosistemas regulatorios aplicables a la IA es posible sostener que, por el momento, no se cuenta particularmente con normas de carácter formales, tales como leyes, que permitan regular la investigación y desarrollo de esta tecnología (Bedecarratz Scholz y Aravena Flores, 2023, p. 205). Por este motivo, en lo que respecta a los SAAL, la cuestión principal se relaciona con la capacidad de esta tecnología para cumplir con las normas éticas de conducta adecuada en la guerra (*Ius in Bello*).

Examinando este tema de acuerdo con los principios fundamentales del DIH, entendiéndolo que son “directrices universales, reconocidas por las naciones civilizadas obligatorias para los Estados más allá de un vínculo convencional” (López Díaz, 2009, p. 230), se puede limitar y guiar el comportamiento de los intervinientes en un conflicto armado.

A pesar de que estas normas establecen restricciones al uso de medios y métodos de combate durante las hostilidades, la realidad es que el DIH no fue originalmente diseñado para abordar los desafíos presentados por el desarrollo de la IA en contextos bélicos (Vigevano, 2021, p. 1). No obstante, es posible analizar la problemática de los SAAL en las intersecciones del DIH, con el propósito de limitar los avances tecnológicos. En este contexto, lo que se ha discutido en los últimos años sobre estas armas autónomas es si

pueden limitarse por los principios fundamentales de esta rama del derecho y si ellas pueden cumplir con tales exigencias.

a) Principio de distinción

Uno de los principios que mayor discusión ha planteado en relación con los SAAL es el principio de distinción, consagrado en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, en particular del artículo 48 del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, junto a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de dicho texto, cuyo objeto es restringir los objetivos susceptibles de ser atacados, por lo que se requiere distinguir entre objetivos militares y aquellos que no lo son, estableciéndose así una distinción entre bienes civiles y objetivos militares, siendo estos últimos los únicos que podrán ser objeto de ataque (Chávez *et al*, 2019).

Sobre la base de tales diferenciaciones, el principio de distinción establece que “solamente los que participan en las hostilidades y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, no pudiendo, por ende, atacarse a la población civil, que en todo tiempo y circunstancia deberá ser respetada” (Salmón, 2012, p. 54). En consecuencia, se requiere saber con certeza que las personas a las que se ataca son un objetivo militar o si se trata de un bien civil, lo que implica tener claro que las partes en conflicto deben tomar todas las medidas necesarias para poder cumplir con este principio, con miras a poner a los civiles en un menor riesgo (Chávez *et al*, 2019).

Aplicando este principio a los SAAL, es posible advertir la incertidumbre que surge respecto de si estas armas dan cumplimiento a las exigencias de este principio. Frente a tales escenarios, la literatura ha brindado distintas respuestas en torno a si estas armas pueden o no cumplir con el principio de distinción.

Hay quienes proponen que los SAAL pudiesen cumplir con este principio en escenarios donde, al no ser identificable el objetivo como militar o combatiente, el arma autónoma, ante la duda, asuma que el objetivo es civil y, por tanto, no concrete el ataque en contra del objetivo (Bills, 2014). También se ha sugerido que el arma autónoma solo lleve a cabo el ataque cuando reciba efectivamente un ataque o disparos (Thurnher, 2012), esta afirmación se ha fundamentado en la idea de que estas armas podrían diferenciar entre objetivos civiles y militares de manera más eficiente que los seres humanos, dado que “el juicio humano puede resultar mucho menos fiable que los indicadores técnicos cuando se está en mitad de una batalla” (Schmitt y Thurnher, 2013, p. 235).

En términos similares, se ha intentado legitimar a los SAAL restringiendo su uso tan solo para responder ante algún ataque, empleándolos en operaciones militares donde resulte fácil de ubicar o seleccionar el objetivo, o programándolos para atacar armas, y no a quien las porta (Petman, 2017, p. 38). Incluso, algunos creen que los SAAL pueden “limitarse a las áreas rurales y despobladas, todo lo cual disminuiría significativamente estas preocupaciones” (Farinella, 2021, p. 510), siendo factible incluso que sean utilizados únicamente con la finalidad de combatir otros SAAL. En esta misma línea argumentativa, se sostiene que este tipo de armas autónomas se restrinjan a zonas militarizada, de manera que no pongan a peligro a civiles y a la vez no estén equipadas con armas de destrucción masiva, causando daño solo a combatientes en un campo de batalla (Dombrowszki, 2021).

En contraposición a los argumentos expuestos, se ha precisado que los SAAL nunca podrán cumplir con este principio en la forma establecida por el Convenio de Ginebra y sus protocolos adicionales, dado que estas armas no son capaces de prevenir las diversas situaciones que pueden ocurrir en el contexto de conflictos armados ni lograr prever los mismos (Asaro, 2012). Por ello, estas armas aún no han alcanzado un grado de conciencia o razonamiento en términos iguales o superiores a los humanos y, como consecuencia de ello, pueden concretar actos sobre objetivos no autorizados por el DIH e incluso fallar en distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles.

De forma complementaria, se ha sostenido que en un conflicto armado pueden suscitarse escenarios que no estén expresamente contemplados por la norma positiva e incluso por las normas consuetudinarias del DIH. Aún más, “han ocurrido situaciones que hasta el momento no han podido preverse por el derecho”, por lo que, en el caso de los SAAL, estos “no podría razonar y actuar acorde a las distintas exigencias del DIH, ya que se trata de una programación y desarrollo anterior al combate o escenario de conflicto” (Chávez *et al*, 2019, p. 17).

A ello se debe agregar que, si bien se considera que estas armas continuarán progresando en el tiempo, persiste la incertidumbre sobre la posibilidad de que estas armas pueda llegar a distinguir correctamente entre un combatiente y un no combatiente. Además, el escenario se complejizará exponencialmente cuando los intervinientes en el conflicto no porten el uniforme o distintivo, y deban ser identificados como combatientes tan solo en función de su participación o en las hostilidades (Foy, 2014).

Asimismo, se ha indicado que los algoritmos de funcionamiento de estas armas autónomas no son capaces de contextualizar y efectuar juicios humanos cualitativos para distinguir lo lícito de lo ilícito (Brehm, 2017). Por ello, Sharkey sostuvo que No existe actualmente un sistema de IA que pueda discernir entre bienes civiles y objetivos militares de manera adecuada, ya que las exigencias de este principio no se limitan a una mera diferenciación basada en uniformes, sino que implica reconocer a quienes están fuera del combate debido a heridas, enfermedad o incluso aquellos que se rinden. Por esta razón, afirmó que estas máquinas carecen no cuentan con aquellos elementos esenciales para asegurar su capacidad de acatamiento de este principio¹⁰.

De este modo, pese a que un arma autónoma puede ejecutar un acto según su programación, se asevera que no es posible que dicho programa traduzca el principio de distinción en los términos del lenguaje de una computadora, partiendo de la base de que ni siquiera el DIH expresa una definición de sujeto civil que sea lo suficientemente específica y completa como para poder transformarla en un *software*¹¹. Por ello, “el software del arma deberá abarcar toda posible situación en donde sea necesario aplicar

10 Para clarificar este argumento, Sharkey tomó como ejemplo el arma Harpy israelí, que corresponde a un vehículo aéreo no tripulado, cuyo funcionamiento depende de la detección de señales de radar. Mediante una base de datos, determina si estas señales son o no amistosas y, en caso de no serlo, conduce un ataque al objetivo seleccionado. Sin embargo, no existe forma de que dicho vehículo pueda determinar, por medio de sus radares, que el objetivo se encuentra en una base militar o en el techo de una escuela. Por esta razón, es incapaz de diferenciar si el objeto de su ataque es un objetivo militar o no. Por lo tanto, si bien se ha calificado al Harpy israelí como un arma autónoma, su funcionamiento es supervisado por una estación de control en tierra a cargo de supervisión humana. Por lo anterior, no llega a una autonomía completa y por sí sola no es capaz de dar cumplimiento con este principio (Sharkey, 2012).

11 Para efectos de comprender este argumento, se debe precisar que la conceptualización de personas “civiles” que contempla el Protocolo I de los Convenios de Ginebra y las normas de costumbre, se encuentra descrita en términos negativos, expresando que corresponde a todo aquel que no es un combatiente (Sharkey, 2012, p. 789).

distinción, e inclusive modificar sus actuaciones en base a los cambios que se puedan suscitar durante las hostilidades” (Carrera Herrera, 2021, p. 10). Sin embargo, esto resulta complejo de cumplir según los avances alcanzados por esta tecnología.

Por tanto, a partir de los argumentos expuestos, se puede concluir que en la actualidad no existe manera de que un SAAL pueda algoritmizar totalmente las exigencias de este principio, debido a que aún persisten diversas barreras tecnológicas que deben resolverse para que en el futuro puedan lograrlo (Carrera Herrera, 2021, p. 13). Entendiendo que incluso el procesamiento de estas máquinas está por detrás del razonamiento humano, especialmente en la evaluación de cambios contextuales que pueden conducir a errores en la selección y ataques a objetivos, con el potencial de poner en peligro vidas humanas, una situación que no puede ser aceptada según las demandas de este principio (Aravena Flores, 2024a).

b) Principio de precaución

El principio de precaución se encuentra consagrado en el artículo 57 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra. Según lo dispuesto en dicho texto “las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil”¹². Por ello, ante alguna violación a este principio, los combatientes deberán suspender o cancelar cualquier agresión en contra de objetivos no susceptibles de ataque”¹³.

Así, las precauciones entre quienes planifican o deciden un ataque son, por un lado, hacer lo posible para verificar que los objetivos a atacar sean militares y no civiles, y, por otro lado, deben tomar todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos de ataque, para evitar o disminuir cualquier daño en contra de objetos o personas civiles¹⁴. Como se desprende de la expresión de este principio, e requiere que las partes tomen una serie de medidas cautelares al llevar a cabo un ataque, diseñadas para evitar que la población civil sufra sufrimientos innecesarios o excesivos, al punto de “abstenerse de realizar un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambos, que serían excesivos en relación con la ventaja militar prevista” (Salmón, 2012, p. 99).

Según lo previsto en el artículo 57 del Primer Protocolo Adicional y en relación con la realidad que presentan los SAAL, se podría argumentar que estas armas cumplirán con este principio siempre que las operaciones militares realizadas con ellas eviten causar daños o sufrimientos innecesarios y excesivos a civiles u otros bienes protegidos. Además, si se produce algún daño colateral como resultado del ataque, este no debe ser desproporcionado en comparación con la ventaja militar obtenida mediante el uso de estas armas.

Atendiendo a lo expuesto, se argumenta que un arma autónoma podría cumplir con el principio de precaución siempre que tenga la capacidad de interrumpir o detener el ataque si el objetivo parece no ser militar o está sujeto a protección especial. Esto implica que, frente a escenarios cambiantes donde el objetivo militar puede variar en su calidad

12 Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, art. 57(1).

13 Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, art. 57(2.a.iii) y (2.b).

14 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, art. 57(a)(i)-(ii).

y no exista la suficiente certeza de su naturaleza, estas armas puedan abstenerse de concretar el ataque. Existiendo dicha capacidad, se ha estimado que el uso de armas autónomas respetaría el principio de precaución (Chávez *et al*, 2019). Además, se argumenta que los SAAL pueden mejorar el cumplimiento del principio de precaución, dado que pueden operar de manera conservadora al optar por disparar como una alternativa secundaria. También pueden ser programados para evaluar situaciones de forma similar a un operador humano, detectando cambios en el contexto y suspendiendo los ataques cuando resulta claro que los civiles están siendo seleccionados como objetivos (Sassóli, 2014).

En consecuencia, debido a las particulares condiciones y escenarios que se pueden verificar en un conflicto armado, las medidas necesarias dependen en gran medida del contexto y pueden cambiar de manera rápida e impredecible. Es fundamental verificar constantemente la selección del objetivo, el tipo de arma, el tiempo y el método de ataque, puesto que, si el ataque se vuelve ilegítimo, debe cancelarse o suspenderse antes de que impacte al objetivo. Por lo tanto, el arma debe ser capaz de recibir información continuamente para evaluar en todo momento la legitimidad del ataque y equilibrarla con la ventaja militar (Carrera, 2021). En ese sentido, se ha inferido que estas armas, en la mayor parte de las situaciones, no serán capaces de llevar a cabo la evaluación necesaria de forma independiente, siendo crucial contar con supervisión humana en las decisiones de ataque para garantizar que se dirijan únicamente contra objetivos militares legítimos (Boothby, 2009).

De este modo, es necesario destacar que el principio de precaución implica evaluaciones complejas que son difíciles de traducir adecuadamente a un *software* de IA (Boulain y Verbruggen 2017). En consecuencia, se sostiene que las armas autónomas podrían cumplir con este principio y ser consideradas lícitas únicamente cuando no sea factible emplear un sistema que proteja mejor a los objetivos civiles sin comprometer la ventaja militar (Thurnher, 2016). Sin embargo, para lograr esto, un SAAL tendría que ser capaz de cancelar o suspender un ataque si el objetivo deja de ser militar, lo cual requiere un examen detallado caso por caso, algo que estas armas aún no pueden garantizar completamente (Aravena Flores, 2024a).

c) Principio de proporcionalidad

Este principio establece que un ataque no debe causar daños desproporcionados o excesivos en relación con la ventaja militar específica y directa obtenida (Carrera, 2021). Bajo esos términos, el Protocolo Adicional I determina que un ataque es considerado desproporcional “cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹⁵. Esto significa que los daños a la población no deben ser desproporcionados en relación con la ventaja militar concreta, directa y prevista esperada.

En virtud de este principio, se debe cesar cualquier ataque que pueda previsiblemente causar la muerte o el daño a civiles, así como a sus pertenencias, por considerarse excesivo

15 Artículo 51.5, Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

en relación con la ventaja militar pretendida. Sin embargo, es importante destacar que ello no significa que se prohíban absolutamente todo tipo de daños colaterales, siendo materia de prohibición la concreción de daños que pueden resultar excesivos (Thurnher, 2012).

Se ha planteado a favor de estas armas autónomas que podrían evaluar los daños colaterales durante un ataque, dado que las capacidades de la IA podrían ser superior a la de un soldado humano. Además, “evaluar un ataque proporcionado es una tarea computacional, donde las habilidades de las máquinas son mejores que las de los humanos” (Dombrowszki, 2021, p. 19). Para respaldar este argumento, se sostiene que los principales ejércitos ya realizan esta evaluación al respecto mediante un sistema conocido como “metodología de estimación de daños colaterales”, que utiliza datos científicos y estándares objetivos (Boulanin y Verbruggen, 2017, p. 74; Schmitt, 2013, pp. 19-20).

Mediante estos métodos de estimación sistemáticos, se podrían tomar decisiones sobre la proporcionalidad requerida y programar adecuadamente los SAAL antes de un ataque, permitiéndoles incorporar en sus sistemas diferentes umbrales en función de niveles aceptables de daño colateral para objetivos militares específicos ya definidos. Por esta razón, siendo capaces de analizar estos factores y desarrolladas con tecnología avanzada, es probable que tengan más éxito en determinar estas variables en comparación con una persona natural, especialmente si se considera que los seres humanos utilizan diversas tecnologías para calcular el daño esperado (Chávez *et al*, 2019).

Además, se argumenta que, al incorporar ciertas las restricciones geográficas en el uso de SAAL, se contribuiría a cumplir con este principio en situaciones simples. Por ejemplo, se señala que las armas autónomas deberían ubicarse en áreas escasamente pobladas o a lo largo de una zona desmilitarizada, como una frontera (Boulanin y Verbruggen, 2017, pp. 74-75). Por otro lado, debido a que la evaluación que realizan las armas autónomas respecto a la situación no se ve afectada por aspectos emotivos como la ira o el miedo, ni por prejuicios raciales u otros, estas armas podrían actuar de manera más imparcial que los soldados o personas involucradas en un conflicto.

Contrariamente a los argumentos mencionados, se señala que, a pesar de los avances significativos en IA, siempre se ha atribuido exclusivamente a los seres humanos la facultad de juzgar si un ataque es proporcional o no. Esto se debe a que dicho juicio de valor se equipara a lo que haría un soldado razonable en ese lugar y bajo esas circunstancias específicas de un contexto (Thurnher, 2012). De manera similar, ciertas instituciones no gubernamentales exponen que los SAAL no podrán cumplir las exigencias de este principio, puesto que estos requieren más que un simple examen de datos cuantitativos, y un robot no puede programarse para replicar el proceso psicológico del juicio humano necesario para evaluar la proporcionalidad (Human Rights Watch, 2012).

Por tanto, no hay un método definitivo para cuantificar la importancia de la proporcionalidad, ya que no existe una norma que establezca cuántas vidas civiles pérdidas son proporcionales al ataque de una base militar (Petman, 2017). De este modo, para cumplir con este principio “deberán reaccionar a todas las situaciones cambiantes, y constantemente calcular el daño colateral y la ventaja militar” (Carrera, 2021, p. 15). Para ello, se requeriría de un sistema que cuenta con un procesamiento sofisticado y complejo, con facultades de sensibilidad y de discernimiento, y un algoritmo capaz de tomar decisiones rápidas y certeras. Esto se debe a que necesitan una evaluación

detallada basada en criterios subjetivos como la buena fe, el sentido común, la capacidad de discernimiento y la racionalidad (Sharkey, 2012).

En este sentido, actualmente no está claro si un SAAL podrá realizar evaluaciones subjetivas que involucran análisis de costo-beneficio inherentes a las decisiones de proporcionalidad (Farinella, 2021). Además, para cumplir con este principio, el arma autónoma necesitaría ser “actualizada constantemente sobre operaciones y planes militares” (Sassóli, 2014, p. 332), algo que en la actualidad es técnicamente poco factible de cumplir.

A partir de lo expuesto, es evidente que un SAAL no podría determinar un ataque adecuado a la luz del DIH, especialmente en lo concerniente al principio de proporcionalidad. Por lo tanto, se sugiere que dicho análisis requiere un “criterio humano” (Petman, 2017, p. 38), puesto que los SAAL no son capaces de capturar en tiempo real las señales contextuales necesarias para determinar la proporcionalidad entre el daño y la ventaja militar esperada. Además, no están aptos para realizar juicios de valor subjetivos que se basan en emociones y experiencias humanas (Farinella, 2021).

Conclusiones

En el contexto de este artículo de investigación, se analizó brevemente el alcance de algunos principios prevalentes sobre la IA ética en el ámbito militar. Se evidenció una convergencia en torno a tres principios éticos (responsabilidad o rendición de cuentas, trazabilidad o explicabilidad y confiabilidad), con alto grado de similitud en torno al sentido y el alcance, lo que demuestra una uniformidad sobre los valores éticos que deben delimitar el desarrollo y uso de estas armas. Pero, la uniformidad en torno a estos principios éticos plantea un desafío, que alude a la posible disparidad en su interpretación cuando se aplican en contextos culturales, ideológicos y de gobierno diversos. Aunque tales principios parecen tener consenso en su reconocimiento, su implementación puede variar según el marco político, legal y ético de cada país o región. Esta pluralidad de interpretaciones podría generar tensiones sobre nuevas regulaciones que orienten el desarrollo y uso de la IA militar.

Es crucial reconocer que el abordaje primario de esta problemática debe ser ético, instando a los gobiernos a llevar a cabo revisiones éticas de la IA militar para restringir su uso en combate hasta que no haya un consenso público lo suficientemente sólido y robusto que limite los potenciales riesgos que implica esta tecnología. Sin embargo, la naturaleza de los instrumentos que contienen tales principios carece de una suficiencia que permita delimitar la IA militar, dado que estos textos dependen de las voluntades de sus suscriptores y de los compromisos que se hayan asumido.

Como consecuencia de ello, el uso de esta tecnología debe velar por el cumplimiento de los lineamientos éticos como punto de partida, para así asegurar consecuentemente el DIH. Desde este último plano, el uso de estas armas autónomas enfrenta varios obstáculos, puesto que, hasta la fecha y conforme al desarrollo actual de esta tecnología, las armas autónomas no son capaces de cumplir estrictamente con los principios del DIH. Por lo tanto, seguirá siendo necesario mantener un juicio humano en los actos desplegados

por esta tecnología militar, lo que hace indispensable mantener aún un control humano significativo en la decisión de atacar y seleccionar ciertos objetivos. Por ello, parece haber un consenso sobre la necesidad de que el ser humano ejerza un control suficiente sobre los SAAL. Mantener el papel fundamental del ser humano en esas decisiones y su control sobre ellas será esencial para evitar consecuencias impredecibles tanto para civiles como para combatientes, lo cual está en concordancia con los principios éticos y legales.

En resumen, frente a la realidad que presentan los SAAL, se debe reconocer la necesidad de cumplir con un estándar alto, tanto a nivel ético como legal, antes de desplegar el desarrollo y uso de este tipo de armas. Por los argumentos expuestos, los Estados deberían avanzar en la adopción de medidas legislativas a nivel nacional, con el objetivo de contar con normas legales específicas que regulen esta clase de armas autónomas, además de promover conversaciones sobre una elaboración de una norma internacional de carácter vinculante que atienda a los principios éticos prevalentes y a los principios del DIH.

Referencias bibliográficas

- Anderson, M., y Anderson, S. (2015). Toward ensuring ethical behavior from autonomous systems: A case-supported. *Industrial Robot*, 42(5), 324-331. <https://doi.org/10.1108/IR-12-2014-0434>
- Aravena Flores, M.A. (2024a). Dilemas derivados del uso de sistemas autónomos de armas letales en el derecho internacional humanitario. *Justicia (Barranquilla. En línea)*, 29(45), 1-15. <https://doi.org/10.17081/just.29.45.7143>
- Aravena Flores, M.A. (2024b). Inteligencia artificial militar: problemas de responsabilidad penal derivados del uso de sistemas autónomos de armas letales. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, 31, 1-34. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-6632>
- Asaro, P. (2012). On banning autonomous weapon systems: Human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making. *International Review of the Red Cross*, 94(886), 687-709. <https://doi.org/10.1017/S1816383112000768>
- Azuaje Pirela, M., y Finol González, D. (2023). Aproximaciones a la noción de inteligencia artificial y otros conceptos vinculados con ella. En M. Azuaje (Ed.), *Introducción a la Ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial* (pp. 18-34). La Ley.
- Bedecarratz Scholz, F., y Aravena Flores, M.A. (2023). Principios y directrices éticas sobre inteligencia artificial. En M. Azuaje (Ed.), *Introducción a la Ética y el Derecho de la Inteligencia Artificial* (pp. 204-218). La Ley.
- Bills, G. (2014). LAWS onto themselves: Controlling the development and use of lethal autonomous weapons systems. *George Washington Law Review*, 83(1). <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2015/03/83-Geo-Wash-L-Rev-176.pdf>
- Bo, M. (2021). Autonomous weapons and the responsibility gap in light of the mens rea of the war crime of attacking civilians in the ICC statute. *Journal of International Criminal Justice*, 19(2), 275-299. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqab005>

Boothby, W. (2009). *Weapons and the law of armed conflict*. Oxford University Press.

Boulanin, V., y Verbruggen, M. (2017). *Mapping the development of autonomy in weapon systems*. Stockholm International Peace Research Institute. <https://www.sipri.org/publications/2017/other-publications/mapping-development-autonomy-weapon-systems>

Brehm, M. (2017). Defending the boundary: Constraints and requirement on the use of autonomous weapon systems under international humanitarian law and human rights law. *Geneva Academy Briefing*, 9. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2972071>

Carrera Herrera, B. (2021). Responsabilidad penal internacional para el empleo de armas completamente autónomas durante conflictos armados. *Revista de Investigación Académica y Educación ISTCRE*, 5(2), 93-101. <https://www.revistaacademica-istcre.edu.ec/articulo/94>

Čerka, P., Grigienė, J., y Sirbikyťe, G. (2017). Is it possible to grant legal personality to artificial intelligence software systems? *Computer Law & Security Review*, 33(5), 685-699. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.03.022>

Chávez, D.M., Cruz García, C., y Herrera Jaramillo, P. (2019). Robots asesinos: ¿Realidad o ficción? Los sistemas de armas autónomas en el marco del derecho internacional humanitario. *USFQ Law Review*, 6(1), 11-28. <https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1405>

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2015). *XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja: Informe* (CICR, ES 321/C/15/11).

Defense Innovation Board. (2020a). *AI principles: Recommendations on the ethical use of artificial intelligence by the Department of Defense*. https://media.defense.gov/2019/Oct/31/2002204458/-1/-1/0/DIB_AI_PRINCIPLES_PRIMARY_DOCUMENT.PDF

Defense Innovation Board. (2020b). *AI principles: Recommendations on the ethical use of artificial intelligence by the Department of Defense*. https://media.defense.gov/2019/Oct/31/2002204459/-1/-1/0/DIB_AI_PRINCIPLES_SUPPORTING_DOCUMENT.PDF

Departamento de Defensa de Estados Unidos. (2022). *U.S. department of defense responsible artificial intelligence strategy and implementation pathway*. <http://bitly.ws/MnJP>

DOD Responsible AI Working Council. (2022). *U.S. Department of Defense responsible artificial intelligence strategy and implementation pathway*. <https://media.defense.gov/2022/Jun/22/2003022604/-1/-1/0/Department-of-Defense-Responsible-Artificial-Intelligence-Strategy-and-Implementation-Pathway.PDF>

Dombrowszki, Á. (2021). The unfounded bias against autonomous weapons systems. *Információs Társadalom*, 21(2), 13-28. <https://doi.org/10.22503/inftars.XXI.2021.2.2>

Farinella, F. (2021). Sistemas de armas autónomas y principios del derecho internacional humanitario. *Quaestio Iuris*, 14(2), 504-514. <https://doi.org/10.12957/rqi.2021.54593>

- Foy, J. (2014). Autonomous weapons systems: Taking the human out of international humanitarian law. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 23, 47-70. <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/djls/vol23/iss1/3/>
- Galliot, J.C., Cappuccio, M.L., y Wyatt, A. (2022). Taming the killer robot: Toward a set of ethical principles for military artificial intelligence. *Journal of Indo-Pacific Affairs*. <https://www.airuniversity.af.edu/JIPA/Display/Article/3091254/taming-the-killer-robot-toward-a-set-of-ethical-principles-for-military-artific/>
- Giannini, A., y Kwik, J. (2023). Negligence failures and negligence fixes: A comparative analysis of criminal regulation of AI and autonomous vehicles. *Criminal Law Forum*. <https://doi.org/10.1007/s10609-023-09451-1>
- Human Rights Watch. (2012). Losing humanity: The case against killer robots. https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/arms1112_ForUpload.pdf
- Krishnan, A. (2009). Killer robots: Legality and ethicality of autonomous weapons. Ashgate Publishing.
- López Díaz, P. (2009). Principios fundamentales del derecho internacional humanitario. *Revista Marina*, 3, 230-238. <https://revistamarina.cl/revistas/2009/3/lopez.pdf>
- López Jacoiste, E. (2020). El empleo de drones armados desde la perspectiva del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. En M. J. Cervell (Ed.), *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: Drones, armas autónomas y ciberespacio* (pp. 67-110). Thomson Reuters Aranzad. https://www.researchgate.net/publication/348993836_El_empleo_de_drones_armados_desde_la_perspectiva_del_Derecho_internacional_humanitario_y_el_Derecho_internacional_de_los_derechos_humanos
- López-Casamayor, A. (2019). Armas letales autónomas a la luz del derecho internacional humanitario: Legitimidad y responsabilidad. *Cuadernos de Estrategia*, 201, 177-213. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7230262>
- Majumdar Roy Choudhury, L., Aoun, A., Badawy, D., De Albuquerque, L.A., Marjane, Y., y Wilkinson, A. (2021). Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011). <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/037/72/PDF/N2103772.pdf?OpenElement>
- Ministerio de Defensa del Reino Unido. (2022). Ambitious, safe, responsible: Our approach to the delivery of AI-enabled capability in defence. <http://bitly.ws/MnKm>
- Obregón Fernández, A., y Lazcoz Moratinos, G. (2024). La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 42, 1-29. <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2483>
- Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). (2021a). An artificial intelligence strategy for NATO. <http://bitly.ws/MnKD>
- Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). (2021b). Summary of the NATO artificial intelligence strategy. https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_187617.htm

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2024). Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>
- Petman, J. (2017). Autonomous weapons systems and international humanitarian law: 'Out of the loop'?. The Eric Castren Institute of International Law and Human Rights. https://um.fi/documents/35732/48132/autonomous_weapon_systems_an_international_humanitarian_law__out_of_the/c0fca818-3141-b690-0337-7cfc-cbed3013?t=1525645981157
- Press, M. (2018). Of robots and rules: Autonomous weapon systems in the law of armed conflict. *Georgetown Journal of International Law*, 48, 1337-1366. <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/48-4-Of-Robots-and-Rules.pdf>
- Raso, F.A., Hilligoss, H., Krishnamurthy, V., Bavitz, C., y Kim, L. (2018). Artificial intelligence & human rights: Opportunities & risks. *Berkman Klein Center Research Publication*, 2018(6), 1-62. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3259344>
- Salmón, E. (2012). Introducción al derecho internacional humanitario. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Samek, W., Wiegand, T., y Mülle, K. R. (2017). Explainable artificial intelligence: Understanding, visualizing and interpreting deep learning models. *arXiv*, 1-8. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1708.08296>
- Saria, O., y Celik, S. (2021). Legal evaluation of the attacks caused by artificial intelligence-based lethal weapon systems within the context of Rome Statute. *Computer Law & Security Review*, 42, 1-15. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105564>
- Sassóli, M. (2014). Autonomous weapons and international humanitarian law: Advantages, open technical questions and legal issues to be clarified. *International Law Studies*, 90(1). <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=ils>
- Schmitt, M. (2013). Autonomous weapon systems and international humanitarian law: A reply to the critics. *Harvard National Security Journal*, 1-37. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.21>
- Schmitt, M.N., y Thurnher, J.S. (2013). Out of the loop: Autonomous weapon systems and the law of armed conflict. *Harvard National Security Journal*, 14, 231-281. <https://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2013/01/Vol-4-Schmitt-Thurnher.pdf>
- Sehrawat, V. (2021). Autonomous weapon system and command responsibility. *Florida Journal of International Law*, 31(3). <https://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol31/iss3/2>
- Sharkey, N.E. (2012). The evitability of autonomous robot warfare. *International Review of the Red Cross*, 94(886), 787-799. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/review/2012/irrc-886-sharkey.pdf>

- Soori, M., Arezoo, B., y Dastres, R. (2023). Artificial intelligence, machine learning and deep learning in advanced robotics: A review. *Cognitive Robotics*, 3, 54-70. <https://doi.org/10.1016/j.cogr.2023.04.001>
- Szpak, A. (2019). Legality of use and challenges of new technologies in warfare – The use of autonomous weapons in contemporary or future wars. Cambridge University Press, 28(1), 118-131. <https://doi.org/10.1017/S1062798719000310>
- Thurnher, J.S. (2012). No one at the controls: Legal implications of fully autonomous targeting. *Joint Force Quarterly*, 67(4), 77-84. https://ndupress.ndu.edu/Portals/68/Documents/jfq/jfq-67/JFQ-67_77-84_Thurnher.pdf
- Thurnher, J.S. (2016). Means and methods of the future: Autonomous systems. In P. Ducheine, M. Schmitt, y F. Osinga (Eds.), *Targeting: The challenges of modern warfare* (pp. 177-199). T.M.C. Asser Press. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-072-5_9
- UK Ministry of Defense. (2022). Ambitious, safe, responsible: Our approach to the delivery of AI-enabled capability in defence. <https://www.gov.uk/government/publications/ambitious-safe-responsible-our-approach-to-the-delivery-of-ai-enabled-capability-in-defence>
- UN General Assembly. (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. <https://www.refworld.org/es/docid/50acc1a12.html>
- Vigevano, M.R. (2021). Inteligencia artificial aplicable a los conflictos armados: Límites jurídicos y éticos. *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 197(800), 1-13. <https://doi.org/10.3989/arbor.2021.800002>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la: 1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

HENRIQUE GOMES DOS SANTOS

Investigador independiente (Brasil)

gomes hens@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-8756-6191>

LARISSA PIZZOTTI FAIÇAL

Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

lpfaical@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-7449-6343>

Recibido: 07/10/2024 - Aceptado: 21/11/2024

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

Gomes dos Santos, H. y Pizzotti Faiçal, L. (2024). Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal?. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e466. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.6>

Tendencias contemporáneas de la culpabilidad: ¿apertura a la realidad social o (re)funcionalización de la dogmática penal?

Resumen: El objetivo de esta investigación es cuestionar si la presunta apertura dogmática a la realidad social en el funcionalismo penal constituye una función racionalizadora del sistema y garante de los Derechos Humanos, o simplemente una (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito. Se pretende presentar las funciones latentes del funcionalismo dogmático, demostrando que su funcionalización, al menos en nuestra realidad marginal, es problemática, no permitiendo la construcción de una dogmática penal liberadora para contener el poder punitivo; por el contrario, (re)legitima su uso y encubre las funciones reales de la pena. La importancia de la investigación radica en el compromiso con el dilema ético y el uso de la técnica jurídica abstracta a partir de su apertura a los datos de la realidad. Para cumplir con estos objetivos, se lleva a cabo un análisis interpretativo del Funcionalismo Dogmático, desde la categoría de Culpabilidad, que se muestra funcionalmente ambigua al confrontar el discurso oficial y el discurso latente. El hilo conductor del análisis es, por lo tanto, esta misma contradicción, que proporciona el movimiento real del objeto en su lógica operativa. Se adopta el método inductivo, que permite pasar de lo desconocido a lo conocido al avanzar de lo visible (funcionalismo dogmático) a lo invisible (potencial funcional latente).

Palabras clave: funcionalismo; culpabilidad; (re)funcionalización; dogmática penal

Contemporary trends regarding culpability: openness to social reality or (re)functionalization of criminal dogmatics?

Abstract: The objective of this research is to question whether the alleged dogmatic openness to social reality in crime functionalism constitutes a rationalization of the system and a guarantor of Human Rights, or merely a (re)functionalization and technocratic (re)legitimation of the theory of crime. We seek to present the latent functions of functionalist dogmatics, demonstrating that its functionalization, at least in our marginal reality, is problematic, as it does not enable the construction of a liberating criminal dogmatics to contain punitive power; but rather (re)legitimises its use and conceals the real functions of punishment. The importance of the research lies in the commitment to the ethical dilemma and the use of the abstract legal technique from its openness to the data of reality. To fulfil these objectives, we carried out an interpretative analysis of Functionalism Dogmatics, based on the category of Culpability, which appears to be functionally ambiguous when faced with the official discourse and the latent discourse. The guiding principle of this analysis, therefore, is this contradiction itself, which offers the real movement of the object in its operational logic. We adopted the inductive method, which allows us to move from the unknown to what is known by advancing from what is visible (functionalist dogma) to what is invisible (latent functional potential).

Keywords: functionalism, culpability, (re)functionalization, criminal dogmatics.

Tendências contemporâneas da culpabilidade: abertura para a realidade social ou (re)funcionalização da dogmática penal?

Resumo: O objetivo desta pesquisa é questionar se a suposta abertura dogmática à realidade social no funcionalismo penal constitui uma função racionalizadora do sistema e garante dos Direitos Humanos, ou se é simplesmente uma (re)funcionalização e (re)legitimação tecnocrática da teoria do delito. Pretende-se apresentar as funções latentes do funcionalismo dogmático, demonstrando que sua funcionalização, pelo menos em nossa realidade marginal, é problemática, não permitindo a construção de uma dogmática penal libertadora para conter o poder punitivo; pelo contrário, (re)legitima seu uso e encobre as funções reais da pena. A importância da pesquisa reside no compromisso com o dilema ético e no uso da técnica jurídica abstrata a partir de sua abertura aos dados da realidade. Para cumprir esses objetivos, realiza-se uma análise interpretativa do Funcionalismo Dogmático, a partir da categoria de Culpabilidade, que se mostra funcionalmente ambígua ao confrontar o discurso oficial e o discurso latente. O fio condutor da análise é, portanto, essa mesma contradição, que proporciona o movimento real do objeto em sua lógica operativa. Adota-se o método indutivo, que permite passar do desconhecido ao conhecido ao avançar do visível (funcionalismo dogmático) ao invisível (potencial funcional latente).

Palavras-chave: funcionalismo; culpabilidade; (re)funcionalização; dogmática penal

Introducción y planteamiento del problema

La presente investigación se basa en el enfoque del iuspositivismo funcional de sus dos mayores exponentes: Claus Roxin y Günther Jakobs, en relación con la construcción teórico-dogmática de la categoría de *culpabilidad*.

Desde el histórico juicio del caso Mensalão (AP 470/STF) y la vulgarización de la teoría del dominio del hecho (*Tatherrschaft*), creemos que, en *terrae brasilis*, la teoría y la práctica no parecen estar separadas, como sostiene Streck (2012), sino funcionalizadas.

Siguiendo las enseñanzas de la Escuela de Frankfurt¹, podemos analizar que la *racionalidad técnica* opera en una constante identificación del objeto con el sujeto, un proceso de reificación, de donde los datos de la realidad son extraídos *prima facie*, tal como se presentan, de forma a repetirlos sin profundizar en ellos y, por lo tanto, comprenderlos en su *totalidad*.

Los instrumentos dogmáticos en nuestra realidad marginal² han sido instrumentalizados para la *razón de dominación*. La razón crítica debe ser capaz de señalar el carácter de explotación, dominación e injusticias que se perpetran, no solo cuando se contraponen al Derecho, sino por el propio Derecho.

Partimos del supuesto de que el Derecho Penal representa una *actitud de defensa* indispensable contra los abusos del poder punitivo, con constantes ataques a las garantías constitucionales y con efectos de marginación y división social. Por lo tanto, sería indispensable trabajar con una *dogmática penal liberadora*, en la cual se comprenda la represión penal como un instrumento autoritario, y que, siguiendo los preceptos del Estado Democrático, contenga el poder punitivo del Estado.

Cuando Muñoz Conde (1975, p. 267) percibe, como una tendencia contemporánea -post-finalista-, una especie de apertura a la realidad social dentro de la producción académica alemana, y que, por lo tanto, esta tradición aparentaría un abandono de los excesos sistemáticos del finalismo con énfasis en las cuestiones valorativas y problemáticas, surge la pregunta.

Interrogamos, entonces, si la presunta apertura dogmática a la realidad social en el funcionalismo constituye una función racionalizadora³ del sistema y garantizadora de los Derechos Humanos, o simplemente opera como una (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito.

1 “Na redução do pensamento a uma *aparelhagem matemática* está implícita a ratificação do mundo como sua própria medida. O que aparece como triunfo da *racionalidade objetiva*, a submissão de todo ente ao *formalismo lógico*, tem por preço a *subordinação obediente da razão ao imediatamente dado*. Compreender o dado enquanto tal, descobrir nos dados não apenas suas relações espaço-temporais abstratas, com as quais se possa então agarrá-las, mas ao contrário pensa-las como a superfície, como aspectos mediatizados do conceito, que só se realizam no desdobramento de seu sentido social, histórico, humano – toda pretensão do conhecimento é abandonada. Ela não consiste no mero perceber, classificar e calcular, mas precisamente na negação determinante de cada dado imediato. Ora, ao invés disso, o *formalismo matemático*, cujo instrumento é o número, a figura mais abstrata do imediato, mantém o pensamento firmemente preso à mera identidade. O factual tem a última palavra, o *conhecimento restringe-se à sua repetição*, o pensamento *transforma-se na mera tautologia*. Quanto mais a maquinaria do pensamento subjugar o que existe, tanto mais cegamente ela se contenta com essa reprodução”, en Adorno; Horkheimer, 1985, p. 34)

2 “Como es lógico, el control social en las sociedades coloniales sufrió una notable transformación: los sistemas de control social originarios fueron reemplazados por otros que respondían a la estructura del poder de la sociedad colonial, la que, a su vez, pasaba a insertarse en la estructura de poder mundial. Pasamos a ocupar una posición marginal en una estructura de poder mundial, de la cual aún no hemos salido. Las minorías colonizadoras fueron las clases privilegiadas, y el poder, en general, se orientaba a reprimir todo lo que afectase la actividad extractiva de metales o productora de materia prima o pusiera en peligro a la autoridad colonial.” (Zaffaroni, 1988, p. 62)

3 Esta razón se presta para la crítica y deslegitimación del Derecho Penal tal como se ha concebido hasta ahora.

Concluimos que la culpabilidad es el vínculo categorial entre el delito y la pena debido a que su fundamento material, el libre albedrío, fundamenta el proceso de imputación⁴, creemos que el concepto analítico que proporciona una mejor comprensión de la instrumentalidad dogmática para (re)legitimar el uso de la violencia estatal es la pena.

De esta manera, la presente investigación tiene como objetivo presentar las funciones latentes de la dogmática funcionalista, demostrando que su funcionalización, al menos en nuestra realidad marginal, es problemática en el mejor de los casos. No nos permite construir una dogmática penal de liberación para contener el poder punitivo, sino que, por el contrario, (re)legitima su uso y encubre las verdaderas funciones de la pena.

La importancia de la investigación se evidencia por el compromiso con el dilema ético, reconociendo el resultado del sistema de justicia criminal como “el mayor crimen contra la humanidad en curso en el país”, y la necesidad de que la técnica jurídica abstracta (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal) se oriente según las ciencias criminales (Criminología y Política Criminal) para lograr el objetivo democrático de limitar el poder punitivo del Estado.

Para cumplir con estos objetivos, buscamos un análisis interpretativo de la Dogmática Funcionalista, partiendo de la categoría de Culpabilidad, que resulta funcionalmente ambigua cuando se enfrenta al *discurso oficial* y al *discurso latente*. El hilo conductor del análisis, por lo tanto, es esta misma contradicción, que ofrece el movimiento real del objeto en su lógica operativa. Adoptamos el método inductivo que nos permite pasar de lo desconocido a lo conocido al avanzar de lo visible (dogmática funcionalista) a lo invisible (potencial funcional latente).

92

I. La ambigüedad de lo penal

La teoría criminológico-crítica⁵ nace con dos agendas: una negativa y una positiva. En cuanto a la agenda *negativa*, contempla: a) una crítica a los fundamentos y presupuestos del *paradigma etiológico* (modelo social consensual, postulado causal-determinista y el método cientificista); b) una crítica a los fundamentos y presupuestos del *Derecho penal* (discurso de neutralidad científica y de aplicación igual de la ley penal); c) una crítica al funcionamiento de las *agencias punitivas* (carácter selectivo y estigmatizante); d) una crítica del *sistema económico* y su dependencia con el *sistema punitivo* (sirve a la reproducción del sistema capitalista para mantener el *status quo*) (Carvalho, 2013, p. 287-288).

4 Siendo y estando imputable en el momento de la conducta, y siendo consciente de la punibilidad del hecho, es decir, dotado de razón, el sujeto será responsabilizado por el acto injusto causado, ya que tenía, en el momento del hecho, la posibilidad (léase libertad) mental y moral de elegir cómo actuar (conforme a la norma o en contra de ella). (Fuziger, 2021, p. 22).

5 Subdividida en criminología “radical” (estadounidense) y “nueva” (europea), la criminología “crítica” (en sentido amplio) se caracteriza por representar una etapa avanzada de estas mismas criminologías. Adoptan un enfoque marxista, con estudios basados en el método histórico-dialéctico, lo que se traduce en una visión materialista de la sociedad. Sus principales exponentes son las obras “Criminología Nueva” de Taylor, Walton y Young, publicada en 1973, y “Criminología Crítica”, publicada en 1975.

Como agenda *positiva*, por otro lado, contempla como propuestas: a) desplazar el objeto de investigación del *desviado* hacia la *estructura económica* y las *instituciones* del poder punitivo; b) entrelazar la *teoría* criminológica con la *praxis* transformadora; c) *revisión conceptual* constante; d) replantear las prácticas punitivas con *penalización* de la criminalidad económica y política de las clases dominantes y *despenalización* de la criminalidad típica de la clase proletaria (Carvalho, 2013, 293-296).

En un primer momento, la cuestión de la dogmática penal parece casi una aporía. ¿Cómo lidiar con un objeto de estudio que está al servicio de la burguesía para mantener el *status quo*? Un objeto que parece neutral, pero que tiene funciones latentes. Un objeto que cuenta con agencias punitivas altamente selectivas de individuos estigmatizados. Un objeto abstracto, ideológico, que no tiene legitimidad por no cumplir con sus funciones declaradas, pero que al mismo tiempo se auto legitima.

Podemos observar, por ejemplo, la desigual protección de los bienes jurídicos entre las diferentes clases sociales, como bien señala la investigación empírica realizada por Vinicius Machado (2009), sintetizada por Juarez Cirino dos Santos:

- a) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a las clases o categorías sociales hegemónicas son protegidos como seres humanos, los verdaderos sujetos de la formación económico-social;
- b) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a las clases o grupos sociales integrados en los procesos de producción/circulación material como fuerza de trabajo asalariada son protegidos solo como y mientras son objetos, es decir, como energía necesaria para activar los medios de producción/circulación y capaces de producir valor superior a su precio de mercado: la plusvalía, extraída del tiempo de trabajo excedente;
- c) Los titulares de estos bienes jurídicos pertenecientes a los contingentes marginados del mercado laboral, sin función en la reproducción del capital (la fuerza de trabajo excedente de las necesidades del mercado), no son protegidos ni como sujetos ni como objetos: son destruidos o eliminados por la violencia estructural de las relaciones de producción o por la violencia institucional del sistema de control social, sin consecuencias penales.⁶

93

En esta línea, Silva Sánchez (2002) señala un Derecho Penal de dos velocidades, con respuestas distintas para diferentes tipos de criminalidad. Para los delitos en masa, se mantendrían las reglas garantizadoras y eventualmente se aplicaría una pena privativa de libertad. En cambio, para los delitos nuevos (nueva criminalidad), se reduciría la aplicación de garantías, pero no se aplicarían penas institucionales. Y una tercera

6 En el original: “a) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou categorias sociais hegemônicas são protegidos como seres humanos, os verdadeiros sujeitos da formação econômico-social; b) titulares desses bens jurídicos pertencentes às classes ou grupos sociais integrados nos processos de produção/ circulação material como força de trabalho assalariada são protegidos apenas como e enquanto objetos, ou seja, como energia necessária à ativação dos meios de produção/ circulação e capaz de produzir valor superior ao seu preço de mercado: a mais-valia, extraída do tempo de trabalho excedente; c) titulares desses bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, sem função na reprodução do capital (a força de trabalho excedente das necessidades do mercado), não são protegidos nem como sujeitos, nem como objetos: são destruídos ou eliminados pela violência estrutural das relações de produção ou pela violência institucional do sistema de controle social, sem consequências penais” (Santos, 2020, p. 35).

velocidad se daría a través del llamado Derecho Penal del Enemigo, donde la imposición de la pena se realizaría sin ningún tipo de garantías.

Sin embargo, la perspectiva positiva de la criminología crítica parece mostrarnos una luz al final del túnel. En lo que nos interesa, la teoría y la práctica deben ir de la mano⁷. La dogmática debe estar orientada hacia la realidad social empíricamente demostrable, bajo pena de convertirse en una “ciencia” narcisista.

Juarez Cirino Dos Santos, en su prólogo, (Baratta, 2020, p. 18) observa el paradójico dilema que se forma. Por un lado, tenemos el proceso de criminalización como el mecanismo más poderoso de reproducción de las relaciones de desigualdad en el sistema capitalista (capital/trabajo asalariado), en el cual la lucha por una sociedad democrática e igualitaria presupone la lucha contra el sistema penal. Paradojalmente, la defensa del Derecho Penal es indispensable contra los abusos del poder punitivo, con constantes ataques a las garantías constitucionales y con efectos de marginación y división social.

Es indispensable trabajar, de esta manera, con una dogmática penal liberadora, en la cual se comprenda la represión penal como un instrumento autoritario, y que, siguiendo los preceptos del Estado Democrático, contenga el poder punitivo del Estado, no admitiendo que la criminalización de conductas se imponga sobre los derechos fundamentales, los cuales deben prevalecer sobre cualquier norma (Tavares, 2022a, p. 61). La tarea correcta, en este sentido, no será legitimar la aplicación de la norma, convirtiendo al Derecho Penal en un instrumento de producción de felicidad, sino más bien desarrollar categorías que exijan elementos mínimos que puedan hacer su aplicación menos irracional.

La dogmática penal debe, por lo tanto, estar guiada por una *actitud de defensa*, como señala Alessandro Baratta:

Una política de transformación de esta realidad, una estrategia alternativa basada en la afirmación de valores y garantías constitucionales, un proyecto político alternativo y autónomo de los sectores populares, no puede, sin embargo, considerar al derecho penal como una vanguardia, como un instrumento impulsor. Por el contrario, el derecho penal se ve, en un triple sentido, reducido a una actitud defensiva. Defensa, en primer lugar, *del* derecho penal frente a los ataques realizados en nuestros días contra las garantías liberales aseguradas en las constituciones de los Estados de derecho. Defensa, en segundo lugar, *frente al* propio derecho penal, en lo que signifique la contención y reducción de su campo de intervención tradicional y, sobre todo, de sus efectos negativos y de los costos sociales que recaen, particularmente, sobre las capas más débiles y marginadas del proletariado, contribuyendo así a dividirlo y debilitarlo material y políticamente. Defensa, finalmente, *a través* del derecho penal, en la medida en que, en este momento, aún puede considerarse como una propuesta legítima ante

7 Esta conclusión parece ser extraída por los críticos de la 8ª tesis sobre Feuerbach de Marx: “La vida social es, en esencia, práctica. Todos los misterios que descarrían la teoría hacia el misticismo, encuentran su solución racional en la práctica humana y en la comprensión de esa práctica.”, y de la 11ª tesis: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo.” (Marx, s.f).

la falta de alternativas para resolver los problemas sociales, en el marco de un modelo integrado⁸.

Para que el Derecho Penal recupere su legitimidad y cumpla así con sus funciones declaradas, alejándose de sus funciones ideológicas de neutralidad e igualdad, la dogmática debe lograr superar el tecnicismo jurídico. La construcción de sus elementos debe incorporar los datos de la realidad y la constatación de sus efectos sociales concretos, permitiendo así crear y renovar, como enseña Nilo Batista (2020, p. 118-119).

Las tendencias contemporáneas -post-finalistas- en la teoría del delito dirigen su análisis hacia la crítica de su lógica interna, en una especie de apertura hacia la realidad social. Muñoz Conde (1975, p. 267) percibe en la producción académica alemana de esta tradición un abandono de los excesos sistemáticos del finalismo y un énfasis en las cuestiones valorativas y problemáticas; ya no se trata tanto del análisis del delito, sino de sus consecuencias.

Sin embargo, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿esta supuesta apertura dogmática hacia la realidad social ha servido, sirve o servirá como función racionalizadora del sistema y garantizadora de los Derechos Humanos -con la protección de la dignidad y la libertad del ciudadano- o solo como (re)funcionalización y (re)legitimación tecnocrática de la teoría del delito?

II. Sociología funcionalista: contracomunicación y culpabilidad

El post-finalismo, o “pensamiento penal *post-welzeliano*”, fue seguido por el desarrollo de un discurso sociológico que impactó en la criminología y la dogmática jurídico-penal: se trataba de las concepciones organicistas de la sociedad, desde la óptica de un funcionalismo sistémico (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2002, p. 621).

Las teorías funcionales, partiendo de una relación funcional del cuerpo social en reacción al delito, fundamentan la *conducta* dentro de un *sistema simbólico de orientación* que proviene de la propia base de datos del sistema jurídico-social (Tavares, 2018, p. 187).

⁸ En el original: “Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa. Defesa, antes de tudo, *do* direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de direito. Defesa, em segundo lugar, *em face* do próprio direito penal, no que signifique a contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado, e que contribuem, desta forma, para dividí-lo e para debilitá-lo material e politicamente. Defesa, finalmente, *através* do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma proposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais, no marco de um modelo integrado (Baratta, 2020, p. 221).

Teniendo como objeto de análisis la acción humana, Luhmann parte de la teoría de la “máquina procesadora de información”, una máquina construida por un mecanismo autorregulador de la información del medio social. Esta regulación se daría a través del sistema jurídico, considerado como algo dado, preconstituido. En lugar de verse influenciado por el medio social, el sistema produce y se reproduce únicamente a través del propio sistema, descartando cualquier influencia de su entorno (Tavares, 2022b, p. 94).

El autor relaciona el Derecho con la propia sociedad (Derecho-sociedad), según un *modelo cerrado*. Las operaciones del Derecho se consideran operaciones en la sociedad, es decir, se ejecutan socialmente. El objeto surge entonces de un sistema general - la sociedad - para actuar sobre ella, pero, sin embargo, sin verse influenciado por esta. Este *proceso comunicativo* establecido abarca la recopilación de información y su procesamiento (*comprensión*) a través de la observación, independientemente del sujeto-individuo, considerado como mero objeto de análisis (Tavares, 2022b, p. 95).

Luhmann recurre al concepto de “acoplamiento” estructural, de Humberto Maturana, para intentar superar el principio de la entropía derivado de la segunda ley de la termodinámica. Dentro de un sistema cerrado, se puede reaccionar a los *estímulos del entorno (output)*, sin embargo, sin estar vinculado a él, convirtiéndose en *estímulo para el sistema (input)*: un sistema que reacciona ante sí mismo, lo que Maturana llamó *autopoiesis* (Tavares, 2022b, p. 96-97). La apariencia es la de un sistema abierto al entorno, pero que al final está cerrado en sí mismo, porque el estímulo del entorno (sociedad-Derecho) es producido por el propio sistema (Derecho), es decir, resulta en una definición *tautológica*.

Por lo tanto, al sistema se le atribuyen dos funciones: a) determinar su propio estado histórico para poder actuar sobre el futuro -próximas expectativas; b) confirmar y generalizar las nuevas expectativas. El sistema narcisista prescinde de contenido o de base ontológica (Tavares, 2022b, p. 95-96). El proceso comunicativo se orienta no a través del individuo, sino de la propia sociedad, y, por lo tanto, de las conductas incluidas y reguladas por el Derecho.

Las relaciones de causalidad y finalidad son entonces reemplazadas por un *sistema funcional*. La función de la norma jurídica representa una lógica interna, abstracta, destinada a armonizar el sistema y legitimarlo, reduciendo las complejidades de las relaciones sociales. Es la norma la que regulará y orientará hacia la elección de una conducta; de manera que, en una especie de respeto al *consenso* social, cree expectativas que sean funcionales para el sistema. Los seres humanos son reducidos, entonces, a meros “burócratas obsesivos” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2002, p. 625).

A través de la pena, sería posible autoconfirmar las expectativas, (re)estabilizando la confianza en la norma, cuando se atribuye al autor del hecho su *responsabilidad*. El sujeto reificado, al que se le ha atribuido el juicio de reproche (culpa), se encuentra aislado en el universo. La única salvación para la desconfianza creada en la norma (conflicto), por la ruptura de la expectativa, es su castigo. De esta manera,

[...] *para el futuro*, la culpabilidad puede entenderse como una ficción que atribuye responsabilidad al autor debido a la opacidad de todas las causas que llevaron al delito, lo que permite una crítica en el sentido de que el autor, aunque se le considere “libre” - en un sentido aún por precisar -, es en realidad un verdadero chivo expiatorio del sistema, el cual, a expensas de él, se mantiene. Por otro lado, en una visión retrospectiva,

la culpabilidad surge en una sociedad liberal-individualista, donde el hombre es visto por su *status* de hombre libre [...] (Kassama, 2014, p. 114).

En última instancia, el Derecho se instrumentaliza a partir de la *culpabilidad*: se convierte en una herramienta de estabilización social. Orienta las conductas humanas a partir de *expectativas* sociales creadas por el *proceso comunicativo* con el sistema. Este *sistema* está legitimado por sí mismo, lo que no implica necesariamente ser legítimo, ya que *el sujeto se convierte en una cosa*, un mero objeto de análisis y de responsabilidad. La *culpabilidad* opera como vínculo entre los fines declarados del *Derecho Penal* y la *pena*. La culpabilidad (dogmática penal) está para la pena, así como la pena está para la dogmática penal: por lo tanto, resulta en un círculo *tautológico*.

III. La dogmática funcionalista: normatización de la culpabilidad

a. La culpa como responsabilidad y la culpa como prevención

Em su elaboración dogmática, Roxin ofrece una ruptura con el sistema tradicional de la culpabilidad. El principio de que la esencia de la culpabilidad sea la reprochabilidad, caracterizada por el “poder haber actuado de manera diferente”, es abandonado, “a pesar de su plausibilidad teórica cotidiana” (Roxin, 1997, p. 799).

La categoría de culpabilidad es entonces ampliada a la categoría de *responsabilidad*. La *culpabilidad* se entiende como condición para la pena, la cual debe ser siempre analizada juntamente con la *necesidad preventiva* (especial o general), donde ambas dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto (Roxin, 1997, p. 204). La necesidad preventiva también abarca todas las cuestiones de exclusión de la culpabilidad o de *exculpación/disculpación* - Roxin no diferencia entre las dos categorías (Roxin, 1997, p. 815).

El sujeto actúa de manera culpable cuando realiza una conducta penalmente injusta, a pesar de tener la posibilidad de comprender el contenido normativo en el caso concreto y de tener suficiente capacidad de autocontrol, siendo psíquicamente accesible una conducta alternativa conforme al Derecho. A la acción culpable se le agrega la razón preventiva, ya que el legislador penal parte del principio de que la conducta típica debe ser combatida a través de la pena (Roxin, 1997, p. 792).

La culpabilidad es entonces entendida como una actuación injusta, a pesar de la *accesibilidad normativa*. En las palabras de Roxin.

hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, cuando la posibilidad (ya sea libre, ya sea determinada) psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones existía en el caso concreto (Roxin, 1997, p. 807).

La culpabilidad pasa a ser fundamentada por esta *accesibilidad normativa*, en sustitución a la concepción de *libre albedrío*, rechazando el principio de “poder actuar de otro modo”,

pues lo considera indemostrable. El sujeto es considerado libre porque posee una capacidad intacta de comportarse de acuerdo con la norma jurídica (Roxin, 1997, p. 808).

Se convierte en una categoría compleja empírico-normativa. *Empírico* porque se constata la capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, y *normativa* porque permite atribuir al autor una conducta conforme al Derecho (Roxin, 1997, p. 810).

La culpabilidad, para Jakobs, desempeña una funcionalidad en lo concerniente a la norma penal. El autor cree que la culpabilidad debe orientarse hacia el presente en función del funcionamiento del Derecho Penal. Es decir: “Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma (...) es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento” (Jakobs, 1997, p. 581).

Se convierte en un juicio de censura sobre las múltiples condiciones de la acción injusta del autor debido a su *déficit de motivación jurídica*. Para determinarla, sería necesario identificar las presiones sociales que afectaron la conducta del autor y cuáles son los límites de esta acción antijurídica que podrían ser aceptados por el Estado y la sociedad. Estas condiciones serían aquellas imprescindibles para la existencia del sistema y los subsistemas esenciales.

El sistema penal solo podría garantizar su existencia y funcionamiento si se orienta de manera teleológica, es decir, desde los fines preventivos de la pena. La pena adecuada a la culpabilidad sería, por definición de Jakobs (1997), “la pena necesaria para la estabilización de la norma” (p. 589). Jakobs parece vincular a la culpabilidad tanto los fines retributivos de la pena (pena justa) como los fines preventivos de la pena (generales o especiales), no como una forma de limitar el poder punitivo, sino como una manera justa de alcanzar el objetivo de proteger a la sociedad.

Como bien observado por Tavares (2018), partiendo del principio de que sean las normas *legítimas* -contenido material de la culpabilidad-, Jakobs propone una relación sinérgica entre el ciudadano y la norma, al exigirle motivación en su comportamiento conforme a la norma jurídica. En última instancia, esta relación es contractual, “medida en función de su papel social de mantenerse fiel al ordenamiento jurídico” (p. 211).

Al entrelazar las referencias de Luhmann, Kant y Hegel, la culpabilidad material se convierte en un déficit de lealtad comunicativa, en Jakobs, alcanzando su “máxima expresión de abstracción y eliminación de la realidad”: el acto de comunicación legítima el ejercicio de la violencia estatal (Schünemann, 2000, p. 100).

Incluso Roxin (1991, p. 521-524) señala la problemática del concepto de culpa como atribución, en función de las necesidades de prevención general. La capacidad de culpa deja de existir en el plano empírico, además de renunciar a la culpabilidad como función de restringir el ámbito de punibilidad (*principio de culpabilidad*), en relación con la prevención general. Además, existe una enorme problemática ya que no se establecen parámetros para determinar qué es realmente necesario para estabilizar la confianza en el orden. La única respuesta cabría a las idiosincrasias y discrecionalidades del legislador y del juez, lo que conduce a la inseguridad jurídica.

A pesar de la crítica, Roxin (1991) atribuye la ventaja de su concepto de culpabilidad precisamente a lo que criticó en el concepto funcionalista de culpabilidad de Jakobs. Con el supuesto concepto que reduce el ámbito del Derecho Penal, la ventaja sería asegurar

la paz y la *certeza jurídica*, “lo que es absolutamente indispensable para la sociedad” (p. 528). Teniendo en cuenta que, en una sociedad, los hombres serían guiados por las expectativas generadas por las prohibiciones y comandos conforme al Derecho. Una vez violada la ley penal, sería necesaria la aplicación de una sanción para que su impunidad no genere “perturbación en la conciencia de la sociedad” (insatisfacción e inseguridad). Además, nos parece evidente que confunde la *imputabilidad* y la *accesibilidad normativa*, representando solo un concepto tautológico. La culpa se convierte en la *justificación social de la pena*.

b. La renormativización de la culpa y la instrumentalización del sujeto

Luís Greco (2002, p. 228) señala que no solo existe un funcionalismo o sistema teleológico-racional, sino varios. Sin embargo, hay un consenso en el movimiento de que la construcción de la dogmática jurídico-penal no debe vincularse a datos ontológicos previos, sino orientarse exclusivamente por la teleología del Derecho Penal (Roxin, 1997, p. 203). Se está recuperando los conceptos neokantianos y neohegelianos de las entreguerras, en una especie de *neoneokantismo*, añadiendo a la teleología y materialidad de las categorías del delito, la visión axiológica. Los valores constitucionales en Derecho Penal serían la protección de los bienes jurídicos a través de la funcionalización de la pena como prevención general y especial.

Por lo tanto, el funcionalismo innova con la racionalización de los aspectos teleológicos junto con los axiológicos en la construcción del sistema. La propuesta es un sistema abierto, de modo que el análisis de cada categoría (injusto, culpabilidad, pena, etc.) se realice con referencia a los valores en la consecución de un fin (Silva Sánchez, 2011, p. 121-122).

Los dos nombres más citados en las doctrinas como exponentes del funcionalismo son Roxin y Jakobs. Lo que caracteriza al primer autor es su análisis político-criminal (relativo a la finalidad de la pena). El trabajo del jurista sería, desde el principio, “identificar qué valoración político-criminal subyace a cada concepto de la teoría del delito, y funcionalizarlo, es decir, construirlo y desarrollarlo de manera que cumpla esta función de la mejor manera posible” (Greco, 2002, p. 236).

De alguna manera, se supera la contradicción entre lo que sería dogmáticamente correcto y lo que sería aceptable en términos de política criminal, uniendo así las dos ciencias. El objetivo de Roxin, como el de cualquier otro funcionalista, es la preservación del sistema. Las valoraciones del sistema serían específicamente político-criminales, fundamentadas de forma deductiva por el sistema, complementadas por el método inductivo, que examina la realidad fáctica y la confronta con los valores, dependiendo de cada caso concreto. Lo deductivo precede a lo inductivo, es decir, se parte del mundo axiológico para llegar al mundo real.

En esta formulación funcionalista, es muy significativa la contribución de Roxin para una nueva estructuración de la teoría del delito. La categoría de la culpabilidad se amplió como categoría de “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*). La culpabilidad se convierte en condición para la pena. Orientada hacia la protección de bienes jurídicos, siempre se debe agregar la necesidad preventiva (general o especial) de la sanción penal (Roxin, 1997, p. 204).

Pero para Andrade (2015, p. 167), la versión más acabada del funcionalismo tiene expresión en Günther Jakobs, negando toda preocupación garantizadora del ciudadano, que aún estaba presente en Roxin. Su preocupación es única y exclusivamente restablecer la confianza en la norma jurídica. Lo que importa no es una supuesta defensa de bienes jurídicos, sino la manifestación de infidelidad al Derecho, que desestabiliza el sistema. La pena se convierte en mero instrumento simbólico.

Hay un nuevo fundamento para la teoría del delito, dirigido especialmente a la culpabilidad. Si para Welzel la culpabilidad, desde una concepción normativa: “reprochabilidad del hecho antijurídico individual” que presupone “la capacidad de autodeterminación libre” sobre el análisis concreto de la independencia con la que actuó en contra del Derecho (Welzel, 2004, p. 155), en otras palabras, si era exigible o no que actuara conforme lo prescrito en la norma jurídica, los funcionalistas niegan el carácter ontológico del libre albedrío, ya que no es susceptible de ser verificado empíricamente.

A partir de la constatación de la indeterminación e imposibilidad de verificación del contenido del concepto de culpabilidad (libre albedrío), se recurrió a juicios *atributivos* en lugar de juicios *descriptivos*. Como observa Baratta (1988, p. 6661, como se citó en Andrade, 2015, p. 272): “no se ve cómo la culpabilidad, de la cual no se puede medir objetivamente el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado”. La negación del carácter ontológico llevó a una normativización, atribuyendo responsabilidad al sujeto a partir de criterios normativos construidos por la Dogmática. La correspondencia lógica deja de dirigirse hacia los hechos y se transpone a los tipos penales.

Jakobs y Roxin proponen una “renormativización” del concepto, reconociendo una independencia lógica del juicio respecto a la categoría ontológica. Primero, porque no es susceptible de verificación, y segundo, porque no consideran necesario, descartan la fijación de un referente objetivo para el juicio de culpabilidad. En lugar de ser un demostrativo de que el sujeto sería responsable, se convierte en una categoría de atribución de responsabilidad según criterios normativos establecidos por el Derecho (Andrade, 2015, p. 169).

Dicho esto, no importa si el sujeto es culpable, es decir, si podría haber actuado concretamente de acuerdo con la ley. Más bien, el sujeto es *instrumentalizado*, sirviendo como medio para determinar si es necesaria o no la aplicación de la pena: ya sea para disuadir la comisión de nuevos delitos, o para reafirmar los valores consagrados por el ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, se viola el imperativo categórico kantiano, ya que el sujeto no debe ser tratado como un fin en sí mismo. En la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Kant enuncia el imperativo categórico mediante dos máximas: “obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse, por tu voluntad, en ley universal de la razón”, y “obra de tal manera que utilices la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como medio” (Kant, 2000, p. 59 como se citó en Mascaro, 2022, p. 195). Por lo tanto, no sería posible justificar la sanción a partir de la instrumentalización del sujeto, prohibiendo que este sea tratado como objeto (medio) para el castigo (fin): ya sea por intimidación o por la corrección del sujeto.

IV. Funcionalismo y legitimación: el fracaso de las funciones declaradas

La crítica materialista/dialéctica de la pena expuso las funciones latentes de la pena como *retribución equivalente*. Forma parte de una explicación política e histórica del concepto jurídico-económico:

La función de *retribución equivalente* de la pena criminal corresponde a los fundamentos *materiales e ideológicos* de las sociedades fundadas en la relación *capital/trabajo asalariado*, ya que existe como forma de *equivalencia jurídica* basada en las *relaciones de producción* de las sociedades contemporáneas (Santos, 2020, p.444)

Pachukanis nos recuerda que la teoría marxista, al abordar su objeto desde una perspectiva histórica, tiene como tarea elucidar las condiciones materiales de un tiempo y espacio determinados. La sociedad capitalista es, ante todo, una sociedad de propietarios de mercancías:

Esto significa que las relaciones sociales entre las personas en el proceso de producción adquieren aquí la forma reificada de los productos del trabajo, que se relacionan entre sí a través del valor. La mercancía es un objeto a través del cual la diversidad concreta de propiedades abstractas del valor, que se manifiestan como la capacidad de ser intercambiadas por otras mercancías en una proporción determinada (2017, p.119).

La estructura material de las relaciones sociales en el capitalismo (relaciones de *producción y distribución*) funciona a partir del *valor de cambio*, o, mejor dicho, de la *retribución equivalente*. Por lo tanto, en los niveles de *producción* social de bienes y servicios, el trabajo es moneda de cambio por el salario; en la *distribución* de bienes y servicios, la mercancía es valor de cambio por el precio, etc. Las formas jurídicas, por lo tanto, funcionarían de manera equivalente: en el ámbito de la responsabilidad civil, bajo la forma contrato x indemnización, y en el ámbito de la responsabilidad penal, bajo la forma *pena privativa de libertad x tiempo* (Santos, 2015, p. 447).

Pachukanis observa que la pena proporcional a la culpabilidad sería aquella representada, fundamentalmente, por la reparación proporcional al daño. El Derecho Penal moderno (burgués-capitalista) realiza el principio de la reparación equivalente (*pena privativa de libertad x tiempo*), modelo arraigado a partir de la abstracción del hombre y del trabajo mensurable en tiempo (2017, p. 177).

En esta tradición crítica, Rusche y Kirchheimer (2004) formularon la tesis de que “todo sistema de producción tiende a descubrir formas punitivas que corresponden a sus relaciones de producción”, (p. 20) demostrando una estrecha relación entre el mercado laboral y el sistema penal.

Otro autor que relacionó el modelo económico y el poder punitivo fue Michel Foucault (2019). Al analizar la reforma Iluminista, afirma que esta no se trató de fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios equitativos, sino que estableció una nueva “economía” del poder de castigar, una reorganización de este poder, de manera que potenciara sus efectos disminuyendo su costo económico: “La nueva teoría jurídica de

la penalidad engloba en realidad una nueva ‘economía política’ del poder de castigar” (p. 80), es decir, no castigar menos, sino castigar mejor.

La concepción de la pena como *retribución equivalente* (*valor de cambio*) realiza el principio de la *igualdad formal*, ocultando la verdadera funcionalidad de las prisiones: explotar el trabajo de los prisioneros y transformar la fuerza laboral de los indeseables, haciéndola socialmente útil (Rusche; Kirchheimer, 2004, p. 43 y 69), a través de la *disciplina* y la *docilización* de los cuerpos de los encarcelados - *gestión de la criminalidad* - (Foucault, 2019, p. 88, 267 y 271), de acuerdo con el principio de la *menor elegibilidad* (Rusche, Kirchheimer, 2004, p.153), confirmando el “cárcel como máquina” de fabricar proletarios (Melossi; Pavarini, 2019, p. 201).

Por otro lado, la pena como mercancía (*valor de uso*) existiría en las funciones de prevención general y especial, que ocultarían las funciones latentes de la pena: a) la *prevención especial negativa* (neutralización del condenado) funcionaría, en realidad, como *incapacitación selectiva* de grupos sociales peligrosos; el encarcelamiento provoca una mayor reincidencia y procesos de encarcelamiento del encarcelado (prisonalización), construyendo una identidad del criminal al mismo tiempo que desintegra socialmente al condenado, siendo este etiquetado incorporado por el individuo (*self-fulfilling prophecy*), además de los cálculos actuales sobre grupos de riesgo, altamente selectivos; b) la *prevención especial positiva* (corrección del condenado) como la mayor demostración del fracaso de la pena de prisión, ya que no existen pruebas científicas de su carácter correctivo, o, desde otra perspectiva, como un éxito a partir del mantenimiento/ reproducción/ gestión de las relaciones sociales desiguales, basadas en la relación *capital/trabajo asalariado*; c) la *prevención general negativa* (disuasión de la práctica de delitos) como Derecho Penal *simbólico*, desprovisto de eficacia *instrumental*, utilizado como retórica del poder punitivo; d) la *prevención general positiva* (afirmación de la validez de la norma, en línea con Jakobs, y afirmación de valores comunitarios, en línea con Roxin), que merece un análisis más detallado (Santos, 2020).

La *prevención general positiva* es redefinida como *integración-prevención*. Destacamos en este trabajo la concepción organicista de la sociedad de Luhmann, que concibe, como función de la norma jurídica: a) armonizar el sistema y legitimarlo; b) reducir las complejidades de las relaciones sociales, al crear expectativas de conducta; c) estabilizar el sistema social. Santos observa que esta propuesta de fundamento del sistema penal oculta el verdadero parámetro de estabilización del sistema social: la relación *capital/trabajo asalariado*, “que determina los valores de orientación y engendra la ideología responsable de las expectativas institucionalizadas” (Santos, 2020, p. 457).

Se pueden hacer algunas críticas en relación con las teorías funcionales. Primero: desde una perspectiva *político-criminal*, las teorías funcionalistas abandonan la teoría liberal de protección del bien jurídico y de la culpabilidad como limitación de la pena. Al buscar la estabilización del ordenamiento con el mantenimiento de la confianza de los individuos en las normas, relega al sujeto a ser mero instrumento de imputación penal, “es decir, se reduce al papel de *chivo expiatorio*, existiendo como *sujeto* de responsabilidad penal, pero como mero *objeto* del sistema social” (Santos, 2020, p. 458).

Segundo: desde el punto de vista *ideológico*, la crisis de la *prevención especial positiva* (ideologías *re*), ha revitalizado la función de la *prevención especial negativa* de neutralización

del condenado y, simultáneamente, ha enfatizado la *prevención general positiva*, con el discurso sistémico de *integración-prevención*. La prisión de los condenados funcionaría como *legitimación* de la pena como reacción contrafática, reafirmando la validez de la norma, con la consecuencia del expansionismo penal (Santos, 2020, p. 458-459).

Por último, desde el enfoque *sociológico*, la *prevención general positiva* “revitaliza un modelo *tecnocrático* de control social” (Santos, 2020, p. 459). La dogmática penal sirve como instrumento de reproducción y mantenimiento de la realidad social, ya que actúa como reacción al conflicto de forma represiva, encubriendo la verdadera funcionalidad selectiva y desigual del sistema penal, gestionando de manera diferencial la criminalidad.

V. Dogmática penal latinoamericana: el dilema ético

Como bien nos advierte Dieter, la enseñanza jurídica atraviesa hoy por una crisis. Los profesionales *del y por el Derecho* -académicos en las Facultades y juristas en los Tribunales- deben prestar atención a dos cuestiones centrales al tratar las “ciencias penales”: el dilema ético y la técnica jurídica abstracta (Dieter, 2022).

Desde el punto de vista ético, la mirada hacia la cuestión criminal, desde el *giro punitivo*, debe reconocer el resultado del sistema de justicia penal como “el mayor crimen contra la humanidad en curso en el país”. Debemos aceptar que somos parte de este problema. Los licenciados en Derecho deben asumir la responsabilidad por el exterminio, la tortura y el encarcelamiento masivo de individuos estigmatizados y seleccionados por el sistema de justicia, con evidentes y reiteradas violaciones a la dignidad fundamental del ciudadano.

Por otro lado, desde el punto de vista teórico, la técnica jurídica abstracta (Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Ejecución Penal) debe estar subordinada a las ciencias criminales (Criminología y Política Criminal) para lograr el objetivo democrático de limitar el poder punitivo del Estado.

La alienación típica de las disciplinas que trabajan con la lógica interna de los sistemas de imputación y ejecución de responsabilidad penal solo puede ser enfrentada a partir de la investigación científica de la práctica social concreta de la criminalización primaria y secundaria, rechazando el idealismo y los modismos académicos (Dieter, 2022, p.173).

Dicho esto, los conceptos analíticos del hecho punible deben estar condicionados a la realidad social concreta, conectando el Derecho Penal y la realidad (re)producida por el sistema de justicia penal. Podríamos abordar algunas cuestiones prácticas, como trabajar la técnica penal a partir de casos prácticos concretos, abandonar la lectura manualística en busca de la formación de profesionales críticos, etc.

Pero la pregunta que queda es: ¿no lo hace así Roxin? Jakobs de hecho se aleja de la realidad empírica al centrarse únicamente en la estabilización del ordenamiento jurídico, en un giro apologético hacia la *voluntad del poder*, pero Roxin muestra disposición a una apertura dogmática construida a partir de casos concretos y en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. ¿Por qué también considerar problemática su dogmática funcionalista?

Roxin (1997), al fusionar el Derecho Penal y la Política Criminal, adopta como misión interpretativa de la dogmática jurídica “una sistematización bajo aspectos teleológico-políticocriminales” (p. 225), y la categoría de la *responsabilidad* “se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista políticocriminales de la teoría de los fines de la pena” (p. 225).

Así como von Liszt, con su propuesta de Ciencias Penales Integradas (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*), en la que acabó “por configurar una Política Criminal casi dogmática, en la cual se tomaba como *a priori* la suficiencia de una razón penal (la legitimidad de la pena), la racionalidad del legislador y los efectos sociales benéficos, directos o indirectos, retributivos, neutralizantes o preventivos de la aplicación y ejecución de las penas” (Batista, 2022, p.15), Roxin aparenta hacer lo mismo, buscando una eficiencia punitiva.

Su categoría de *necesidad preventiva* junto con la culpabilidad para responsabilizar al sujeto no es más que un “acto de fe” (Batista, 2022, p. 17) pues está fundamentado en la legitimación de la pena. Además, la posibilidad de acceder psíquicamente a “posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma” no altera en absoluto el antiguo “poder actuar de forma diversa”, pues igualmente indemostrable. Roxin cambia seis por media docena.

Tavares (2018, p. 216) afirma de manera acertada que poner las normas penales a criterio de la política criminal puede llevar a justificar una punición innecesaria, siempre que la finalidad protectora dada a la norma estatal se desvincule de los postulados liberales, como ocurrió mucho con los delitos contra la seguridad del Estado, dependiendo del régimen político.

Roxin asocia al Derecho Penal con las medidas punitivas en lugar de ser crítico con sus fundamentos. También al alejarse de la concepción de libre albedrío y vincular la decisión del individuo a la accesibilidad normativa, subordina al Derecho Penal a los intereses del Estado, al igual que lo hace Jakobs. “Decir, de hecho, que lo que está en juego es saber si el legislador quiere o no castigar cierta conducta significa someter al derecho penal a servir como instrumento exclusivamente sancionador y no garantista” (Tavares, 2018, p. 219).

Por otro lado, Jakobs, al crear la relación contractual autor-Estado y exigir del sujeto fidelidad a la norma, toma como culpabilidad la infidelidad al Derecho, valorando la estabilidad de la norma, y erige el orden jurídico como único fundamento, reificando al individuo como mero objeto de imputación. El mundo de las normas (sistema) subordina al individuo a su orden, válida por sí misma, negando la función garantista de los derechos fundamentales de los individuos.

El resultado de la crítica una vez más llega a la lección fundamental de las teorías funcionales: a pesar de su evidente fracaso, persiste la “historia de la legitimación” (Andrade, 2015, p. 295). La retórica del funcionalismo consiste en: a) luchar contra el crimen, con la neutralización del penado; b) resocializar al condenado; c) reafirmar los valores de las normas jurídicas, manteniendo una lógica grotesca del sistema, en la que, si no sirven solas, sirven de forma conjunta a partir de un modelo *polifuncional* (Carvalho, 2020, p. 88), logrando así sobrevivir a las críticas.

Como observan Zaffaroni, Batista, Alagia y Slokar (2002, p. 111):

Los propios discursos legitimantes que reconocen como función del derecho penal la protección de bienes jurídicos deben admitir que no se trata de los bienes jurídicos de las víctimas, cuidando de construir argumentos complejos, como el de que la pena tiene efecto represivo respecto al pasado y preventivo respecto al futuro, que no se ocupa de la víctima concreta, sino que, mediante la estabilización de la norma, se ocupa de las futuras víctimas potenciales (...) pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los bienes de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y por ahora imaginarias e inexistentes), asume el compromiso real de proteger a los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo.

El Derecho Penal no puede convertirse en un instrumento *ideológico* para la formación de una personalidad adecuada a la norma del Estado como un señor absoluto al que se debe obediencia incondicional (Tavares, 2018, p. 222). Antes que nada, se debe construir una dogmática *crítico-libertaria* comprometida con el programa garantista del Estado Democrático de Derecho. Como sistema de garantías del individuo frente al poder punitivo del Estado, con la construcción de conceptos capaces de *excluir* o *reducir* la intervención en la esfera de la libertad individual (Santos, 2020, p. 495).

VI. Reflexión final

En un primer momento, analizamos el funcionalismo sistémico y el proceso comunicativo (autopoietico) sobre la base del sistema simbólico de orientación de conductas a partir de las expectativas creadas por las normas jurídicas y la ruptura de esas expectativas. La reacción a los estímulos del entorno (*output*), sin estar vinculada a él, se convierte en un estímulo para el sistema (*input*). Por lo tanto, el proceso comunicativo es tautológico, reaccionando sobre sí mismo. La acción causal y final es reemplazada por el sistema funcional de confirmación y generalización de expectativas, armonizando y legitimando la propia norma jurídica como guía de las conductas humanas.

En un segundo momento, analizamos la categoría de *culpabilidad* en la visión de los mayores representantes del funcionalismo: Claus Roxin y Günther Jakobs. El primero atribuye a la culpabilidad una categoría integrante de un concepto mayor: la responsabilidad; esta abarcaría la culpabilidad como capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, permitiendo atribuir al autor una conducta conforme al Derecho, y la *necesidad preventiva* (especial o general). La culpabilidad resulta ser una condición para la imposición de la pena.

Para el segundo, debido al *déficit de motivación jurídica* del sujeto, la culpabilidad se convierte en medida para la aplicación de la pena. Se castiga para mantener la confianza general en la norma, estabilizando la confianza en el ordenamiento jurídico. Se eleva al máximo la abstracción y la consecuente eliminación de la realidad, tomando la norma y al sujeto en una relación simbiótica de obligación de respeto bajo pena del ejercicio de la violencia estatal.

A pesar de que Roxin critica la culpabilidad funcionalista de Jakobs, creemos que hay, en términos de fundamentación, más similitudes que diferencias entre las dos

categorías. En ambos casos, la culpabilidad se convierte en justificación para la pena: para la estabilización de la norma (Jakobs) o para asegurar la paz y la certeza jurídica (Roxin). Las bases teóricas son esencialmente las mismas: el funcionalismo, es decir, que en una sociedad los individuos serían guiados por las expectativas creadas por las normas jurídicas, que, una vez violadas, requerirían la imposición de la pena para evitar que la impunidad perturbe el valor atribuido a la norma, generando insatisfacción e inseguridad. Además, agregan una visión axiológica a la teleología y materialidad de las categorías del delito.

Así, percibimos que el sujeto se convierte en una categoría instrumental en el análisis del delito, sirviendo como medio para determinar la necesidad o no de la imposición de la pena; ya sea para disuadir la comisión de nuevos delitos o para reafirmar los valores consagrados por el ordenamiento jurídico. Los fundamentos de la pena se reafirman y no se critican por parte de los autores.

A continuación, observamos la crítica materialista a la pena: a) como retribución equivalente (*valor de cambio*); b) como mercancía (*valor de uso*). Como *valor de cambio*, la pena realiza el principio de la igualdad formal, ocultando el verdadero funcionamiento de la cárcel: como una máquina para fabricar proletarios, basada en el principio de menor elegibilidad, en base a la disciplina y docilización del encarcelado, convirtiendo su fuerza de trabajo en socialmente útil.

Como *valor de uso*, las funciones preventivas generales y especiales ocultarían la incapacitación selectiva de grupos considerados socialmente peligrosos (prevención especial negativa), así como servirían para el mantenimiento/reproducción/gestión de las relaciones sociales desiguales, basadas en la relación *capital/trabajo asalariado* (prevención especial positiva). El Derecho Penal quedaría desprovisto de eficacia instrumental, operando en base a símbolos como retórica del poder punitivo (prevención general negativa), ocultando el verdadero parámetro de *estabilización* del sistema social: la relación *capital/trabajo asalariado*, “que determina los valores de *orientación* y engendra la ideología responsable de las expectativas institucionalizadas” (prevención general positiva).

El funcionalismo abandona, de esta manera, la teoría liberal de protección del bien jurídico y de la culpabilidad como limitación de la pena, convirtiendo al sujeto en mero objeto de imputación penal. Al menos en el caso de Roxin, es posible percibir el carácter polifuncional atribuido a la pena, ya que, cuando la *prevención especial positiva* entra en crisis, se revitaliza la función de prevención especial negativa de neutralización del condenado y, simultáneamente, se enfatiza la prevención general positiva, con el discurso sistémico de *integración-prevención*. La prisión de los condenados funcionaría como *legitimación* de la pena, como una reacción contrafática para reafirmar la validez de la norma.

La dogmática penal en el funcionalismo es, en última instancia, refuncionalizada para la reproducción y el mantenimiento de la realidad social, ya que actúa como una reacción al conflicto de forma represiva, ocultando la verdadera funcionalidad selectiva y desigual del sistema penal, gestionando de manera diferencial la criminalidad.

El funcionalismo transforma el Derecho Penal en una “ciencia” narcisista, alejada de la realidad social empírica, funcionando como legitimador del poder punitivo. Al relacionar el sistema de imputación con la propia lógica del sistema, sin cuestionarlo, el

funcionalismo se cierra en sí mismo, siendo al menos susceptible de convertirse en un instrumento autoritario dependiendo del régimen político en el que esté basado.

Aunque Roxin desarrolla la teoría del riesgo permitido dentro del injusto penal, contribuyendo así a la delimitación del proceso de criminalización, es en la categoría de culpabilidad, reafirmando el fundamento de la pena, donde podemos percibir el gran problema del funcionalismo, al menos en nuestra realidad latinoamericana. Si bien no podemos descartarlo en su totalidad, el funcionalismo debe ser utilizado con mucho cuidado, bajo pena de convertir las categorías dogmáticas del delito en problemáticas y no cumplir con su función liberadora del Estado Democrático de Derecho en la protección de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Adorno, T. W. y Horkheimer, M. (1985). *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Zahar.
- Andrade, V. R. P. de. (2015). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. (3ª ed.). Livraria do Advogado.
- Baratta, A. (prólogo de Santos, J. C.) (2020). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. (6ª ed.). Revan.
- Batista, N. (2020). *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. (12ª ed.). Revan.
- Batista, N. (2022). *Capítulos de política criminal*. Revan.
- Carvalho, S. de. (2013). Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 21(104), 279-303.
- Carvalho, S. de. (2020). *Penas e medidas de segurança no direito brasileiro*. (3ª ed.). Saraiva Educação.
- Dieter, M. S. (2022). O Direito Penal após Carandiru: uma breve reflexão crítica en M. P. D. Bucci y R. P. Souza (Eds.), *O ensino jurídico no bicentenário da independência* (pp. 157-176). D'Plácido.
- Foucault, M. (2019). *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. (42ª ed.). Vozes.
- Fuziger, R. (2021). *Autodeterminação e direito penal*. (1ª ed.). D'Plácido.
- Greco, L. (2002). Introdução à dogmática funcionalista do delito: Em comemoração aos trinta anos de "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal", de Roxin. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1(20), 211-283.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal: parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. (2ª ed.). Marcial Pons.
- Kassama, A. G. (2014). *Leituras da modernidade no funcionalismo radical: da teoria dos sistemas à pós-modernidade*. [Tesis de Maestría, Universidade de São Paulo].
- Machado, V. (2009). *Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada*. [Tesis de Maestría, Universidade de Brasília].

- Marx, K. (2012). *Crítica do Programa de Gotha*. (trad. Enderle, R.), São Paulo: Boitempo.
- Marx, Karl. (s.f). *Tesis sobre Feuerbach*. Escritos de Karl Marx & Friedrich Engels. <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/45-feuer.htm>.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (2019). *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. (2ª ed.). Revan.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. (1ªed.). Bosch.
- Pachukanis, E. (2017). *Teoria geral do direito e marxismo*. Boitempo.
- Roxin, C. (1991). Culpa e Responsabilidade: Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1(4), 503-541.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general: Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (2ª ed.). Civitas.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (2004) *Punição e estrutura social*. (2ª ed.). Revan.
- Santos, Juarez Cirino dos. (2020). *Direito penal: parte geral*. (9ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Schecaira, S. S. (2022). *Criminologia*. (10ª. ed.). Thomson Reuters Brasil.
- Schünemann, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión en J. M. Silva Sánchez (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito: Seminario en la Universitat Pompeu Febrà* (pp. 93-128). Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. *Revista dos Tribunais*.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. *Revista dos Tribunais*.
- Streck, L. L. (6 de ago. 2012). O mensalão e o “domínio do fato”: algo “tipo ponderação”. *ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao/>.
- Tavares, J. (2018). *Teoria do crime culposos*. (5ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Tavares, J. (2022a). *Fundamentos de teoria do delito* (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Tavares, J. (2022b). *Teoria do Injusto Penal*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (2004). *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F.
- Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología: Aproximación Desde un Margen*. Temis.
- Zaffaroni, E. R., Batista, N., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Direito Penal Brasileiro I*. Revan.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.
H.G.S. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y L.P.F. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy

CLAUDIA VALLARINO BERRETTA

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-6163-4529>

cvallarino@vera.com.uy

Recibido: 08/10/2024 - Aceptado: 21/11/2024

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

Vallarino Berretta, C. (2024). Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e467. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.7>

Principales modificaciones en el proyecto de reforma de la Ley 16.060 en materia de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales

109

Resumen: Este artículo se centra en las principales modificaciones que sufrirá el régimen de responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades comerciales de aprobarse el Proyecto que modifica la Ley No. 16.060. Principalmente en aquellos tópicos que desde su sanción no ha habido consenso en la doctrina y que el proyecto de ley define. El criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad, la incorporación de la figura administrador de hecho, de la acción individual de responsabilidad y, la más disruptiva de las soluciones que es la incorporación de la “Business Judgement Rule” como la regla que los jueces deben adoptar para juzgar la conducta de aquéllos.

Palabras clave: administradores; responsabilidad; reforma; Ley 16.060

Main amendments to the draft bill amending law No. 16.060 regarding the liability of business companies administrators

Abstract: This article focuses on the main changes that the liability regime of administrators and directors of business companies will undergo if the Bill amending Law No. 16,060, is passed. It mainly focuses on those topics on which there has been no consensus among academic scholars since its enactment, and that the Draft Bill defines. The subjective criterion of imputation of liability, the incorporation of the *de facto* administrator, the individual action of liability and, the most disruptive change which is the incorporation of the “Business Judgement Rule” as the rule that the judges must adopt to judge the administrators’ conduct.

Key words: administrators, liability, reform, Law No. 16.060.

110

Principais modificações no projeto de lei de reforma da Ley 16.060 relativas à responsabilidade dos administradores de empresas comerciais

Resumo: Este artigo enfoca as principais modificações que sofrerá o regime de responsabilidade dos administradores e diretores de sociedades comerciais caso seja aprovado o Projeto que altera a Lei No. 16.060. Principalmente naqueles temas desde a sua promulgação não ha consenso na doutrina e que o projeto de lei define. O critério subjetivo de imputação de responsabilidade, a incorporação da figura do administrador de fato, da ação individual de responsabilidade e, a mais perturbadora das soluções, que é a da “Business Judgment Rule” como regra que os juízes devem adotar para julgar seu comportamento.

Palabras-chave: administradores; responsabilidade; reforma; lei 16.060

1. Introducción

El 22 de junio de 2021, los Profesores Dres. Alicia Ferrer, Alejandro Miller y Ricardo Olivera García presentaron al Presidente de la República y a la Ministra de Economía y Finanzas, un Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, no. 16.060, del 4 de septiembre de 1989 (en adelante, LSC) en el que realizan un parcial pero importante ajuste al régimen societario actual.

Como surge de la Exposición de Motivos que acompañó al Anteproyecto, su objetivo es mejorar y modernizar nuestro sistema societario, aumentando su eficiencia y adaptándolo mejor a la realidad y a los operadores nacionales. En este sentido se expresa que se considera necesario simplificar su funcionamiento, reducir sus costos de transacción y crear mecanismos que permitan reducir la conflictividad societaria.

El 31 de mayo del 2022, los Senadores Lilian Kechichian, Carmen Sanguinetti, Carlos Camy y Raúl Lozano presentaron a la Presidenta de la Cámara de Senadores el Anteproyecto de Ley.

El 29 de junio del 2022 adquirió la condición de proyecto de ley (en adelante, el Proyecto)¹.

Entre las normas que pretende modificar el Proyecto se encuentran las que regulan la responsabilidad de los administradores, directores y representantes de todos los tipos de sociedades comerciales, excepto la sociedad por acciones simplificadas.

Según las palabras de los autores del Proyecto, proponen “la consolidación de las interpretaciones mayoritarias de la doctrina y la más moderna regulación societaria establecida por la Ley n° 19.820 para las S.A.S. (Sociedades por Acciones Simplificada)”.

Las principales modificaciones que introdujeron Ferrer, Miller y Olivera García en la materia consisten en las siguientes.

En primer lugar, se reordenan las disposiciones estableciendo un solo y único régimen de responsabilidad para los administradores de los diferentes tipos sociales.

En segundo lugar, se extiende expresamente el régimen de responsabilidad tanto al administrador de derecho como al administrador de hecho.

En tercer lugar, se aclara el concepto individual y subjetivo de la responsabilidad y la exigencia de dolo y la culpa grave como factores atributivos de responsabilidad, descartándose la responsabilidad de tipo objetivo. Expresan su voluntad de desestimar la existencia de una responsabilidad de garantía basada únicamente en el resultado dañoso.

En cuarto lugar, se dispone expresamente que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión. Adoptan la Business Judgement Rule o regla de buen juicio empresarial, surgida en el derecho anglosajón y hoy extendida al derecho continental, con el objetivo de incentivar la eficiencia y evitar la aversión a la toma de decisiones por parte de los administradores.

1 Recuperado de: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/documentos-comision/senadores/49/1026/0/CON>

En quinto lugar, regulan especialmente la responsabilidad de los administradores de las sociedades integrantes de un grupo societario por las decisiones tomadas siguiendo el interés grupal. Aspecto que no será abordado en el presente trabajo.

En sexto lugar, introducen expresamente la acción individual de responsabilidad que se puede iniciar por socios o terceros por los daños causados por los administradores y representantes en forma directa a sus respectivos patrimonios. Separan este concepto de la acción social de responsabilidad que, aunque sea promovida por los mismos legitimados, tiene por finalidad la reparación de los daños producidos al patrimonio social.

Una vez listadas las principales modificaciones que introduce el Proyecto en materia de responsabilidad de los administradores, directores y representantes de las sociedades comerciales, pasaremos a desarrollarlas.

2. Un solo y único régimen de responsabilidad de los administradores y directores para todos los tipos sociales

El Proyecto reordena las disposiciones sobre responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades comerciales estableciendo un solo y único régimen de responsabilidad para los diferentes tipos sociales.

A tales efectos, se unifican en el artículo 83 de la LSC las normas sobre la responsabilidad de los administradores en la parte general de la ley y la especial destinada a las sociedades anónimas ya que los proyectistas entienden que no existe fundamento alguno para distinguir la responsabilidad de los administradores en los diversos tipos sociales.

Se incorporan a dicho artículo el 83 bis (Extinción de la responsabilidad), el 83 ter (Acción social de responsabilidad) y el 83 quater (Acción individual de responsabilidad).

3. Se extiende el régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a los administradores de hecho

El Proyecto de Ley, con carácter general para todos los tipos sociales extiende el mismo régimen de responsabilidad del administrador de derecho al administrador de hecho.

La doctrina de nuestro país suele citar como antecedente del reconocimiento de la figura al artículo 28 de la LSC. Éste determina quienes deben responder (solidariamente) por el pasivo social y los perjuicios ocasionados por una nulidad insubsanable, señalando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho que identifica como “*quienes actúen como tales en la gestión social*”. También citan como antecedente al inciso 4º del artículo 39 del Decreto no. 404/2007², del 29 de octubre del 2007, reglamentario de la

2 “Serán responsables de la omisión de solicitar autorización al Órgano de Aplicación los administradores, directores y representantes de hecho o de derecho de los participantes, estén o no inscriptos en la Dirección General de Registros en cumplimiento del artículo 86 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en la redacción dada por el artículo 13 de la Ley N° 17.904 de 7 de octubre de 2005, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley que se reglamenta” inciso 4º del artículo 39 del Decreto 404/2007.

Ley no. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia, del 10 de julio del 2007. El referido artículo indica quienes serán responsables ante el órgano de aplicación por la omisión de notificar actos de concentración económica: los administradores, directores y representantes de derecho y los de hecho, aunque sin definirlos.

El literal B) del numeral 2) del artículo 112 y el artículo 201 de la Ley no. 18.387, del 23 de octubre del 2008, de Concursos y Reorganización Empresarial (en adelante, LCRE) indican, sin lugar a dudas, que la figura del administrador de hecho ha sido incorporada a nuestra legislación.

El literal B) del numeral 2) del artículo 112 de la LCRE, individualiza a las personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, identificando tanto a los administradores de derecho como a los de hecho o a quienes lo hubieran sido en los dos años previos a la declaración del concurso. Por su parte, el artículo 201 de la LCRE establece el contenido de la sentencia que resuelve el incidente de calificación del concurso de la persona jurídica como culpable, volviendo a mencionar al administrador de hecho. Esta sentencia establecerá la inhabilitación de los administradores, aun de hecho, de la persona jurídica deudora para administrar los bienes propios o ajenos y representar a cualquier persona por un período de cinco a veinte años. Además, la sentencia de calificación podrá contener la condena a los administradores, de derecho o de hecho, a la cobertura de todo o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

También se ha entendido que cuando el artículo 82 de la Ley de Mercado de Valores, n° 18.627, del 2 de diciembre del 2009, (en adelante LMV), cuando regula al gobierno corporativo se está refiriendo a los administradores de hecho al imputar la misma responsabilidad de los que han sido designados como directores a aquellas personas físicas o jurídicas bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar aquéllos.

Finalmente, la Ley de Sociedades por Acciones Simplificada, n° 19.820, del 18 de septiembre de 2019 (en adelante LSAS), introduce para este tipo societario la figura del administrador de hecho y lo define. En efecto, el artículo 31 del citado cuerpo legal define al administrador de hecho como “las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes legales de la sociedad actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. La norma puntualiza que serán administradores de hecho quienes realicen de forma permanente una actividad positiva de gestión o dirección de la sociedad. Luego de definir a la figura, le asigna la misma responsabilidad que los administradores y representantes legales de derecho.

Salvo por el art. 31 de la LSAS, la figura del administrador de hecho no fue definida por ninguna otra disposición legal (*omnis definitio in iure periculosa est*) por lo que a la hora de aplicar el derecho se integra con los conceptos vertidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Dentro de nuestra doctrina vernácula varios son los autores que han conceptualizado y ejemplificado al administrador de hecho. Entre otros se destacan los trabajos de Pérez Idiartegaray (2004), Miller (2005), Blengio (2006), Olivera García (2006, 2015, 2019), López Rodríguez (2016, 2018, 2022), Bellocq (2019) y Scaianschi (2021).

Sin pretender agotar el elenco de las definiciones que se han vertido en la doctrina, que no es el objetivo de este trabajo, citaremos alguna de ellas para contextualizar el Proyecto.

Blengio (2006, p. 552) ha definido al administrador de hecho aparente como “un sujeto que ejercita efectivamente la administración, sin que esté investido (ni por consiguiente legitimado) para hacerlo de acuerdo a las exigencias legales y estatutarias”. Tomando en consideración la doctrina, nacional y extranjera, el autor señala los elementos que estructuran la figura: a) el efectivo desempeño de la gestión o administración social; b) la continuidad del ejercicio efectivo de la función³; c) el ejercicio autónomo y no subordinado a un órgano de administración social, y, d) el acatamiento por la sociedad de las directivas del administrador de facto. En el caso del administrador aparente, lo que singulariza la figura es la apariencia.

La casuística dentro de la categoría de administrador de hecho aparente incluye a quienes a pesar de que venció el plazo para el que fueron designados continúan desempeñándose como tales, a aquellos que fueron elegidos en una asamblea que luego se declaró nula por defecto en su convocatoria o por falta de quórum de asistencia o de votación o que existe alguna incompatibilidad o inhabilitación para su designación, etc. Todos tienen en común que se presentan y se desempeñan como administradores a la vista de los terceros, a pesar de que no han sido formalmente designados.

Blengio (2006, p. 558) también describió al administrador de hecho oculto (*shadow director*) como aquél que no aparece ante los ojos de los terceros como administrador pero que en los hechos actúa como tal, el que imparte directivas y órdenes al administrador de derecho, quien las acata y es la herramienta para ejecutar sus designios. Miller (2005, pp. 53 - 55) también se refiere a ellos como aquél que actúa en la sombra, influyendo o condicionando directa y regularmente la decisión del director o directores de derecho pero sin ejercer un contralor societario.

En el caso de los administradores de hecho ocultos la casuística indica que son tales los que se presentan frente a los terceros como apoderados, directores generales, gerentes o profesionales al servicio de la sociedad pero que en los hechos conducen la gestión social en forma continuada y sistemática⁴.

Además de las figuras del administrador de hecho aparente y el oculto, López Rodríguez (2022, pp. 427) incorpora una tercera categoría que la denomina “administrador indirecto”. Sería aquél que no exterioriza formalmente su condición de tal sino que indirectamente ejerce una influencia determinante en la gestión de la sociedad. El autor incorpora dentro de esta categoría a la entidad dominante de un grupo, generalmente la sociedad matriz, cuando interviene en la gestión social del resto de sus integrantes de

3 PÉREZ IDIARTEGARAY (2004, p.117) entiende que la injerencia o influencia puede darse en casos singulares y aún estaríamos en presencia de un administrador de hecho. La sentencia No. 226/2023 del 15/11/2023 (I.U.E. 40-56/2019) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno, se pronunció en sentido contrario “Es decir, para poder atribuirle a la Sra. CC la calidad de administradora de hecho, no basta con entender que se acreditó la adopción de alguna decisión puntual, sino que es necesaria la prueba de que participó en forma efectiva en la gestión de la sociedad en forma continuada, regular, y no esporádica y aislada”.

4 Casuística que se dio en la sentencia no. SEI 0005-000145/2013 del 20/11/2013 (I.U.E. 41-50/2011) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 turno, en la que el Contador de la empresa que en el proceso declaró que concurría todas las mañanas a la empresa concursada encargándose de los asuntos financieros, administrativos, del personal y generales. También afirmó haber tratado con el personal, los proveedores y clientes, haber supervisado el departamento administrativo de la empresa, realizar el flujo de fondos coordinando con el departamento de producción y la oficina de presupuestación y planificando con el director de la empresa los pasos a seguir. También la vemos reflejada en la sentencia no. 78/2020 del 16/7/2020 (I.U.E. 40-82/2019) dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno, en sentencia la persona que ocupaba en apariencia el cargo de Gerente fue calificado por el Tribunal como administrador de hecho al realizar todas las tareas relativas a los negocios de exportación de la concursada, viajaba al exterior en su representación, era el responsable de las operaciones y de sus cobranzas y administraba los recursos financieros del exterior con el consentimiento de todos los socios.

forma duradera y estable y su influencia puede ser calificada como decisiva. Siguiendo con su casuística, el autor menciona al socio de la sociedad unipersonal que reviste la calidad de administrador y lleva a cabo la gestión social. También al Estado o las Administraciones públicas cuando imparten órdenes relativas a la actividad social en aquellas sociedades en las que participan como socio mayoritario o único, en tanto accionista de control. Por último, López Rodríguez señala que serían administradoras de hecho las sociedades especializadas en la prestación de servicios de asistencia técnica o management respecto de las sociedades que les delegaron las funciones de administración o el principal en los contratos de distribución en los que interfiere de forma irresistible sobre su distribuidor.

Nuestra jurisprudencia reconoció la existencia de los administradores de hecho en materia concursal y para aplicar el derecho lo integró con los conceptos vertidos en la doctrina más recibida. Sin perjuicio, no elaboró un único concepto del administrador de hecho sino que de las sentencias ha indicado sus características: realización de tareas de gestión y ejercicio del poder de dirección, en forma permanente y estable, con influencia decisiva.

A pesar de los diferentes pasos legislativos que se han ido dando en aras de su reconocimiento, faltaba su incorporación a la LSC para que la figura fuera reconocida no solo en las sociedades por acciones simplificada sino también en el resto de los tipos sociales.

El Proyecto de Ley, en la que pasaría a ser la redacción del artículo 83, incorpora la figura del administrador de hecho en los siguientes términos: “Las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes de la sociedad, actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad”. La norma hace extensible el régimen de responsabilidad de los administradores y representantes de derecho a los administradores de hecho.

Como es dable advertir, el texto proyectado no innova respecto de la solución del artículo 31 de la LSAS. Reitera el concepto de que el administrador de hecho es aquél que realiza en forma estable y permanente una actividad positiva de gestión, administración y dirección. La norma proyectada al adoptar el mismo concepto y extender el régimen de responsabilidad de los administradores y representantes de derecho le da homogeneidad a ambos textos normativos.

4. La responsabilidad de los administradores y directores continúa siendo personal.

Los autores del Proyecto han indicado el carácter personal y subjetivo de la responsabilidad que asumen el o los integrantes del órgano de administración de una sociedad comercial.

En primer lugar, la norma deja claro que la responsabilidad de los administradores o directores, sea un órgano individual, colectivo o colegiado, es personal. Cada uno responde por los daños que ocasione su actuación personal. Aún cuando el órgano sea colectivo o colegiado, cada uno de sus integrantes responderán por el papel que cada uno de ellos haya tenido en el acto que ocasionó perjuicios a la sociedad.

En esta línea de pensamiento la redacción del inciso 2° del art. 83 del texto proyectado dice: “Los administradores y representantes de la sociedad serán personalmente responsables frente a la sociedad...”. Y ese concepto se ve reforzado en el inciso 4° “En ningún caso los administradores o el representante legal serán responsables por perjuicios a la sociedad que no respondan a su actuación personal en el hecho o acto dañoso o que no hubieran causado”.

No obstante, en el caso de que el órgano sea colectivo o colegiado, la responsabilidad será solidaria entre aquellos miembros que hayan actuado personalmente en la producción del daño. La redacción del proyecto del art. 83 mantiene la posibilidad de eximirse de responsabilidad en los casos que hoy están previstos en el artículo 391:

cuando no hubieran votado la resolución y hubieran dejado constancia en actas de su oposición o comunicado fehacientemente la misma al órgano de control interno si existiere y, en caso contrario, a los socios o accionistas dentro de un plazo no mayor a diez días, contados a partir de la reunión en que se adoptara la resolución o de la fecha en que se hubiera tomado conocimiento de ella.

Al igual que el texto vigente para los directores de las sociedades anónimas, el texto proyectado consigna que la abstención o la ausencia injustificada no constituirán por sí solas causales de exención de responsabilidad.

116

5. Los hechos ilícitos generadores de responsabilidad de los administradores y directores.

El artículo 83 de la LSC en su redacción actual establece el estándar de conducta que deben cumplir las personas que integran el órgano de administración y representación: deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Y, en el caso de que incumplan los deberes fiduciarios del cargo y al hacerlo ocasionen daños y perjuicios a la sociedad, deberán hacerse responsables.

Por su parte, el artículo 391 de la LSC incluye como hechos ilícitos la violación a la ley, el estatuto o el reglamento, el mal desempeño del cargo según el criterio del art. 83 y el abuso de sus facultades.

Y, la LSAS indica en su artículo 31 que la responsabilidad se produce por violación de las normas legales y estatutarias y la violación de los deberes fiduciarios de lealtad y diligencia.

El texto proyectado expresa en el inciso 1° del art. 83 que:

Los administradores y representantes de la sociedad tienen el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deberán hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés con independencia del origen de su designación.

Los administradores y representantes de la sociedad serán personalmente responsables frente a la sociedad por todas las violaciones que, con dolo o culpa grave, hubieran cometido a las normas de la ley, el estatuto o el reglamento, o a sus deberes de lealtad y diligencia, y que hayan causado un perjuicio al patrimonio social.

De su lectura podemos afirmar que los proyectistas no han innovado respecto al estándar de conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales y al identificar los hechos ilícitos que de ser cometidos conllevarán su responsabilidad.

5.1.-La violación de la ley, el estatuto o el reglamento

Se reitera como hecho ilícito la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, lo que permite dar al concepto de ley una interpretación amplia como hasta el momento (Miller, 1993, p. 196; Lapique, 2020, p. 260; Poziomek y Alfaro, 2020, p. 257; Vallarino, 2020, p. 284).

5.2. El incumplimiento del deber de lealtad como hecho ilícito

El deber de obrar con lealtad es un estándar de conducta presente en los actuales artículos 83 y 391 de la LSC y en el art. 31 de la LSAS y que se propone mantener en la redacción del proyecto de modificación de la LSC.

Cumplir con el deber de lealtad se resume en actuar conforme al interés social, concepto jurídico indeterminado que no ha sido definido legalmente sino por la doctrina.

La LSC ha sido estructurada tomando en consideración la existencia del “interés social” y es así como varios de sus artículos – algunos de los cuales se proponen modificar - adoptan soluciones que buscan protegerlo⁵. También los artículos 82 y 83 de la LMV tuvieron en cuenta la existencia del interés social al que vinculan a los deberes fiduciarios de sus administradores. Y lo propio hace la LSAS cuyo artículo 9º remite a las disposiciones de la LSC.

Los autores que han estudiado al interés social se dividen entre quienes niegan su existencia y quienes la afirman y, dentro de estos últimos, los contactualistas y los institucionalistas. Excede el objetivo de este trabajo profundizar en el concepto de interés social que tiene tantos significados como las corrientes doctrinarias que tratan de explicarlo.

En los últimos años ha surgido una corriente de opinión, que en nuestro país se encuentra representada por Casanova (2012, pp. 305 – 306), Miller (2016, p. 14) y Olivera (2014, p.269, 2015, p. 941, 2019, 86), para quienes el interés social supera al de los socios y al de la empresa. La sociedad comercial existe no sólo con el fin de crear valor para sus socios/accionistas (shareholders) sino también en beneficio de los sujetos que se vinculan o son afectados por las decisiones de dicha empresa (stakeholders), procurando una relación virtuosa de la sociedad con la comunidad.

En la Exposición de Motivos que acompañó al Anteproyecto de Ley, se indica que se adoptó esa corriente de opinión y así lo dejaron plasmado:

Por otra parte, el derecho comparado ha evolucionado hacia un concepto de interés social vinculado a la generación de valor de la sociedad, en beneficio no solamente de los propios socios o accionistas sino además de los terceros y del medio social, en general, justificando el notable desarrollo alcanzado por el concepto de responsabilidad social empresarial.

5 Entre otros artículos que mencionan al interés social se encuentran 50, 51, 74, 83, 84, 85, 209, 325, 330, 365, 388, 389 y 391.

Las normas mencionadas así como los conceptos que al respecto ha manejado la doctrina apuntan a que el administrador o directores de la sociedad comercial deben actuar (u omitir actuar) persiguiendo el interés de la sociedad y no el propio o el de un tercero.

Los artículos 84, 85 y 387 a 389 de la LSC así como el art. 82 de la LMV, son la consagración a texto expreso del deber de lealtad y son aplicables al administrador, directores o representantes de las sociedades comerciales así como al representante legal de la S.A.S. por lo dispuesto en el artículo 9 de la LSAS.

El artículo 84 de la LSC establece el régimen de contratación con la sociedad del administrador o representante. Si el contrato se relaciona con su actividad normal podrán celebrarlo en las mismas condiciones que los terceros (o sea, de acuerdo a las condiciones de mercado), debiendo comunicarlo con posterioridad a los socios. Si el contrato no se relaciona con su actividad normal, deberán contar con una autorización previa de los socios. La norma establece que el contrato que se celebre en violación del precepto legal es nulo.

Es importante hacer notar que el Proyecto propone modificar el artículo 84 en lo que refiere a los contratos que no son propios del giro o actividad habitual de la sociedad indicando que deben ser aprobados por las mayorías que se requieran para ello. En caso de tratarse de bienes registrables debe dejarse constancia en la escritura pública o en el documento privado. Lo más significativo de la modificación es que el incumplimiento del precepto contenido en la norma no apareja la invalidez del contrato como está previsto en la LSC sino que compromete la responsabilidad del administrador y representante.

El artículo 85 de la LSC prohíbe a los administradores y representantes de la sociedad participar, por cuenta propia o de terceros, en actividad en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de los socios. La violación del precepto legal conlleva la responsabilidad de aquéllos.

También el Proyecto de Ley propone la modificación del artículo 85. De ser aprobado, el inciso primero mantendría la prohibición de realizar actividad en competencia con la sociedad. Al artículo se le agregaría un segundo inciso que impone al administrador o representante que tenga un interés contrario al interés social, hacerlo saber al órgano colegiado que integra y al de fiscalización, en su caso o, en su defecto, al órgano de gobierno. Deberá abstenerse de intervenir en la deliberación y de votar en las decisiones que se adopten. Cuando su función fuese individual no podrá resolver. En las sociedades colectivas, en comandita, de capital e industria, irregulares y de hecho, lo comunicará a los socios.

Por su parte, el art. 387 de la LSC regula el conflicto de interés del director con la sociedad. La norma dispone que si los directores de una sociedad anónima, en un negocio determinado, tienen un interés contrario al interés social, ya sea personal o de un tercero, deben hacerlo saber al directorio, y al órgano de control en su caso, absteniéndose de intervenir cuando se traten y resuelvan esos asuntos. Si se tratara de un administrador deberá abstenerse de realizar tales negocios, salvo autorización de la asamblea de accionistas. La actuación en contrario los hace responsables de los perjuicios que ocasionen a la sociedad.

El artículo 388 de la LSC consagra el régimen de contratación con la sociedad de los administradores y directores de una S.A.. La norma se remite al artículo 84 de la LSC

con las siguientes salvedades: si el administrador celebra un contrato con la sociedad dentro de lo que es su giro o actividad habitual, deberá ponerlo en conocimiento de la próxima asamblea. Si se trata de un órgano colegiado, el director que lo celebre deberá comunicarlo al directorio. La autorización previa requerida cuando el contrato no se refiere a su giro o actividad habitual deberá ser concedida por la asamblea de accionistas.

Finalmente, el artículo 389 de la LSC prohíbe a éstos realizar actividad en competencia con la que desarrolla la sociedad. Según Miller (1993, pp. 186 y 189) el fundamento de tal prohibición es que si el administrador tiene intereses en otra empresa con giro similar, ya sea como propietario, socio, gerente o director, se plantea un inevitable conflicto de interés por cuanto puede servirse de los conocimientos, de los métodos y técnicas industriales o aprovecharse de la situación floreciente o deficitaria por la que pudiera estar atravesando cualquiera de ellas, en perjuicio o detrimento de aquella en la cual sus intereses personales tienen menor gravitación.

Los artículos 387 a 389 son aplicables a los administradores, directores y representante legal de las S.A. y de las S.A.S., por la remisión que hace el art. 9 de la LSAS.

Tan relevante es el interés social que los Proyectistas consideraron conveniente elevarlo al rango de principio general y por ello proponen incorporarlo al art. 1° de LSC. En su inciso final incluyen la obligación de que todos los actores de la sociedad (socios, administradores y miembros del órgano de fiscalización) ejerzan sus derechos, funciones y facultades alineado al interés social.

Resulta importante destacar que en la Exposición de Motivos expresaron que con ello pretenden evitar el posible desvío para la obtención de un interés personal contrario o al margen del interés de la sociedad comercial.

119

Por último, el artículo 83 del Proyecto se hace referencia al interés social de los grupos de sociedades a los efectos de la atribución de la responsabilidad, indicando que la afectación del interés social por parte de los administradores de la sociedad componente deberá juzgarse tomando en consideración la política general del grupo, con el criterio establecido en el artículo 51, la que deberá asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integren.

En todos los casos, el cumplimiento del deber de lealtad impone a los administradores y representantes una obligación de resultado.

El incumplimiento del deber de lealtad presupone, necesariamente, una actuación intencional que solo es posible cometer a título de dolo y que genera la responsabilidad personal de quien con su conducta provoca daños al patrimonio social.

5.3. El incumplimiento del deber de diligencia como hecho ilícito

El otro deber fiduciario consagrado en la LSC y la LSAS es el de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, concepto ha sido extensamente desarrollado en la doctrina.

La violación del deber fiduciario de diligencia es otro de los hechos ilícitos, que, de provocar un daño al patrimonio de la sociedad, acarrea la responsabilidad de los administradores y representantes de la sociedad comercial del tipo social que sea.

Se trata del estándar de conducta que se le impone a quienes integran el órgano de administración y de representación de la sociedad comercial (art. 83 y 391 de la LSC y 31 de LSAS).

Miller (1993, p. 198) distinguiendo el concepto del buen padre de familia del Código Civil respecto del buen hombre de negocios, manifiesta que este concepto consagra una auténtica responsabilidad profesional y debe ser apreciado conforme a las circunstancias concretas de cada sociedad, el objeto de la misma, su actividad, las funciones específicas que se le hubieren confiado, la circunstancia en la cual debió actuar, todo lo que debe ser tenido en cuenta en cada caso para valorar si la actuación del administrador fue diligente y conforme al estándar legal referido. El autor, citando a Zaldivar, ha sostenido que se trata de un estándar de conducta que no es un estándar de conducta estático sino dinámico que depende del momento, del lugar y de las especiales características de la empresa.

Rodríguez Mascardi y Ferrer Montenegro (2004, p. 434) expresan que en la noción del buen hombre de negocios está presente la conducta de un sujeto hábil e inteligente, preparado para lidiar con las circunstancias que la actividad de la sociedad le impone. Un sujeto que debe tomar riesgos evaluados adecuadamente. El administrador diligente no está obligado a conocer todas las cuestiones que le corresponden resolver pero está obligado a tomar decisiones con niveles de información máximos. Según las autoras, se le impone una conducción idónea, profesional. También afirmaron que estamos en presencia de una responsabilidad profesional derivada del carácter técnico de la prestación (2022, p. 403).

Olivera García (2015, p. 944) refiriéndose al buen hombre de negocios manifiesta que:

Constituye una regla de conducta impuesta a los administradores sociales. Se trata de un criterio objetivo y abstracto, que pretende establecer cuál hubiera debido ser razonablemente el comportamiento debido por un administrador diligente colocado en la misma situación que aquella que se pretende evaluar.

Según Olivera García (2015, pp. 945 – 947) el concepto societario de diligencia de un buen hombre de negocios se aparta del civil, con el cual sólo comparte su carácter abstracto. No se trata, como se ha sostenido, de la imposición de un deber de diligencia más severo, ni de un deber de diligencia calificado por la exigencia de una especial aptitud profesional. El administrador no tiene la obligación de ser un perito sino de ser diligente...”.

El administrador debe tomar dichas decisiones de riesgo, las cuales forman parte de los deberes de su cargo. Sería negligente el administrador, que por temor al fracaso, omitiera adoptar tales decisiones.

En todos los casos, el cumplimiento del deber de diligencia impone a los administradores y representantes una obligación de medios y su incumplimiento presupone necesariamente una actuación culposa, generadora de responsabilidad.

De la lectura de las diferentes opiniones doctrinarias sobre el concepto del buen hombre de negocios podemos advertir que el concepto ha ido evolucionando desde la sanción de la LSC hasta la fecha. Se pasó del concepto de que los administradores asumían un deber de diligencia severo y de carácter profesional diferente al buen padre de familia a centrarse en la actualidad en un actuar diligente en términos de tomar

decisiones debidamente informados y asesorados, de buena fe y centrándose en el interés de la sociedad.

Tanto el deber de lealtad como el deber de diligencia se mantienen en el Proyecto de Ley en un solo y único régimen de responsabilidad para todos los tipos sociales que se unifica en el art. 83 de la LSC.

6. El factor subjetivo de atribución de responsabilidad: la culpa grave y el dolo

La consagración de un régimen de responsabilidad subjetivo de los administradores y directores de las sociedades comerciales surge de la discusión parlamentaria de la LSC⁶.

Respecto del factor subjetivo de atribución de responsabilidad, los artículos 83 y 391 de la LSC, indican que los administradores o directores de las sociedades comerciales responden por los daños y perjuicios producidos por “dolo o culpa grave”. El artículo 31 de la LSAS reitera el mismo criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad.

Olivera García (2019, p. 97), Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2007, pp. 239 - 240) y Miller indican que la LSC establece un régimen de responsabilidad subjetiva.

Miller (2005, p.106) sostiene que la obligación del director de actuar conforme al marco normativo vigente no configura una obligación de resultado ni genera una responsabilidad objetiva o de garantía sino que la imputación subjetiva de responsabilidad es el dolo o la culpa grave que debe ser acreditada por el actor.

Olivera García (2011, p. 166 - 168) indica que la violación del deber de lealtad es por definición un comportamiento doloso que debe ser reprimido con la mayor severidad. El administrador que actúa con deslealtad quiere el resultado de sus actos. No existen procedimientos alternativos para crear incentivos que prevengan las conductas desleales por lo que para reprimir la deslealtad es la consagración de la responsabilidad. A diferencia de la violación del deber de lealtad, la violación del deber de diligencia es un comportamiento culposo. No existen incentivos para que el administrador actúe negligentemente.

No obstante, algunos autores han manifestado que sí responderían por culpa leve en los casos de violación de la ley, el estatuto o el reglamento.

Así Rippe (2001, p. 163) sostuvo que la responsabilidad consagrada en la Ley es amplísima e incluso más severa que en la legislación anterior.

El hecho de que la sola violación de la ley, el estatuto o reglamento determine esa responsabilidad, implica en la práctica una responsabilidad prácticamente objetiva que no admitiría excepción legal o convencional alguna, a diferencia de los otros supuestos de responsabilidad fundados en la falta de lealtad o de diligencia, en el abuso de facultades, el dolo o la culpa grave – no se incluye la culpa leve o mera negligencia – que suponen la prueba de la culpa en sentido amplio y la exoneración de esas responsabilidad en caso de falta de culpa.

6 Comisión Especial de la Cámara de Representantes, sesiones del 3 y 10 de agosto de 1988.

Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2007, p. 240; 2011, p. 98) entienden que se responde por culpa leve cuando se viola la ley o el contrato o estatuto, en cuyo caso se aplican normas generales del Código Civil y se responde por el dolo, la culpa grave y la culpa leve.

No obstante, cabe consignar que en una obra posterior, Rodríguez Olivera (2011, p. 54) indica que:

Solo se responde por culpa grave. No se ha querido responsabilizar por la culpa leve. Como dicen Garrigues y Uría, indicando que nadie se avendría a aceptar el cargo de administrar si tuviere que responder de faltas leves de diligencia, por cualquier falta de atención o de previsión por minúscula que ésta pueda ser.

En una posición aislada se encuentra Fernández (2006, p. 230) que refiere a que en los casos de violación del deber de diligencia el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad de los administradores sería la culpa leve. Según el autor el no obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios implica obrar con culpa leve dado que el art. 391 de la LSC remite al art. 83 que refiere al deber de actuar como un buen hombre de negocios. En el resto de las hipótesis del art. 391 (violación de la ley, estatuto o del reglamento o abuso de facultades) el criterio de imputación es la culpa grave y el dolo, no siendo responsables si actúan con mera culpa.

La redacción proyectada del artículo de la LSC, despejando toda duda y posición aislada, deja claro que el factor subjetivo de atribución de responsabilidad es el dolo o culpa grave y puntualiza que la responsabilidad no es objetiva y que los administradores y representantes no son garantes de las obligaciones sociales.

122

7. Incorporación de la business judgement rule en el régimen societario uruguayo.

En el tema de la responsabilidad la modificación más disruptiva es la incorporación del estándar de evaluación o revisión de la conducta de los administradores y representantes, denominada Business Judgement Rule (en adelante, BJR), cuyo origen es el derecho anglosajón y que ya fue adoptada en varios países que integran el derecho continental.

De aprobarse el Proyecto de ley que modifica la LSC se introducirá la BJR o regla del buen juicio empresarial en nuestra legislación societaria.

El inciso 5° del artículo 83 del Proyecto de modificación de la LSC, expresa:

Los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión.

La norma está en consonancia con la incorporación del artículo 33 bis que regula la impugnación de nulidad de las resoluciones sociales. En su inciso cuarto establece que no son impugnables las resoluciones sociales que se funden en criterios empresariales o de negocios. Se deja a salvo la acción de nulidad en aquellos casos en que la resolución se

funde en dichos criterios pero viole normas imperativas, del contrato social, el estatuto, el reglamento o fueran lesivas del interés social.

7.1. Incorporación al régimen societario uruguayo del estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales.

Como se expresó en la introducción, la modificación más disruptiva del Proyecto en materia de responsabilidad de los administradores y representantes es la incorporación del estándar de evaluación o revisión de la conducta de los administradores y representantes denominada Business Judgement Rule o regla del buen juicio empresarial.

La regla del buen juicio empresarial implica que se somete la decisión que adoptó el administrador o representante a un test o análisis para saber si cumplió con las condiciones que impone la norma. Si cumplió con esas condiciones, entonces, la conducta no podrá ser juzgada por los jueces.

La BJR parte de una serie de supuestos que listaré a continuación:

- El o los administradores/representantes de la sociedad actúan en el mundo de los negocios por lo que deben tomar algunos riesgos dado que en la actividad empresarial no existe el riesgo cero. Asumir riesgos forma parte del crecimiento y expansión del negocio.
- La adopción de decisiones de riesgo forma parte de los deberes del cargo de los administradores.
- La adopción de decisiones de riesgo no se puede considerar negligencia por parte de los administradores y representantes de una sociedad comercial. Por el contrario, no adoptar aquellas decisiones que aunque riesgosas puedan implicar el crecimiento y la expansión del negocio es lo que puede ser indicado como falta de diligencia en su gestión.
- Se espera que el administrador o los directores adopten decisiones de riesgo pero que al adoptarlas actúen con la mayor cantidad y calidad de información posible y en función de ella evalúen y ponderen adecuadamente los riesgos que van a tomar cuando adoptan una decisión por la sociedad.
- También se parte del supuesto que los directores o administradores son hombres/mujeres que pueden fallar por lo que pueden adoptar decisiones que pueden estar equivocadas.
- La BJR implica evaluar la forma en que los administradores han adoptado decisiones y no la corrección de las mismas. Por lo tanto, los jueces deben evaluar la conducta y no su resultado.
- Los administradores o representantes están mejor preparados o en mejores condiciones que los jueces para tomar decisiones de negocios.
- La BJR parte de la presunción de que los administradores actuaron de buena fe, con la información adecuada, con razonable diligencia y con la honesta convicción de que la decisión o la acción tomada es en el mejor interés de la sociedad. Dependerá de quienes demanden su responsabilidad acreditar que no adoptaron la decisión

de acuerdo al estándar de conducta que exige la ley (diligencia de un buen hombre de negocios).

- El deber de diligencia que los administradores deben cumplir, a diferencia del de lealtad, implica una obligación de medios y no de resultados. No se espera que todas las decisiones/acciones de los administradores sean exitosas y que obtengan resultados positivos sino que en el momento que se deba evaluar o revisar su conducta se pueda acreditar que han actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.
- La BJR pretende reducir el sesgo cognitivo de los jueces cuando opinan a posteriori de una decisión adoptada por los administradores o representantes de la sociedad. Se parte de la base de que los jueces podrán ser expertos en derecho pero no saben como dirigir una empresa por lo que la regla intenta constituirse en un límite para la facultad de los jueces de juzgar las decisiones de negocios de los administradores/representantes (“puerto seguro”).
- Siguiendo a Melvin Eisenberg citado por FERREIRA TAMBORINDEGUY (2011, p. 124) la regla del juicio de los negocios o del buen juicio empresarial consistiría en chequear que el administrador o director cumplió con cuatro condiciones. Si cumplió con esas cuatro condiciones, no se puede revisar la decisión que adoptó:

Para Eisenberg las cuatro condiciones son:

- (i) El director tiene que haber tomado una decisión.
- (ii) El director tiene que haberse informado antes de tomar la decisión, de un modo suficiente y que razonablemente le hubiera permitido tomarla de manera consciente.
- (iii) La decisión debe haber sido adoptada por el director de buena fe. A los efectos de este test se considera también que una decisión es tomada de mala fe si el director en cuestión era consciente que la decisión violaba alguna norma.
- (iv) El director al tomar la decisión no puede tener ningún interés en el objeto de la decisión.

Si alguna de estas condiciones no se ven reflejadas en la decisión adoptada por el administrador o director, se entenderá que no actuó con el juicio apropiado y la decisión podrá ser revisada por un tribunal. O sea, en ese caso su conducta será comparada con el estándar de conducta: diligencia de un buen hombre de negocios y en función de ello se resolverá.

En la propuesta de modificación del Proyecto se establece que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido. O sea, se parte de la base que los administradores y representantes toman decisiones de negocios que conllevan riesgos. Por ser decisiones que llevan ínsito un riesgo no todas van a resultar exitosas o van a tener resultados positivos. No por ello se los va a responsabilizar. Salvo que se pruebe que obraron de mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución.

A propósito de la BJR, Olivera García (2015, pp. 946 y 947) manifiesta que el deber de diligencia del administrador no es una obligación de resultados sino de medios, no se le

puede imponer a los administradores la obligación de que la sociedad obtenga resultados positivos ni que los negocios resulten exitosos. Su actuación deberá estar dirigida a la realización de todos aquellos actos que hubieran correspondido a un administrador diligente, a los efectos de que la sociedad cumpla su objeto y obtenga los resultados correspondientes.

Ferrer (2009, p. 636), refiriéndose también al estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores dijo:

Esta regla consiste básicamente en focalizar la forma en que los directores o administradores cumplen sus obligaciones, no en la corrección de sus decisiones. Basta con que actúen de buena fe y en los mejores intereses de la sociedad. El director debe actuar lealmente, en interés de la sociedad, y no en el suyo propio. Al mismo tiempo se le otorga una gran discreción en la toma de decisiones que importen un riesgo, siempre que el mismo haya sido tomado en forma desinteresada en lo personal y en la real convicción que lo hace en los mejores intereses de la sociedad.

Debe examinarse también que se adoptó una conducta diligente, esto es, la decisión se tomó contando con la información y asesoramiento apropiados (Ferrer, 2009, p. 640).

Por su parte, Miller (2009, pp. 650 - 654) también se pregunta si la BJR es aplicable entre nosotros, para medir y juzgar la conducta del director cuando éste presuntamente ha incurrido en una falta de gestión por no aplicar en la toma de decisión de negocios la diligencia debida, o sea, aquella de un buen hombre de negocios. La BJR es compatible en su aplicación con nuestros conceptos latinos del buen hombre de negocios. Citando a Block, Barton y Radin, indica que los elementos componentes de la regla: a) la existencia de una decisión de negocios; b) el desinterés e independencia del director en la toma de tal decisión, o sea, que se presume que el director no tiene conflicto de interés con la sociedad; c) la debida diligencia al tomar la decisión de negocios a través de informarse de la misma y sus consecuencias, pedir asesoramiento si eso fuera viable, etc.; la buena fe en la toma de la decisión de negocios y d) la inexistencia de un abuso de derecho o desviación de derecho. Cuando estos requisitos se cumplen la infracción al deber de diligencia sólo se produce si el acto o el acuerdo de los administradores resulta irracional, esto es, que no es posible ofrecer una explicación lógica o coherente de la actuación de los directores. En cambio, los administradores quedaron absueltos cuando lograron probar que la decisión si bien riesgosa, estaba fundada en aspectos racionales (estudio del mercado, información adicional, persecución honesta del interés social) a tal punto que la circunstancia que se hayan equivocado y que otras alternativas eran viables no da bases para sostener que actuaron contrariando el deber de diligencia debida.

Cohen (2010, pp. 135 y 136) realiza una reflexión a propósito de esta regla indicando que el juez al dictar una sentencia no debe pensar cómo debió haber obrado el director en una determinada circunstancia porque no es el empresario y no debe tomar decisiones de tal, sino que simplemente debería considerar si la decisión fue tomada de buena fe, con lealtad y diligencia, bajo el manto de la razonabilidad. Para la autora, la regla de los negocios es un instrumento eficiente para proteger la labor del director y permitirle ejercer lo que sabe y para lo cual fue designado sin exponerse a los avatares de las instancias litigiosas y al juzgamiento de su actuación “en otro lugar que no es la sociedad y por no empresarios”.

7.2. ¿Es necesario incorporar la business judgement rule en el derecho societario uruguayo?

De aprobarse el Proyecto, se consagrará la BJR como un estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales.

La ventaja de incorporar la regla en nuestro derecho positivo es difícil de evaluar y sólo se podrá sopesar con el tiempo. Lo único que podemos hacer es abreviar en la experiencia que han tenido aquellas jurisdicciones que adoptaron dicha regla.

En este sentido resulta útil la opinión de Paz Ares quien estudió a profundidad el régimen español de responsabilidad de los administradores y señaló que la incertidumbre jurídica que le genera a los administradores el no poder anticipar las consecuencias jurídicas de sus decisiones los empuja al sobrecumplimiento (“murallas de papel”) para evitar el riesgo de incurrir en responsabilidad. Ello eleva los costos de funcionamiento de la sociedad y las demandas salariales de quienes se prestan a desempeñar tales funciones al mismo tiempo que los convierte en un recurso escaso. Además, los vuelve conservadores y con aversión al riesgo lo que a la postre termina siendo perjudicial para la sociedad y, en consecuencia, para sus accionistas. En este sentido, indica que la BJR se presenta como una herramienta que ayuda a combatir la incertidumbre jurídica y a mitigar sus consecuencias.

A criterio de Paz Ares a ello se suma que los jueces no parecen ser idóneos para juzgar ex post una decisión de negocios adoptada por los administradores ya que pueden ser expertos en derecho pero no en tomar decisiones de negocios. Por lo tanto, entiende razonable pensar que la BJR puede operar como un límite a sus facultades y convertirse para aquéllos en un puerto seguro.

Es por eso que valoramos como positiva la introducción de dicha regla en nuestro régimen jurídico.

8. Consagración legal de la acción individual de responsabilidad

Se regula expresamente la acción individual de responsabilidad, derivada del daño causado por administradores y representantes a socios o terceros, en forma directa, a sus respectivos patrimonios.

De esta manera se pondría punto final a las discusiones que se dieron en el ámbito de la redacción original de la LSC respecto del alcance de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 391.

En lo personal, compartiendo la opinión de Rippe (2001, p. 165), Olivera García (2006, p. 31, 2015, p. 1003, 2019, p.167), Miller (2010, p. 377), Ferrer y Rodríguez Mascardi (2004, p. 432), Caffera y Mantero (2006, p. 130), Grazioli Milburn (2017, p. 189 y 190) sostengo que el artículo 391 de la LSC sólo regula la acción social de responsabilidad.

No obstante, no desconozco que autoras de la talla de Rodríguez Olivera (2011, p. 57) y Jiménez De Aréchaga (2000, p. 93) han sostenido que los artículos 83 y 391 de la LSC también regulan la acción individual de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad que los socios, accionistas y terceros pueden iniciar por actos ilegítimos llevados a cabo por los administradores, directores o representantes que dañan su patrimonio personal debe fundarse en las normas generales que regulan la responsabilidad civil. Esta es la solución del artículo 391 de la LSC. Y, también, la que asume la LSAS en tanto el inciso 2° del artículo 31 expresa que la acción de responsabilidad regulada en el inciso 1° será sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir por los perjuicios que hubieran causado en forma directa al patrimonio del accionista o del tercero

El fundamento jurídico de la acción social de responsabilidad es de naturaleza contractual y el fundamento jurídico de la acción individual, ya sea en la LSC como en la LSAS, dependerá de la naturaleza de la responsabilidad. Si se acciona por responsabilidad contractual el accionamiento se fundará en el artículo 1342 y siguientes del Código Civil y si se acciona por responsabilidad extracontractual en los artículos 1319 y siguientes del Código Civil.

El inciso segundo del art. 83 del Proyecto refiere claramente a la acción social de responsabilidad al indicar que los administradores y representantes son personalmente responsables frente a la sociedad cuando habiendo cometido los hechos ilícitos indicados en la norma han causado un perjuicio al patrimonio social. El artículo 83 Ter se ocupa de regular la acción social de responsabilidad.

A diferencia de la redacción actual de la LSC, el artículo 83 Quater establece a texto expreso la posibilidad de que socios, accionistas y terceros inicien una acción individual de responsabilidad. En una redacción similar a la del inciso 2° del art. 31 de la LSAS expresa que la acción de social de responsabilidad regulada en el art. 83 Ter será sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los administradores y representantes por los perjuicios que hubieran causado, en forma directa, al patrimonio de socios, accionistas o terceros. Tal como están redactados los artículos del Proyecto, se puede concluir que la acción individual sólo se puede iniciar para indemnizar los daños directos al patrimonio individual de socios, accionistas y terceros. Los daños indirectos no estarían contemplados. También, cabe indicar que la solidaridad en la responsabilidad de los integrantes de un órgano plural o colegiado no rige para la acción individual.

9. Reflexión final

Tal como se expresa en la Exposición de Motivos, la mayoría de las soluciones propuestas consagran las interpretaciones mayoritarias de la doctrina y la más moderna regulación societaria.

Algunos de los cambios propuestos no encontrarán mayor resistencia entre los operadores jurídicos y los económicos. Otras, tales como la incorporación de la Business Judgement Rule, como estándar de revisión o evaluación de la conducta de los administradores y representantes de las sociedades y la responsabilidad de los administradores de las sociedades integrantes de un grupo societario, seguramente sean resistidas y generen mayor debate.

El presente trabajo contiene, a cuenta de mayores desarrollos, las primeras reflexiones sobre los cambios que propone el Proyecto.

Referencias bibliográficas

- Bacchi Argibay, A. (2013). Los deberes fiduciarios de los directores de sociedades anónimas en la regulación del mercado de valores. *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial. Semana Académica 2013*, (pp. 23 – 32). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Belloq, P. (2019). *Manual de sociedades por acciones simplificada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Blengio Massolo, J. E. (2006). La cuestión de la administración de facto en materia societaria.I. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXXVI, (pp. 547 – 560). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Caffera, G. y Mantero, E. (2006). El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas frente a los acreedores sociales, *Responsabilidad de los Administradores y socios de las sociedades comerciales*, (pp. 123 - 152). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Caffera, G. y Mantero, E. (2009). *Protección extracontractual del crédito: Teoría y aplicación de la tutela aquiliana del crédito. Responsabilidad de directores de sociedades anónimas. Responsabilidad en grupos económicos y otros supuestos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria (pp. 145 – 170).
- Casanova, M. (2012). Interés social y deberes fiduciarios del administrador de sociedades de capital. *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 14, (pp. 239 – 310). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cohen Ventura, M. (2010). El movimiento pendular en la responsabilidad de directores. Más del “Business Judgement Rule”. *Sociedades y Concursos en un mundo de cambios. Semana Académica 2010*, (pp. 135 – 139). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferreira Tamborindéguy, H. (2011). Estandares de conducta y de revisión de la actuación de los directores: la regla del buen juicio empresarial, *Revista de Derecho Comercial*, No. 4, (pp. 121 - 130). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferreira Tamborindéguy, H. (2019). El Representante de Hecho, *El Derecho Comercial en el camino de revisión de la normativa societaria y concursal, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 2019*, (pp. 249 - 252). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. (2007). Modelos de conducta de administradores y directores. *Derecho Societario, In Memoriam Ferro Astray*, (pp. 457 – 475). Montevideo: B de F.
- Ferrer Montenegro, A. (2009). Conducta de los Directores: la factibilidad de aplicar el criterio del Business Judgment Rule para juzgarla. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 633 - 640). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. y Rodríguez Mascardi, T. (2022). La redacción del art. 83 del Proyecto de Ley. Reflexiones acerca de cambios muy relevantes. *Agudezas y Laberintos:*

- el Derecho Comercial de Cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 403 – 408). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ferrer Montenegro, A. (2023), Reforma de la Ley 16.060. La perspectiva con que debe mirarse la conducta de los administradores de la sociedad. Nuevas reglas de valoración de la misma. *Semana Académica 2023*, (pp. 301 – 306). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1998). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, v. 1, (reimpresión inalterada). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Grazioli Milburn, L. (2017). Acción individual de responsabilidad de acreedores de sociedades anónimas contra los directores por daños ocasionados por aquéllas. *Revista de Derecho Comercial. Quinta época, V. 2, No. 6 (abril - junio 2017)*, pp. 173 – 190. Montevideo: La Ley.
- Gurrea Martínez, A. (2014) La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el derecho español. SSRN. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545
- Hernández, G.H. (2006) Radiografía del art. 391 de la Ley de Sociedades Comerciales. *Responsabilidad de los administradores y socios de sociedades comerciales*, (pp. 225 – 251). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Hirschlaff, A. (2023) El proyecto de reforma de la ley uruguaya de sociedades comerciales: primeros comentarios a cuenta de futuras reflexiones. *Revista de Derecho. Año XXII, N° 43*, (pp. 55-81) | ISSN: 1510-5172 (papel) - 2301-1610 (en línea) - <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.4>
- Jiménez de Aréchaga, M. (2000). Las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima. *Temas de Derecho Societario. Diez años de la Ley de Sociedades Comerciales: análisis y perspectivas*. Ferrer Montenegro, A. (Coord.) (pp. 89 - 98). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Juste Mencía, J. (2020). Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores en sociedades de capital. *Estudios de derecho comercial: homenaje al Prof. José A. Ferro Astray. En el centenario de su nacimiento (1919 – 2019.T. 1*, (pp. 479 – 503). Montevideo: La Ley.
- Lapique, L. (2020). *Sociedades por acciones simplificada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- López Rodríguez, C. (2018), Administradores de hecho, *Estudios de Derecho Concursal, 10 años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Tomo I, (Dir) Miller, A. (Dir), Ferrer, A. (Dir), Ayul, Z. (Dir)., (pp. 241-334). Montevideo: La Ley.
- López Rodríguez, C. (2022), Calificación del Concurso. *Ley de Declaración del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo II, Título IX. Carlos E López (Dir.), Bado Cardozo, V., Ferreira Tamborindeguy, H., Martínez Vigil, D., Mongrell González, D., Romang Colominas, Catherine, Soffer Klecki, C. (pp. 293 - 512). Montevideo: La Ley

- Miller, A. (1993). De la administración y de la representación. *Análisis exegetico de la ley 16.060: sociedades comerciales*, (pp. 143 - 214). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2005). *Sociedades Anónimas. Directorio – Síndico*. Montevideo: Amalio M. Fernández S.R.L.
- Miller, A. (2009). Responsabilidad del director en la gestión y la Business Judgment rule. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 647 - 654). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2010), Acción social de responsabilidad contra directores, *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 13, (pp. 377 - 394). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Miller, A. (2016). Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Comercial*. Quinta época, V. 1, No. 2, (pp. 3 – 77). Montevideo: La Ley.
- Olivera García, R. (2006), La responsabilidad de los directores de las Entidades de Intermediación Financiera, *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 11, (pp. 17 - 46). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (2011). Lealtad: 12 – Diligencia: 3, *Tres pilares del moderno Derecho Comercial. Semana Académica 2011*, (pp. 163 - 169). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Olivera García, R. (2015). Responsabilidad del Administrador Societario, *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, Tomo II, Olivera García, R. (Dir.), (pp. 891 - 1051). Montevideo: La Ley.
- Olivera García, R. (2019). *Responsabilidad del Administrador Societario*, Montevideo: Ricardo Olivera García.
- Paz Ares, C., *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 30 – 34. InDret. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf
- Pérez Idiartegaray, S. (2004). Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores, *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la integración*, Año IV, No. 4, (pp. 105 -125). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Pozioemek, R. y Alfaro, J. (2020). *Sociedad por Acciones Simplificada*. Montevideo: AMF.
- Rippe, S. (2001). *Sociedades Comerciales. Ley 16.060*, 9ª edición actualizada, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. y López Rodríguez, C. (2007). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, V. 4, T. 4. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Olivera, N. (2011). *Responsabilidad de los administradores y directores de las sociedades anónimas*. Montevideo: La Ley, 2011.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2004). Acciones de responsabilidad de administradores y directores de sociedades comerciales. Algunas cuestiones proce-

- sales. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 4, (pp. 429 - 441). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2006). Responsabilidad de los directores de una sociedad anónima: acción social 'uti singuli'. *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 11, (pp. 415 - 421). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rodríguez Mascardi, T. y Ferrer Montenegro, A. (2022). La redacción del artículo 83 del Proyecto de Ley. Reflexiones acerca de cambios muy relevantes. *Agudezas y Laberintos: el Derecho Comercial de cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 403 - 408). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Scaianschi, H. (2020). Administrador de hecho en las SAS. We're off to never-never land. *El derecho comercial frente a las crisis globales. Semana Académica 2022*, (pp.133 - 139). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Scaianschi, H. (2021). Directores de Iure y Directores de facto, *Agudezas y Laberintos: el Derecho Comercial de cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 165 - 172). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vallarino Berretta, C. (2016). Acción individual de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima. *Realidad del derecho comercial: tensiones y sinergias en su práctica. Semana Académica 2016* (pp. 207 - 215.) Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vallarino Berretta, C. (2016) Fundamento de la acción individual de responsabilidad contra los directores de una sociedad anónima. *Revista de Derecho Comercial. Quinta época, V. 1, No. 4 (oct- dic. 2016)*, pp 133 - 137. Montevideo: La Ley.
- Vallarino Berretta, C. (2021) De la Administración y Representación, *La sociedad por acciones simplificada*, Olivera García, R. (Dir.), Cohen Ventura, M. et al., (pp. 259 - 302). Montevideo: La Ley.
- Uruguay (1989, septiembre, 4), Ley no. 16.060. Ley de Sociedades Comerciales. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/16060-1989>
- Uruguay (2007, julio, 10), Ley no. 18.159. Ley de Promoción y Defensa de la Competencia. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18159-2007>
- Uruguay (2008, octubre, 23), Ley no. 18.387. Ley de Concursos y Reorganización Empresarial. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18387-2008>
- Uruguay (2009, diciembre, 2), Ley no. 18.627. Regulación del Mercado de Valores. Deuda Pública. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/18627-2009>
- Uruguay (2019, septiembre, 18), Ley no. 19.820. Declaración de interés nacional el fomento de los emprendimientos. Promoción de Emprendedurismo. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/leyes/19820-2019>
- Uruguay (2007, octubre, 29). Decreto no. 404/2007. Reglamentación de la Ley No.18.159 sobre defensa de la libre competencia en el comercio. Recuperado de: <https://www.impocom.uy/bases/decretos/404-2007>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 turno (Uruguay) (2013) Sentencia no. SEI 0005-000145/2013 del 20 de noviembre del 2013. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno (Uruguay) (2020) Sentencia no. 78/2020 del 16 de julio del 2020. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7 turno (Uruguay) (2023) Sentencia No. 226/2023 del 15 de noviembre del 2023. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy





CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CARMEN ASIAIN

La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay

CARMEN ASIAIN

Universidad de Montevideo (Uruguay)

casiainm@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-5832-5836>

Recibido: 19/11/2024 - Aceptado: 21/11/2024

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

Asiain, C. (2024). La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e465. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.5>

La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos en Uruguay*

137

Palabras clave: familia, libertad religiosa, derechos humanos, Uruguay.

The relationship between family and religious freedom: contours and challenges in Uruguay

Keywords: family, religious freedom, human rights, Uruguay.

A relação entre família e liberdade religiosa: contornos e desafios no Uruguai

Palavras-chave: família, liberdade religiosa, direitos humanos, Uruguai.

* Conferencia dictada en el XXIII Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa "La relación entre familia y libertad religiosa: contornos y desafíos", Notre Dame Facultad de Leyes, Notre Dame, South Bend, Indiana, EEUU, 23, 24 y 25 de octubre de 2024.

1. Familia titular de derechos en la Constitución. Cambios en su definición e impacto en el derecho de libertad religiosa.

“La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”¹ reza el artículo 40 de la Constitución Nacional, que de este principio parte para proclamar los derechos y libertades de la familia en el capítulo respectivo del plexo constitucional. Por ello podemos afirmar que la familia es en el Derecho uruguayo, titular de derechos y libertades, y que el Bloque de Constitucionalidad (integrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución) protege a la institución familiar.

Y ello porque el Derecho en su conjunto se asienta sobre el reconocimiento de que no existen personas generadas en un lugar diferente de la familia, como tampoco existen sociedades sin moral sexual, sin una escala de valores sostenidos, que la familia sostiene y trasmite a sus componentes y pasa a las generaciones, aun cuando dicho conjunto de valores no esté exento de mutaciones y matices (Buttigloine, 1999, pp. 270-275).

La familia es -se autodetermina, se comporta de acuerdo a dicha autodeterminación y trasmite esta cosmovisión a las generaciones que forma-, de la misma forma como **la persona humana es** y tiene el derecho inherente a su dignidad de autodeterminarse y regirse según su propio designio, sin interferencia de la autoridad más que en la medida necesaria para hacer posible la convivencia (Asiaín Pereira, 2015, 101–125). Es que el ser humano es *homo familiaris*, y como tal *no está destinada a cumplir una función social determinada, sino que puede cumplirlas todas, desde las biológicas hasta las religiosas* (Otauy, 2005), pasando -agregamos- por las educativas, la socialización y la trasmisión de valores.

“La familia es universal no sólo porque no hay sociedad humana en la que deje de registrarse su existencia” dice D’Agostino (2003) apoyándose en las investigaciones de Claude Levi-Strauss, “**sino más aún porque responde y corresponde al dato estructural fundamental de identificación del ser del hombre**”.

Se es yo porque se reconoce ser hijo de, hermano de, padre, abuelo, suegro, cuñado. Hasta el nombre propio -Fernández, hijo de Fernán, Williamson, hijo de William-, repetido en su formulación lingüística en todas las culturas, relevante para la sociedad y el Derecho, tiene su origen en esta identificación del hombre en una dimensión familiar. Por ello llamamos “hermanos” a quienes consideramos muy cercanos, “padres” a los de la patria o fundadores de ideologías, entre otros, y recurrimos al uso de términos pertenecientes a las relaciones familiares para referir a lo que queremos destacar como sublime. La familia, en definitiva, es la institución democrática por excelencia (Asiaín Pereira, 2015, 101–125).

La Constitución uruguaya y todo el llamado Bloque de Constitucionalidad o Bloque de los Derechos Humanos -que incluye la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (mayo, 1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos

1 La fórmula proviene de la Constitución de 1952 y se mantiene en la vigente Constitución de 1967, con sus reformas. La primer Constitución de 1830 no menciona a la familia como titular de derechos y libertades, ni tampoco la de 1918. La Constitución de 1934 pone su la tutela a cargo del Estado, reconociendo así a la institución familiar como sujeto de derechos: *El Estado velará por el fomento social de la familia.* (art. 39)

(diciembre, 1948), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y sus protocolos adicionales, entre otros-, protege a la familia como bien jurídico. Por ello, es preciso definir qué se entiende por familia desde el punto de vista sociológico y cultural, y especialmente para el Derecho, que toma de la sociedad la materia prima para dispensarle a la institución familiar la protección debida por la norma.

Pero el concepto mismo de familia ha cambiado mucho desde el punto de vista sociológico, especialmente desde fines del siglo XX y hasta el presente, habiéndose producido una verdadera revolución cultural que se ha trasladado al ámbito del Derecho.

El Diccionario de la Real Academia Española (2023) define la familia como “Grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o afinidad”². El concepto se ha ampliado y hoy incluye a parejas del mismo o diferente sexo o género, unidas o no en matrimonio, con o sin hijos, sean éstos biológicos, adoptivos o de crianza de hecho, se extiende el concepto de familia para incluir a personas que más allá de los vínculos biológicos o de afinidad, de hecho, conviven bajo un mismo techo y hasta alcanza a comprender a grupos humanos que pueden no tener siquiera techo. Se han vuelto difusos y permeables los contornos del concepto de familia y hoy es más complejo definir con precisión el bien jurídico “familia”, que la Constitución proclama como base de *nuestra sociedad*, que consagra como sujeto titular de derechos y libertades y que el Estado debe por mandato constitucional, proteger.

Podríamos afirmar que en la actualidad se ha producido una *inflación* en el concepto de familia. En base a dicha constatación, podríamos adelantar a suerte de tesis de este desarrollo que, en la relación entre familia y libertad religiosa, la *inflación* que se ha producido en el concepto de familia, que desde lo sociológico y cultural se ha trasladado a lo jurídico, no se ha trasladado en cambio, a la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.

2. La familia en la Constitución

La Constitución consagra una veterana tradición patria de adhesión a principios tutelares de la familia que han forjado nuestra nacionalidad, coincidente con la concepción familiar consagrada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **La Constitución erige a la familia, antes bien, la reconoce como titular de derechos y libertades**, con una modalidad colectiva de ejercicio de dichos derechos, que reconoce la autoridad de los progenitores y tutores en algunos ámbitos, por sobre los hijos o tutelados menores de edad.

“Familia” aparece en el temprano artículo 3³ como un concepto que no requiere definición, e inmediatamente en la Sección “Derechos, Deberes y Garantías” es aludida indirectamente al protegerse el ámbito espacial y temporal de la familia, cuando se establece la inviolabilidad e impenetrabilidad del hogar:

2 Diccionario de la Real Academia Española, <https://dle.rae.es/familia?m=form>, visitado 30/8/24.

3 Constitución, Artículo 3, “Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna.”, en alusión a “La República Oriental del Uruguay” definida en el Artículo 1.

Art. 11: El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley.

La disposición no tiene por objeto proteger el derecho de propiedad -tutela provista por el art. 32-, sino que protege **el hogar**, seno de la familia, concepto que no se circunscribe sólo a un inmueble, sino que alcanza también a aquel espacio y tiempo donde la familia vive y se desarrolla. Alude al fuego alrededor del cual desde tiempos inmemoriales se agrupaba el grupo familiar, sobre todo por la noche (la estufa de leña se llama también hogar). Alude a la “casa”, no sólo en el sentido de albergue de la familia, sino tomándola como a la familia misma (téngase presente que la expresión “la casa” de alguien como, por ejemplo, “la casa de los Austria”, refiere a la familia). La disposición constitucional tiene como principal sujeto de protección a la familia allí donde vive.

Es interesante destacar que cuando la Constitución quiere elevar al máximo el grado de protección de este hogar, apela para hacerlo al lenguaje religioso. Dice que “*El hogar es un sagrado inviolable*”. La impenetrabilidad e inviolabilidad del hogar durante la especial situación de vulnerabilidad e intimidad de la noche es absoluta. Y durante el día el allanamiento queda reservado a la previa autorización escrita del Juez conforme a la ley.

La disposición arroja luz a su vez, acerca de quién representa jurídicamente al grupo familiar: es el jefe de hogar el único habilitado para autorizar el ingreso al hogar de noche. ¿Quién es este jefe de hogar? La Constitución no atribuye este rol; será en cada caso quien ejerza tal jefatura: el padre, la madre o ambos, alguno de los abuelos, el hermano mayor, una tía, un tutor, quien de hecho esté a cargo ...

Otras menciones tangenciales a la familia las hace la Carta Magna cuando propende a la constitución del llamado “**bien de familia**” (art. 49⁴) para asegurar por lo menos una vivienda al grupo familiar; o cuando en el reconocimiento del derecho sucesorio (art. 48⁵) deja implícita la valoración de la familia, cuyos efectos jurídicos se proyectan más allá de la muerte y en el ámbito patrimonial. En la Sección de la Ciudadanía y el Sufragio, la Constitución confiere relevancia jurídica a los vínculos de sangre, al recoger junto al *ius soli*, el *ius sanguini* para la adquisición de los derechos de ciudadanía y también para el ejercicio de los derechos políticos (art. 74⁶). Ciudadanos naturales son también los hijos de padre o madre oriental, que además cumplan con otros requisitos de vecinamiento y registro. La familia es privilegiada a la hora del reconocimiento de la ciudadanía legal, en una gradación de requisitos para su acceso que lo facilita a quienes tengan “**familia constituida en la República**” (arts. 75 literal A⁷ y 78 inciso primero⁸) (Asiaín Pereira, 2015, 101–125).

4 Artículo 49.- El “bien de familia”, su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial.

5 Artículo 48.- El derecho sucesorio queda garantido dentro de los límites que establezca la ley. La línea recta ascendente y la descendente tendrán un tratamiento preferencial en las leyes impositivas.

6 Artículo 74.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de vecinarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico.

7 Artículo 75.- Tienen derecho a la ciudadanía legal: A) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan tres años de residencia habitual en la República.

8 Artículo 78.- Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República.

La protección directa y explícita, amplia y profunda de la familia en la Constitución es provista por un conjunto de disposiciones específicas sobre la materia.

Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Habida cuenta de que República Oriental del Uruguay es definida como la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio (art. 1), podemos afirmar que la Constitución concibe a la República como compuesta por familias, que son la base del pacto o contrato social, sin perjuicio de su composición además por todos y cada uno de los habitantes individualmente considerados.

La Constitución instituye deberes positivos del Estado para con la institución familiar, como los de velar por su estabilidad, por ser la base de la sociedad y para con las familias concretas formadas por seres de carne y hueso, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

“Art. 41: El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.”

La Constitución no descansa tras la adherir al valor de la familia ni se limita a la proclamación de sus principios, derechos y libertades. Para propender a la efectividad de dichos derechos y libertades y como garantía de su goce, mandata al Estado a cumplir unos deberes consistentes en que vele por su estabilidad moral y material, como reza el artículo 44 inciso 1 en sede de salud.

“Artículo 44. El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.”

El Estado está obligado a un hacer para la efectividad de los derechos, para que no quede vana su proclamación. Y como contrapartida la familia como ente colectivo tiene derecho a exigir del Estado dicha tutela.

No sólo está obligado el Estado a velar por la estabilidad material de las familias, sino que también debe velar por su estabilidad moral. En un Estado no confesional, neutral en materia moral y religiosa como el Estado uruguayo según la definición del Estado en materia religiosa consignada en el artículo 5⁹, éste es incompetente en materia moral. Es decir, no podría hábilmente, sin violar su neutralidad, imponer una u otra determinada postura en materia moral. Por imperativo democrático y exigencia del pluralismo, debe habilitar todas las posturas en materia moral. Renuncia a adoptar e imponer una postura –es neutral– justamente para que puedan florecer en libertad todas las posturas y cosmovisiones.

9 Artículo 5. Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

Pero la Constitución encarga al Estado velar por la estabilidad moral de la familia y las familias. ¿Cómo se concilia esta aparente contradicción? Respetando el derecho de los padres de proveer al cuidado y educación de los hijos, consagrado, además como un deber en el artículo 41, en concordancia con el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Entonces, el deber del Estado se concreta en facilitar, hacer posible, promover, crear las condiciones propicias y remover los obstáculos para que los padres puedan ejercer su derecho-deber de cuidar y educar a sus hijos con el fin de que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social. Y estas destrezas se desarrollan en el seno de la familia.

La familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias y el Estado debe facilitarlas.

El derecho a elegir la forma de cuidado y educación de los hijos corresponde a los padres o curadores, y es un deber, independientemente de la forma jurídica del vínculo familiar, según establece el artículo 42¹⁰.

Los padres de familia son quienes determinan el ideario, conjunto de principios axiológicos, creencias, cosmovisión que transmitirán a sus hijos y que por tanto sostendrá y en base a la cual se guiará la familia. Y el Estado, incompetente en esta materia, tiene el deber constitucional de garantizar el libre ejercicio de este derecho.

Es más, de conformidad con la Constitución, **la intervención del Estado en estos ámbitos es muy limitada**. En materia de cuidado en general de los hijos, **el Estado sólo podrá intervenir en subsidio de los padres**, es decir, cuando éstos han omitido el cumplimiento de su deber. En tal sentido prevé el inciso segundo del art. 41 que *La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso*. Y lo mismo en sede de cuidado de la salud, tal como lo establece el art. 44 de la Constitución, cuando establece que el Estado deberá procurar el *perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país*, pero no imponiendo **una** determinada moral ni postura sociológica, sino, reconociendo que son los padres en primer lugar quienes tienen el derecho y deber de determinar la postura moral del grupo familiar. El deber del Estado es pues, garantizar que dicha elección por parte de los padres se concrete de forma libre. Y en la misma línea, en materia de **educación**, la Constitución asigna dicha competencia a los padres, pues tras establecer el principio de la libertad de enseñanza (art. 68¹¹), limita *“la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad”* [cuya determinación corresponde a los padres], *“la seguridad y el orden públicos”* y reitera el principio ya recogido en el art. 41, de que *Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.”*

La libertad de enseñanza de la familia comprende no sólo la elección de los maestros ni aun de las instituciones que más se adecuen a su concepción ideológica, moral y religiosa,

10 Artículo 42. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

11 Artículo 68.- Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos. Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.

sino a *toda la actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores en general* (Palomino, 2007, 139-162).

Pues la neutralidad intelectual, en materia ideológica y moral no existe otro (Asiaín Pereira, 2003); toda postura, por más aséptica que se presente, responde en último término a una determinada toma de partido en un sentido u otro (Araujo Azarola, 2001)¹², por lo que no existe una enseñanza ideológica o religiosamente aséptica (Palomino, 2007). Incluso el sostener una postura neutral en la materia, implica la adhesión y transmisión de un determinado mensaje ideológico que puede estar en discordancia con las creencias de los padres (Palomino, 2007).

La Constitución exhibe una profunda **preocupación por la formación y estabilidad moral de los menores de edad**, encontrándose menciones a la moral en los artículos 40, 41, 44, 68 y 71; y **privilegia las virtudes**, cuando al proclamar el principio de igualdad, legitima que según estas cualidades se puedan reconocer distinciones entre las personas.

¿Quién forma en virtudes? La familia es el ámbito más apropiado para completar la procreación física del hijo con la “procreación ética”, mediante la educación en virtudes (Palomino, 2007).

Esto nos conduce a otro haz de derechos y libertades de titularidad de la familia; derechos que están todos interconectados e interrelacionados entre sí, de forma que la afectación de uno de estos derechos o libertades, impacta en los demás afectando al conjunto de derechos y libertades, como consecuencia de la integralidad del ser humano, que no se compartimenta en parcelas estancas.

La familia tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión. La familia tiene derecho a escoger la ideología en todos los planos del accionar y pensamiento humano, y a trasmitirla a sus miembros y a las nuevas generaciones, y también a **conducirse en sociedad de conformidad con dicha ideología.**

Tiene derecho de hacer en forma libre el juicio de conciencia y elegir el conjunto de principios morales a que adherirá y según el cual se conducirá también, con inmunidad de coacciones externas. Tiene derecho a sostener y aun trasmitir esta axiología sin que sea legítimo que se le imponga desde el Estado o la sociedad unas doctrinas coyunturalmente en boga, o que se le cercene su derecho a proclamar la escogida.

La libertad de la familia en este campo tan sensible, presupone primero la libertad de conciencia para hacer el discernimiento sin coacciones externas y comprende también, como elemento esencial de dicha libertad sin el cual ésta quedaría en vano, **la actuación moral conforme al juicio práctico de conciencia.**

Pero **¿acaso la familia tiene una única conciencia?** Claro que no, pero serán los padres en caso de que los hijos sean menores quienes tendrán el derecho de representar al grupo familiar y optar por una postura en materia moral. Evidentemente, se dará una gradación en la independencia de los hijos en este sentido a medida que van madurando, pues los menores también son titulares de la libertad de conciencia. Pero justamente para

12 Araujo Azarola establece en “La Neutralidad Intelectual no existe”, que “Psicológicamente, un hombre podrá asumir una actitud de indiferencia. Pero, tampoco la indiferencia es neutralidad. Pilato quiso asumir esa actitud neutral y se lavó las manos como signo de ella. Resultado: condenó a Cristo a morir en la cruz. Entonces, ¿por qué engañarnos?”.

que los hijos puedan desarrollarse, formarse para realizar un juicio de conciencia libre y perfeccionarla, necesitan haber recibido la formación de sus padres, insumo que luego pueden seguir, moderar o desechar. Pues no es libre quien no conoce. **La formación moral que le impartan sus padres es esencial para el discernimiento libre que ellos harán luego.**

Por ello es que el Derecho –todo el Bloque de los Derechos Humanos- proclama el derecho de los padres de elegir la educación moral y religiosa para sus hijos. En esto consiste el verdadero *respeto por la vida privada y familiar* reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Declaración Americana art. VI, Declaración Universal art. 12, Convención Americana art. 11¹³ que hace derivar este derecho del reconocimiento de la dignidad de la persona. En concordancia podría citarse, porque así lo reconoce, el Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos art. 17¹⁴).

La familia es titular de la libertad de expresión en relación con estas ideas de que se apropia, de los principios morales que abraza y de la religión o creencias a que adhiere. La libertad de expresión consagrada en todos los textos de derechos humanos provee el respaldo jurídico a esta proyección. Pero, además, en el ámbito específico de las libertades del espíritu, está consagrado el **derecho al proselitismo**, de todas las personas, incluyendo el del conjunto humano de la familia (art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sede de Libertad de Conciencia y Religión¹⁵).

Se reconoce el derecho de la familia como colectivo, a “**propagar su fe**”, es decir, el derecho de proselitismo (Palomino, 2007): *la familia no sólo puede profesar unas convicciones religiosas (o unas creencias o cosmovisión, agregamos), sino que también puede expresarlas con la intención de ganar adeptos para la propia fe*. El derecho de proselitismo está reconocido por las declaraciones internacionales, *siempre que se respete exquisitamente la libertad religiosa de los demás* (Palomino, 2007).

La libertad religiosa está proclamada como pilar constitucional -uno de los principales que definen a la República- en el artículo 5 que reza “*Todos los cultos religiosos son libre en el Uruguay*”. La libertad de conciencia -e ideario a través de consideración conjunta de esta con la protección de la libertad de asociación¹⁶- reciben especial reconocimiento y protección en el artículo 54:

“Artículo 54. La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; ...”.

13 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

14 Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

15 Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

16 Artículo 39. Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley.

Puede afirmarse que tanto la titularidad como el ejercicio de la libertad religiosa de la familia están reconocidas y garantizadas por la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero la *inflación* operada en el concepto de familia, que desde lo cultural y social ha pasado al ámbito jurídico, no ha impactado en cambio, en la *cotización* del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo, al menos a nivel de la legislación infraconstitucional. Ha mutado la definición jurídica de matrimonio, para albergar la unión entre personas del mismo sexo, facultándose incluso la adopción de menores de edad y se ha otorgado a la unión concubinaria los mismos efectos civiles que al matrimonio, entre otros. Mientras tanto, a nivel infraconstitucional, la legislación en materia de libertad religiosa de la familia no ha acompasado la expansión del concepto de familia, ni la admisión de nuevos tipos o convenios matrimoniales acordes a las creencias de los contrayentes, ni la amplitud de su concepto. Persiste desde 1885 la penalización del matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil -único válido-: persiste la obligación de casarse dos veces para quienes quieran celebrar matrimonio religioso; no se han contemplado fórmulas sacramentales adecuadas a las creencias de los cónyuges ni tampoco tipos matrimoniales (como la posibilidad de optar por un matrimonio indisoluble).

Al decir de Navarro-Valls (1996) con relación al matrimonio indisoluble electivo, *en realidad, la no aceptación de esta fórmula es una excepción a la tendencia del Derecho de familia de acuñar nuevas soluciones jurídicas a las continuas demandas sociales que postulan una serie de reivindicaciones en aumento* (p.389).

3. Protección legal de la familia

Alineada con el principio constitucional de que *la familia es la base de nuestra sociedad* y en cumplimiento del mandato al Estado de *velar por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad*¹⁷, la legislación es protectora de la familia y especialmente del derecho de los hijos a vivir en el seno de ella.

El Código Civil recoge la *patria potestad* del Derecho Romano como principio rector de las relaciones con los hijos, definiéndola como *“el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad, la que es ejercida en común por los padres, salvo disposición judicial o convencional contraria*¹⁸.

El Código de la Niñez y Adolescencia¹⁹ recogió los principios rectores y espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989). Es aplicable a *“todos los seres humanos menores de dieciocho años”*²⁰ y adopta como criterio específico de

17 Constitución, art. 40 “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.”

18 C.C. art. 252, “La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad. La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172. Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente.”

19 Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley N° 17.823 de 7/9/2004, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

20 CNA, art. 1

interpretación e integración, *el interés superior del niño y adolescente*²¹. Proclama como derechos esenciales de todo niño y adolescente, el derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social²².

Al enunciar los deberes y derechos de los padres respecto a sus hijos, enuncia el deber de “respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión”²³ y al establecer los deberes de los menores, señala especialmente el de “respetar y obedecer a sus padres o responsables” y “cuidar y respetar su vida y su salud”²⁴.

Desarrolla los contenidos del derecho de los menores al disfrute de sus padres y familia, que abarca mucho más que el derecho a crecer y vivir con la familia, aun en casos de separación de los padres²⁵.

La Ley de Corresponsabilidad en la Crianza²⁶ que presentamos, reguló los regímenes de tenencia y visitas en casos de separación de los padres sobre el pilar del interés superior del menor, su derecho a ser oído y a tener su defensa y el mismo estatus procesal que el de sus padres en el juicio, y privilegiando la tenencia alterna o compartida, en ausencia de motivos para descartarla.

4. Familia, matrimonio y libertad religiosa en la regulación legal

a. La influencia de la religión en el derecho matrimonial

Como ocurrió con el resto de los países de América Latina, y especialmente los de habla hispana que fueron parte de la corona española, la religión católica tuvo una protagónica influencia en la legislación desde sus comienzos históricos.

Respondiendo al sentido misional de la conquista de América por la corona española, la religión católica fue la oficial en Las Indias, desde la constitución de los virreinos americanos -considerados parte del territorio de la corona de España- y hasta después de las sucesivas declaratorias de independencia que dieron inicio a los Estados latinoamericanos. Los nuevos Estados independientes adoptaron la religión católica como religión oficial, constituyendo estados confesionales bajo la modalidad del Patronato, en ocasiones “auto atribuido”²⁷ por el Estado, como en el caso de Uruguay en la Constitución de 1830 y hasta la de 1919.

La influencia del Código de Derecho Canónico en la legislación civil y procesal, en sus principios inspiradores y en la definición de sus institutos, es patente aún hoy en día a más de ciento cincuenta años del proceso de secularización, y en un país con fuerte

21 CNA art. 6

22 CNA art. 9

23 CNA art, 16 literal C)

24 CNA art. 17 literales A) y G)

25 CNA, arts. 12 y 19

26 Ley de Corresponsabilidad en la Crianza N° 20.141 de 12/05/2023, presentada por la Senadora Carmen Asiaín y otros.

27 Decimos “auto atribuido” Patronato, pues fue establecido unilateralmente por el Estado, sin mediar Concordato con la Santa Sede ni acuerdo alguno.

tradición laica y la persistencia de una interpretación laicista -no laica- del Estado y el Derecho, como el Uruguay.

Al decir de Martínez-Torrón (1999),

Si hay un sector del derecho occidental en el que se reconoce indiscutidamente la influencia producida por el ordenamiento canónico, es el derecho matrimonial y -a través de él- buena parte del derecho de familia. Hace notar que la configuración esencial del matrimonio aún responde al entramado de valores judeocristianos, que sería articulado jurídicamente por el derecho de la Iglesia católica, especialmente desde los siglos XII a XVI, debido al dominio que el poder eclesiástico ejerce sobre esa rama del Derecho durante toda la Baja Edad Media, hasta entrada la Edad Moderna. Basta reparar en el concepto de matrimonio para constatar que responde al modelo y a la peculiar concepción católica del matrimonio, considerado a un tiempo como sacramento y como negocio jurídico (p. 1137).

El Código Civil contiene previsiones sobre paternidad y filiación que revelan la especial valoración de la familia legítima constituida en base al matrimonio civil, cuando establece presunciones filiatorias²⁸, y refiere en varias normas a la celebración religiosa, aunque el matrimonio civil sea el único válido.

b. La regulación del matrimonio en la legislación

El matrimonio civil es el único válido (“obligatorio”) desde 1885²⁹. Por consiguiente, carecen de efectos civiles los matrimonios religiosos³⁰.

El Código Civil mantiene una norma de transición propia del proceso de secularización, para resolver la cuestión de los matrimonios entre “personas católicas que por cuestiones de conciencia o cualesquiera otras” celebraron el matrimonio exclusivamente civil “con prescindencia de la ceremonia religiosa” con anterioridad a la Ley de Matrimonio (Registro) Civil obligatorio, homologándolos retroactivamente³¹. Más aún, declara hijos legítimos a los habidos de esa unión, independientemente de lo que surja de las actas parroquiales³².

28 C.C. en la redacción de la Ley N° 16.603 de 19/10/94, art. 213 “Se considerarán legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil y los legitimados adoptivamente.”

C.C. en la redacción dada por Ley N° 19.075 de 3/5/2013 art. 14:

Art. 214 “Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio. ...” Se establecen luego modos de destruir esta presunción y excepciones para amparar otras formas de maternidad.

Art. 215 “Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído este y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa salvo en los casos de acuerdo expreso y escrito bajo las condiciones establecidas en el artículo 214.

29 C.C. art. 83 “El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, a partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este capítulo y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro del Estado Civil y su reglamentación.”

30 C.C. art. Art. 90 “El acto de matrimonio producirá los efectos civiles que le atribuye este Código si fuere celebrado con sujeción a las siguientes disposiciones.”

31 C.C. Art. 88 “Todos los matrimonios efectuados civilmente durante la vigencia de las leyes anteriores, aunque hayan tenido lugar entre personas católicas, que por razones de conciencia o cualesquiera otras prefirieron el acto civil con prescindencia de la ceremonia religiosa establecida por las leyes canónicas o eclesiásticas, se declaran válidos y legítimos ante las leyes civiles; considerándose que esos matrimonios producen todos sus efectos legales desde el día de su celebración.”

32 C.C. Art. 89 “Los hijos que procedan de dichos matrimonios se declaran legítimos, cualquiera que sea la anotación que a su respecto arrojen los libros parroquiales de la Iglesia.”

Se mantiene como uno de los impedimentos dirimientes para el matrimonio la *falta de consagración religiosa*, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria y se reclamase su cumplimiento³³.

En Sede de Separación de Cuerpos y de Disolución del Matrimonio, se reitera la competencia privativa de la autoridad estatal *con absoluta prescindencia de las autoridades eclesiásticas*³⁴.

No existe en nuestro derecho un tipo matrimonial que conciba la unión civil indisoluble. Es más, la disolubilidad del matrimonio se considera de orden público: *“En Uruguay, son de orden público, por ejemplo: la condición de sujeto de derecho de todo ser humano, el carácter monogámico del matrimonio, la disolubilidad del matrimonio durante la vida de los cónyuges, etc.”*³⁵.

La ley de Unión Concubinaria³⁶ entre personas de distinto o igual sexo con más de cinco años de convivencia y previa declaración judicial equiparó el concubinato al matrimonio a todos los efectos.

La Ley de Matrimonio Igualitario³⁷ lo definió como *la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo*.

Esta ley elevó a dieciséis la edad mínima hábil para contraer matrimonio, sin distinción de sexo³⁸.

Está prevista la adopción de menores por dichas uniones, el cambio de orden de los apellidos de los progenitores al nombrar un hijo -ya sea biológico o adoptado- y el divorcio por iniciativa de cualquiera de los cónyuges.

La homologación del matrimonio de extranjeros queda condicionado al cumplimiento de trámites migratorios y a que el modelo matrimonial responda al modelo patrio, descartándose la homologación de modelos como la bigamia y poligamia, tipos que se deniegan mediante la *excepción de orden público internacional*.

c. Crimen y castigo: cuando un rito o sacramento religioso es delito

La unión conyugal y la celebración del matrimonio son en la mayoría sino en todas las confesiones religiosas, ritos religiosos de relevancia, verdaderos ritos de pasaje que cambian el estatuto normativo de las personas, aun cuando el orden jurídico omita reconocer efectos civiles a dichos ritos. Para los creyentes, el matrimonio religioso es el único realmente válido y constitutivo de su vínculo matrimonial (Asiaín Pereira, 2015).

33 C.C. art. 91 “Son impedimentos dirimientes para el matrimonio: ... 7°. La falta de consagración religiosa, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio.”

34 C.C. 145 “Los juicios de separación de cuerpos, disolución y nulidad de matrimonio, se regirán privativamente por las leyes y las judicaturas civiles, con absoluta prescindencia de las autoridades eclesiásticas.”

35 Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 372/97 de 17/11/1997, *La Justicia Uruguaya*, caso 13108, N° 13.476.

36 Ley N° 18.246 de 27/12/2007

37 Ley de Matrimonio Igualitario N° 19.075 de 9/5/2013

38 C.C. art. 91 Ordinal 1° en la redacción dada por la Ley N° 19.075 de 9/5/2013 art. 26 estableció como impedimento dirimente para contraer matrimonio “ser cualquiera de los contrayentes menor de dieciséis años de edad”.

Por ser sacramento para los creyentes, el matrimonio es parte del contenido del derecho de libertad religiosa y está explícitamente recogido en todos los instrumentos sobre derechos humanos³⁹.

En nuestro derecho queda protegido por el art. 5 de la Constitución⁴⁰, como parte de las manifestaciones externas de la libertad religiosa, entre otras normas.

Sin embargo, con evidente “atraso cambiario” en el tipo matrimonial, el Código Civil uruguayo debe ser el único que sigue manteniendo desde 1885 un tipo penal que fue concebido para el proceso de secularización: se penaliza al ministro de culto (sólo al de la Iglesia Católica o a los de iglesias protestantes) si offician un matrimonio religioso no precedido del matrimonio civil, único válido.

“Artículo 84. Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión.

Exceptúase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo, efectos civiles.”

Ante la vigencia de esta disposición, que ha sobrevivido la actualización que se hizo del Código Civil en 1996 y sus posteriores reformas, vale cuestionarse:

¿Qué tan laico e igualitario es el Uruguay?

Analícemos. La ley realiza una suerte de *autorización* para que, celebrado el matrimonio civil, puedan los contrayentes *libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan*. ¿El Estado me autoriza a celebrar un rito religioso? ¿Tengo permiso para celebrarlo *libremente*? ¿Cuán libre?

39 Artículo 18.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Artículo 12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, ONU 1981, Artículo 6: *el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; ... h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; ...*

Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993). Su punto 4, expresa que la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades, extendiéndose a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, incluyendo el empleo de fórmulas y objetos rituales ... así como la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida.

40 Artículo 5. Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

Luego la ley tipifica el delito de *proceder a las bendiciones nupciales sin previa constatación de matrimonio civil*, penalizando al *ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país*⁴¹.

Antes de detenernos en la penalización del rito religioso que consagra esta ley, vale destacar la discriminación que consagra contra lo cristiano -sólo contra lo cristiano-, pues quedan incluidos en el tipo los ministros de culto de las religiones cristianas (de la Iglesia Católica, que es referida explícitamente y los pastores, que es como se denomina a los ministros de culto de la mayoría de las religiones cristianas, a las que además denigra la ley al llamarlas “disidentes”). ¿Cuán progresista es la supervivencia de esta disposición en un Código del siglo XXI?

Luego, la penalización de un rito religioso que no atenta contra la integridad de las personas ni sus derechos, ni encuentra justificación alguna para tal atropello. Lo cierto es que la *ratio legis* de estas disposiciones (“autorización” a celebrar un matrimonio religioso, pero luego de haberse oficiado el matrimonio civil, de la prohibición de matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil, y de su penalización en caso de infracción), fue propia del proceso de secularización del siglo XIX en nuestro país y común a varios países que transitaron el proceso. El legislador secularizador de 1885, habida cuenta de que los creyentes sólo dotaban de valor y sólo consideraban verdadero el matrimonio religioso, buscaba mediante la coerción lograr sustituirlo por el civil. Y para reforzar la imposición, penalizó la sola celebración religiosa. Quizás de lo contrario, los creyentes habrían seguido celebrando el rito religioso exclusivamente, prescindiendo del civil.

Esta penalización decimonónica del matrimonio religioso fue paulatinamente abandonada en las legislaciones comparadas, tras haberse consolidado la tradición del matrimonio civil y la subsiguiente celebración religiosa. Las legislaciones evolucionaron en diversos sentidos (despenalización del matrimonio religioso no precedido de matrimonio civil, dotación de efectos civiles a los matrimonios religiosos, validez de las sentencias de los tribunales eclesiásticos, entre otros), salvo la legislación uruguaya que al día de hoy mantiene como delito un rito religioso inocuo para el orden público, la seguridad pública y los derechos de los demás.

Lo paradójico es que también contradice al espíritu laicista que lo impulsa. Al final, en lugar de que lo religioso sea inocuo a lo jurídico, la ley le da relevancia jurídica a un rito religioso, enervando su consideración por el Estado.

Lo cierto es que termina operando una restricción ilegítima del derecho de libertad religiosa en su fuero externo, con impacto en el fuero interno y vulnerando la autonomía de las entidades religiosas objeto de la prohibición.

Podemos afirmar que el matrimonio, que en el régimen jurídico uruguayo ha mutado en su definición para albergar diversos modelos, mantiene como el único elemento proscripto el religioso.

41 C.C. art. 84 “Efectuado el matrimonio civil a que se refiere el artículo 83, los contrayentes podrán libremente solicitar la ceremonia religiosa de la Iglesia a que pertenezcan, pero ningún ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país, podrá proceder a las bendiciones nupciales sin que se le haya hecho constar la celebración del matrimonio civil, por certificado expedido en forma por el Oficial del Estado Civil y si lo efectuase sin dicha constancia incurrirá en la pena de seis meses de prisión y en caso de reincidencia un año de prisión. Exceptuase de la disposición que antecede, los matrimonios in extremis, que no producirán, sin embargo efectos civiles.”

d. La inmortal penalización del matrimonio religioso en Uruguay o el naufragio del proyecto de ley de su despenalización:

Al comienzo de la legislatura presentamos el proyecto de ley de Despenalización del Matrimonio Religioso⁴².

El proyecto planteaba sencillamente derogar el artículo 84 penalizador citado, sin pretender dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos. Planteaba eliminar las siguientes violaciones flagrantes del derecho de libertad religiosa: a) el “permiso” que da el Estado para celebrar un tipo de matrimonio religioso; b) la discriminación contra las religiones cristianas, pues no están penalizados ni los rabinos ni los imanes, ni los pases ni las maes⁴³, ni ningún otro ministro de culto; c) que un rito religioso (sin efectos civiles) sea un delito; d) que un ministro de culto sea penalizado por la práctica de su ministerio religioso; y e) que los fieles de las religiones cristianas tengan condicionada la celebración de un rito religioso a un acto civil previo.

Hubo al menos dos tipos de situaciones prácticas que evidenciaron la violación de la libertad religiosa de los fieles e iglesias cristianas que estas disposiciones implicaban. El primer tipo consistió en impedimentos para la celebración del rito religioso. Durante sucesivas huelgas de funcionarios del Registro de Estado Civil, el impedimento de la celebración civil hacía imposible a su vez acceder al matrimonio religioso. Resulta que una medida gremial sumada a una ley, terminan prohibiendo sin justificación legítima, la realización de un rito religioso, cercenando y anulando la libertad religiosa de los creyentes, del ministro de culto y de las iglesias cristianas.

Otra situación se planteó durante la pandemia del Covid-19, cuando las oficinas públicas mermaron o cesaron sus servicios de celebración de matrimonios civiles, impidiendo o postergando la celebración de un rito religioso como el matrimonial.

Criticado por correligionarios y por partidos políticos opositores, el proyecto sobre despenalización del matrimonio religioso naufragó en la comisión respectiva, bajo olas de argumentos como que *había que frenar el avance de las religiones y mantenerlas a raya*; o que *podría inducir a los celebrantes al error de que efectivamente estaban contrayendo matrimonio válido* (Asiaín Pereira, 2022, pp. 53-80), dicho por quienes otrora promovieron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la equiparación de los efectos civiles del concubinato al matrimonio⁴⁴.

El segundo tipo de violaciones, que desarrollo a continuación, ocurrió por lo que podríamos denominar como discriminación negativa.

42 Proyecto de Ley de Despenalización del Matrimonio Religioso, presentado por la Senadora Carmen Asiaín el 12 de marzo de 2020, disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145723>

43 Pae y Mae se denomina a los ministros de culto de las religiones de matriz afroamericana, como Umbanda

44 *La Biblia junto al calefón* (tango Cambalache de Discépolo) tildamos esta actitud en *Libertad religiosa y política*, op.cit. Extractos del tango: *Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor/ Ignorante, sabio o chorro, pretencioso estafador/ Todo es igual, nada es mejor/ Lo mismo un burro que un gran profesor ... //Da lo mismo que sea cura/ Colchonero, Rey de Bastos/ Caradura o polizón/ ¡Qué falta de respeto/ Qué atropello a la razón! ... // Igual que en la vidriera irrespetuosa/ De los cambalaches se ha mezcla' o la vida/ Y herida por un sable sin remaches/ Ves llorar la Biblia junto a un calefón ...*

e. Discriminación negativa: el caso de los expresos de Guantánamo

El Uruguay recibió dentro del marco de un programa de asilo a migrantes, a seis exconvictos de la cárcel que Estado Unidos de América tiene en su base de Guantánamo, Cuba, imputados por terrorismo vinculado a Al Qaeda.

Instalados en el Uruguay, dos de ellos contrajeron matrimonio religioso con uruguayas, ambas conversas al islam. Ofició la celebración religiosa un Imán, sin haber mediado celebración de matrimonio civil. Y la noticia ocupó los titulares de la prensa escrita.

“Musulmanes sin registro. ¿Por qué?”⁴⁵ escribía en su blog Mons. Fuentes, Obispo de Lavalleja. Tras desear a los nóveles esposos felicidad y que Dios los bendijera con muchos hijos, preguntaba “¿Por qué yo, obispo católico, marcho preso si bendigo la boda de una pareja que no ha pasado por el Registro, y en el caso que nos ocupa se ha celebrado con bombos y platillos la comisión de un delito? ¿Por qué esta discriminación? La ley es igual para todos, ¿o no? ¿Alguien puede explicarlo? Gracias.”

Los musulmanes referidos no violaron la ley, porque la ley establece que el delito sólo lo puede cometer un *ministro de la Iglesia Católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes en el país*. Se perpetró en este caso una discriminación negativa contra los cristianos, *ope legis*.

f. La ley del embudo en el derecho matrimonial

Mientras el tipo y modelo matrimonial fue cambiando en la cultura y sociedad, abriéndose a la equiparación del concubinato con el matrimonio a efectos civiles y albergando otros tipos como las uniones entre personas del mismo sexo, dichos cambios y apertura se iban cristalizando en las normas jurídicas. Gran y plural apertura y flexibilidad fue la exhibida, salvo en materia de libertad religiosa.

La inflación operada en el concepto de familia, que desde lo cultural y social pasó a las leyes, no ha logrado impactar, en cambio, en la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.

En 2007 se aprobó la Ley de Unión Concubinaria⁴⁶, que la equiparó al matrimonio a todos los efectos, incluyendo patrimoniales y sucesorios, así como le otorgó la facultad para adoptar menores de edad. Requiere para su declaración judicial un término de cinco años de convivencia ininterrumpida de una relación afectiva, de tipo sexual, exclusiva y singular, estable y permanente, entre dos personas de igual o distinto sexo.

En 2013 se aprobó la Ley de Matrimonio Igualitario⁴⁷, modificándose el Código Civil y el Código de la Niñez y la Adolescencia a tales efectos y se adecuaron los términos diferenciales en razón de sexo. Fueron posibles también las adopciones de menores.

En 2018 se dictó la Ley Integral para Personas Trans (refiriendo a transexuales o transgénero)⁴⁸, que en materia matrimonial no vino a innovar, pero sí en la posibilidad de, a partir de la autopercepción, obtener el cambio de género y nombre registral,

45 Fuentes, Mons., Musulmanes sin Registro. ¿Por Qué, Desde el Verdún, <https://www.blogger.com/profile/05273026924762499080> (blog), 15 de julio de 2015.

46 Unión Concubinaria, Ley N° 18.246 de 27 de diciembre de 2007.

47 Matrimonio Igualitario, Ley N° 19075 (impo.com.uy) y modificaciones en Ley N° 19119 (impo.com.uy)

48 Ley Trans Ley N° 19.684 de 26/10/2018.

así como mediante medicación e intervenciones quirúrgicas que pasan a ser parte de las prestaciones de salud del Sistema Nacional Integrado de Salud. El acceso a estas prestaciones por parte de menores de edad requiere la anuencia de sus progenitores, pero puede ser suplido por el Juez mediante el procedimiento de irracional disenso en el caso del cambio registral de nombre y género y de terapias de hormonización. Sólo en el caso de practicarse intervenciones quirúrgicas irreversibles, es indispensable la anuencia de los padres. La ley dispone acciones afirmativas en el ámbito laboral, de capacitación, educación, salud y atención integral. Se prohíbe toda forma de discriminación contra estas personas.

Ha mutado –“avanzado” en opinión de algunos- mucho la legislación en este ámbito. La legislación no ha albergado, sin embargo, las exigencias, los reclamos, siquiera los estándares mínimos del derecho de libertad religiosa en el ámbito de la familia; no se ha abierto en este terreno. No existe -como se ha planteado en el derecho comparado- un tipo matrimonial conforme a las creencias (por ejemplo, indisoluble o con fórmulas acordes a las creencias de los contrayentes).

Se podrá decir que en Uruguay nada impide que los fieles de las diversas religiones celebren su unión matrimonial de acuerdo con las ceremonias religiosas de su creencia, siempre que antes acrediten haber celebrado el matrimonio oficial ante el Registro Civil. Pero ello no logra satisfacer la esencia de los derechos en juego (Asiaín Pereira, 2015).

Por otro lado, y como dato interesante: no se han verificado objeciones de conciencia por parte de los funcionarios públicos encargados de las diversas prestaciones introducidas por estas innovaciones legislativas, ni tampoco de los contrayentes ni de los operadores del sistema, como sí ha ocurrido en otros sistemas jurídicos. ¿Será la indolencia uruguaya?

g. Otros estándares de libertad religiosa pendientes de satisfacción

Habida cuenta de que las personas tienen derecho a *celebrar ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción*, otro tipo de obstáculo al ejercicio de este derecho lo constituye la ausencia de un tipo matrimonial conforme a sus creencias, por ejemplo, de forma indisoluble o con fórmulas sacramentales adecuadas a sus creencias.

Un ejemplo ilustrativo de dichas carencias es la regulación de la fidelidad en el matrimonio. El Código Civil⁴⁹ declara que los esposos se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos, y establece que la obligación de fidelidad cesa si los cónyuges no viven de consuno. Como expresa Arhancet (Rivero de Arhancet, 2012, pp. 227-248), la diferencia fundamental entre deber y obligación radica en que la relación jurídica que se crea entre los sujetos conlleva la posibilidad de que el acreedor de una obligación pueda exigir al obligado a que cumpla con su obligación, pero ello no puede exigirse al sujeto pasivo de un deber. Así, un cónyuge no puede obligar al otro a que cumpla con el deber de fidelidad que le impone el artículo 127 del Código Civil, sin perjuicio de las consecuencias legalmente derivadas del incumplimiento de tal deber que afectarán al incumplidor, pero no existe la posibilidad de obligarlo al cumplimiento de su deber.

49 Código Civil art. 127 *Los cónyuges se deben fidelidad mutua y auxilios recíprocos. La obligación de fidelidad mutua cesa si los cónyuges no viven de consuno. (*Redacción dada por Ley N° 18.246 de 27/12/2007 art. 22).*

Para quienes la fidelidad es una propiedad esencial del matrimonio, elemento esencial sin el cual el vínculo ni siquiera nace, la estipulación legal queda pobre.

Otros estándares no atendidos tienen que ver con la necesidad de dotar de efectos civiles a los matrimonios religiosos, una vez cumplidos los requisitos formales registrales y de publicidad que se observan en el trámite civil. Con ello, no sólo se evitaría desde el punto de vista práctico la duplicación innecesaria del matrimonio, con la burocracia, las energías, tiempo y gastos asociados, sino que se podría dar satisfacción a aquellos contrayentes a los que este tipo matrimonial les resulta contrario a sus principios, insuficiente, o que directamente rechazan una celebración que consideran adicional y no adecuada a sus creencias (Pereyra Heberling, 2012, pp. 145-160).

Estos reclamos han sido casos aislados, casi exclusivamente provenientes de creyentes que además han realizado estudios especializados, pero no han alcanzado los tribunales ni los lobbies parlamentarios, como ha ocurrido en el derecho comparado. Hoy en día no está en la agenda ni en plataforma de los grupos religiosos una reforma de la actual legislación. En alguna oportunidad, años ha, la Iglesia Católica había planteado la posibilidad de reconocer efectos civiles a los matrimonios religiosos⁵⁰.

h. Iniciativas legislativas prohibitivas del matrimonio.

Hasta 2013 regía en el Uruguay la regla de la pubertad del contrayente como requisito para contraer matrimonio con anuencia de sus padres, derivada de consagrar como impedimento dirimente la falta de edad, “esto es, catorce años cumplidos en el varón y doce cumplidos en la mujer.”⁵¹

En 2013 se modificó dicho impedimento dirimente, y se sustituyó la edad mínima para contraer matrimonio por 16 años para cualquiera de los contrayentes⁵², manteniendo la anuencia paterna. De todas formas, se requerirá el consentimiento de los progenitores, hasta que los contrayentes alcancen la mayoría de edad de 18 años.⁵³

En 2023 se presenta por la bancada de la oposición en el Senado un proyecto de ley “Edad mínima para contraer matrimonio” que propone modificar la edad mínima y elevarla a 18 años para cualquiera de los contrayentes⁵⁴.

No prosperó durante su tratamiento, habiendo recibido críticas pues, entre otros efectos indeseados, terminaba desprotegiendo a los menores de edad que ingresaran en concubinato, habida cuenta de que, por extensión, al concubinato le aplican los mismos impedimentos dirimientes que al matrimonio. Por consiguiente, todo el tiempo de concubinato anterior a los 18 años no contaba. Tampoco contemplaba excepciones para casos de embarazo u otros motivos. Y el proyecto de ley no contenía medidas para desalentar el concubinato, solo el matrimonio.

50 El País, Uruguay. (16 de noviembre de 2011). Obispos plantean que bodas por la Iglesia tengan validez civil. *El País, Uruguay*. <https://www.elpais.com.uy/informacion/obispos-plantean-que-bodas-por-la-iglesia-tengan-validez-civil>

51 Código Civil Art. 91 ordinal 1º, vigente hasta 2013

52 Código Civil, art. 91 ordinal 1º vigente hoy: “Son impedimentos dirimientes para el matrimonio:

1º.- Ser cualquiera de los contrayentes menor de dieciséis años de edad.” (*) redacción dada por Ley N° 19.075 de 03/05/2013 artículo 26.

53 C.C. art. 106 “Los hijos legítimos que no hayan cumplido dieciocho años de edad necesitan para casarse el consentimiento expreso de sus padres y a falta de ambos el del ascendiente o ascendientes en grado más próximo. En igualdad de votos contrarios, preferirá el favorable al matrimonio.

54 Proyecto de ley disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquiograficas/senadores/49/1491/0/PDF>

En una población como la uruguaya, sin pueblos originarios vivos (si bien hay algunos pocos descendientes, no forman una comunidad de vida), con la casi totalidad de su población de origen europeo, los casamientos de menores de 18 años apenas alcanzan las dos decenas de personas al año, según datos oficiales del Registro de Estado Civil⁵⁵, y los matrimonios, aún de mayores están en franco descenso.

En Uruguay el matrimonio infantil no es un problema, como puede serlo en sociedades con otros componentes étnicos y culturales, por lo cual la propuesta parecía pensada para otros lares.

De haberse aprobado la iniciativa, habría afectado, entre otras, a las pocas comunidades gitanas presentes en el país.

5. Religión y derechos de los padres y los hijos en el ámbito educativo: casos recientes

a. El derecho de los padres y tutores a elegir la educación religiosa para sus hijos y pupilos

Ya hemos delineado el régimen jurídico que rige los derechos de los padres a la hora de elegir la educación religiosa para sus hijos.

La Constitución vigente concibe la educación como un deber y derecho de los padres (art. 41⁵⁶). Proclama en el artículo 68 ya citado, la libertad de enseñanza y encomienda a la ley a que limite *la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos*. A continuación, recoge el principio de que *Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos y pupilos, los maestros o instituciones que desee*. Establece que en toda institución docente *se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos*⁵⁷.

En los hechos este derecho a elegir la educación religiosa y moral para sus hijos sólo lo pueden ejercer los padres acudiendo a instituciones privadas pagas, pero no lo pueden ver satisfecho si educan a sus hijos en escuelas públicas, y ello debido a una interpretación de la laicidad asimilada al laicismo. Es decir que los padres que deseen dar una educación religiosa integral a sus hijos (más allá de la catequesis o formación religiosa como formación extracurricular), deben pagar doble: pagan la enseñanza pública mediante impuestos generales, y pagarán la escuela privada de la orientación religiosa que deseen.

Sin embargo, como expresan algunos constitucionalistas, “La Constitución no impide la enseñanza religiosa en los institutos estatales de enseñanza. Es más, interpretado

55 Según datos del Registro de Estado Civil, en respuesta a pedido de informes sobre el punto, desde 2020, hay 23 matrimonios en los que uno de los contrayentes tiene entre 16 y 18 al año.

56 Art. 41. “El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

57 Art. 71: *Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, y el establecimiento de bibliotecas populares.* ¶ *En todas las instituciones docentes se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos.*

este artículo en el contexto de la Constitución y sobre todo desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, cabe concluir que esa enseñanza se impone cuando ella es requerida". De ahí que "El rechazo de la enseñanza religiosa en los institutos estatales" ... "configura así una conducta inconstitucional por errónea interpretación de nuestro marco constitucional." Durán Martínez, 2010).

La Ley General de Educación de 2009⁵⁸ sienta los principios generales de gratuidad, laicidad e igualdad y define a la laicidad alineándose a una postura abierta y plural, inclusiva e integradora de *saberes y creencias*⁵⁹. Para la interpretación e integración de la ley, dispone tener presente *el interés superior del educando*, incluyendo el respeto de sus derechos humanos⁶⁰.

Por ello, sostienen algunos autores que "No existen temas excluidos del ámbito educativo público siempre que se traten de acuerdo con lo dispuesto por esa norma" (Rotondo Tornaría, 2010). Pero a pesar del marco jurídico internacional, constitucional y legal que no prohíbe la enseñanza o siquiera la instrucción acerca de las religiones y creencias en la educación pública, ésta está ausente. Es más, cualquier referencia o presencia de temas o referencia a lo religioso en la educación pública suele suscitar reacciones adversas y alarmas de violación de la laicidad, lo que obra de desaliento y proscripción de lo religioso.

b. La exoneración de impuestos a las instituciones de enseñanza

La Constitución exonera de impuestos a las instituciones privadas que impartan enseñanza y a las culturales, *como subvención por sus servicios*⁶¹. Establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza⁶².

c. La política sobre la educación en casa: casos recientes sobre comunidades menonitas

El marco constitucional reseñado no impide la educación en casa. Establece la obligatoriedad de la educación en varios niveles, pero no especifica que deba ser impartida en una institución ajena al hogar. En todo caso, el Estado tiene potestades para verificar que los contenidos curriculares cumplan con determinados mínimos preestablecidos, lo que puede hacerse a través de la "habilitación" del centro, o mediante prueba de calificación que deberá rendir cada estudiante para obtener la certificación respectiva. Por ende, nada impide que los estudios se hagan en el hogar. De hecho, esta práctica era bastante común hasta la mitad del siglo XX, a cargo de educadores en el hogar.

58 Ley General de Educación, N° 18.437, de 16/01/2009, art. 3.

59 Ley General de Educación, art. 17 "(De la laicidad) El principio de laicidad asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias."

60 Ley General de Educación, Art. 120 "(Principio específico de interpretación e integración).- Para la interpretación e integración de la presente ley se deberá tener en cuenta el interés superior del educando, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos."

61 Artículo 69: *Las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza estarán exoneradas de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios.*

62 Artículo 70: *Son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial. El Estado propenderá al desarrollo de la investigación científica y de la enseñanza técnica. La ley proveerá lo necesario para la efectividad de estas disposiciones.*

Los casos que resonaron este año 2024 en la prensa fueron los de dos comunidades menonitas conformadas por inmigrantes de Estados Unidos de América, en las que residen niños en edad escolar “*que no asisten a centros educativos públicos ni privados*” (en realidad concurrían a un centro educativo en su comunidad). Esto llegó a conocimiento de las autoridades de la educación, quienes iniciaron acciones judiciales para forzar la escolarización de dichos menores de edad, esgrimiendo la obligatoriedad de la asistencia a centros educativos como garantía del cumplimiento del derecho a la educación y al servicio de una educación de calidad.

En uno de los casos ocurrido en Florida, intimadas por las autoridades, las respectivas comunidades menonitas esgrimieron en su defensa que los once niños estaban siendo enseñados por dos educadores en forma presencial en una academia de la propia comunidad que, desde su sede central en Estados Unidos, envía los programas, materiales y recursos didácticos y que no están de acuerdo con integrar a sus niños con otros que no pertenecen a su comunidad.

Si bien hubo una resolución judicial de un Juez de Florida que avaló la decisión de los padres por entender que el proceder estaba enmarcado en el “homeschooling”, el Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación pública entendió que este modelo no se aplica en nuestro país, por lo cual por mayoría de 5 a 1, resolvió el inicio de las acciones judiciales por la escolarización obligatoria.

La discordia del Consejero Gabito (del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública) estuvo fundamentada en el marco constitucional de libertad y derecho de los padres, y en la libertad religiosa (arts. 5, 41 y 68). Es decir, para el consejero, los padres están amparados con el derecho a elegir las instituciones y maestros que quieran, y con la libertad de culto, con relación a que invocan tener una formación de ese carácter confesional (El País, 4/7/2024); “no puede decirse que los niños estén en situación de abandono, porque están debidamente contenidos y educados por sus padres”. Entendió Gabito que la educación se la estaban dando a sus hijos “a su modo, en uso de una libertad constitucional”, y que no existe la obligación de institucionalizar a los hijos “dentro de lo que el Estado prevé”. Citando la Ley General de Educación argumentó que “Si tenemos mecanismos de acreditación para [que] personas que nunca estuvieron en el sistema” ... “es porque la contracara es que el Estado reconoce que hay gente que adquiere los conocimientos equivalentes a ese nivel sin haber pasado por una institución”.

La acción judicial se radicó y está en trámite.

6. Libertad religiosa, salud y familia

a. Libertad de los menores de edad en salud

Específicamente en materia de salud, el Código de la Niñez y Adolescencia⁶³ establece el derecho a la información y al acceso a los servicios de salud de todo niño o adolescente, incluyendo “*los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes*

63 Código de la Niñez y Adolescencia (CNA), Ley N° 17.823 de 7/9/2004, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>

respetar la confidencialidad de la consulta”⁶⁴. “De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes.”

En caso de no llegarse a un acuerdo con el menor o con sus padres *en cuanto al tratamiento a seguir*, y si existiera riesgo grave para su salud, *el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente*, quien de todas formas deberá recabar su opinión, siempre que sea posible.

Una disposición similar es la recogida en la Ley Trans citada, que prevé el procedimiento del irracional disenso, habilitando al Juez a sustituir la voluntad de los padres cuando no consienten una práctica de cambio de sexo de sus hijos⁶⁵. Sin embargo, para la realización de “**intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles**”, la anuencia de los padres será preceptiva.

En línea con la priorización de la voluntad de los menores de edad en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, la ley del aborto específicamente dotó a los menores de edad, la autonomía jurídica al respecto⁶⁶. En un caso paradójico, una adolescente de 12 años que quedó embarazada fruto de una violación por un hombre de 41 años resolvió continuar con su embarazo, a pesar de las indicaciones de sus padres de abortar, apelando a que la decisión en este terreno le correspondía a ella por ley⁶⁷.

Fuera del ámbito de la salud sexual y reproductiva que privilegia la autonomía de las menores de edad, no existen pautas legales para determinar cómo opera la autonomía progresiva del menor en el régimen general de salud, es decir, a partir de qué edad pesa su opinión, que de todas formas deberá ser siempre escuchada. Al adoptarse una decisión sobre la salud de un menor de edad, lo que sí está claro es que el principio rector deberá ser siempre el procurar que sea conforme a su interés superior.

64 CNA art. 11-BIS, modificado por la Ley de Derechos de los Usuarios de la Salud N° 18.426 de 01/12/2008 artículo 7.

65 Ley Trans N° 19.684 de 26/10/2018, Art. 21: “(Derecho a la atención integral).- Toda persona trans tiene derecho a una atención integral para adecuar su cuerpo a su identidad de género, que comprenda como mínimo todos los programas y prestaciones que se determinen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley N° 18.211, de 5 de diciembre de 2007 (Sistema Nacional Integrado de Salud), incluidos los tratamientos médico quirúrgicos. ¶ Los derechos y obligaciones de las personas trans respecto de los tratamientos, programas y prestaciones referidos en el párrafo anterior, se regirán en lo pertinente por lo dispuesto en los artículos 8° y 11 bis de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004 (Código de la Niñez y Adolescencia) y en las disposiciones contenidas en la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008 (Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud) y su reglamentación. ¶ Para que las personas menores de dieciocho años accedan a intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles con el fin de adecuar su cuerpo a su identidad de género, la autorización o la anuencia de los representantes legales será de precepto.”

66 Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo N° 18.987, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012>, Art 7 “(Consentimiento de las adolescentes). En los casos de mujeres menores de 18 años no habilitadas, el médico ginecólogo tratante recabará el consentimiento para realizar la interrupción del embarazo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 bis de la Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 7° de la Ley N° 18.426, de 1° de diciembre de 2008. ¶ Cuando por cualquier causa, se niegue el asentimiento o sea imposible obtenerlo de quien debe prestarlo, la adolescente podrá presentarse con los antecedentes producidos por el equipo médico actuante ante el Juez competente. El Juez deberá resolver en un plazo máximo de tres días corridos contados a partir de la presentación ante la sede, respecto a si el consentimiento ha sido expresado en forma espontánea, voluntaria y consciente. A tal efecto, el Juez convocará a la adolescente y al Ministerio Público, para oír y recabar su consentimiento para la interrupción del embarazo, conforme a lo previsto en el artículo 8° del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 17.823, de 7 de setiembre de 2004). El procedimiento será verbal y gratuito. Son jueces competentes para entender en las causas que se sustancien por la aplicación del presente artículo, los Jueces Letrados de Familia Especializados en Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia con competencia en materia de familia especializada, en el interior del país.”

67 AFP. (29 de mayo de 2015). Niña de 12 años embarazada por violación en Uruguay tendrá su bebé. *Radio El Espectador*, <https://www.elespectador.com/mundo/america/nina-de-12-anos-embarazada-por-violacion-en-uruguay-tendra-su-bebe-article-563516/>

En cuanto al rechazo de terapéuticas indicadas, y tras una discusión en la doctrina y la jurisprudencia que ya venía sentando los principios de la autonomía del paciente, el respeto por su dignidad y el libre ejercicio de la profesión del médico, la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes⁶⁸, dio fuerza legal a dichos principios. Establece que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente y el profesional de salud, mediando consentimiento informado, salvo casos de urgencia. De conformidad con esta norma, el paciente podrá rehusar una determinada terapéutica indicada por el facultativo, aun en el caso en que peligrara su vida como consecuencia de esta negativa⁶⁹.

Analizando la normativa sobre salud en conjunción con el régimen de patria potestad, podría afirmarse que, en el caso de los menores de edad, estos deben ser oídos al momento de adoptarse una decisión, se deberá priorizar siempre su interés superior, y sus padres conservan las potestades de decidir en la materia, salvo los casos en que se acuda al instituto del irracional disenso.

Ante la falta de pautas legales tarifadas, es ilustrativo acudir a algunos casos jurisprudenciales que involucran la libertad religiosa del menor y de sus padres con relación a terapéuticas médicas indicadas al menor, concretamente los casos de la negativa de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre, el caso de una familia naturista que rechazaba todo tipo de vacunas y algún caso vinculado a la Pandemia.

b. Casos sobre rechazo por motivos de conciencia, a terapéuticas indicadas a menores de edad

i. Testigos de Jehová

Son pocos los casos planteados ante los tribunales de objeciones de conciencia de parte de Testigos de Jehová que rechazaban transfusiones de sangre cuando estas eran indicadas por motivos de salud, y estando en riesgo la vida. Muchos de los casos fueron resueltos extrajudicialmente, ya sea amparando la objeción, sin mayores consecuencias para la salud, ya recurriendo a métodos terapéuticos alternativos. Los casos que han llegado a los tribunales han sido pocos, básicamente cuando ha existido riesgo de vida para el paciente (Asiaín Pereira, 2016).

Los criterios de la jurisprudencia han sufrido una positiva evolución, sentando los principios del respeto de la autonomía del paciente mayor de edad y capaz, debidamente informado de forma previa de la entidad de la terapéutica y de las posibles consecuencias o riesgos de no realizarse la misma, de lo cual se colige que la capacidad jurídica resulta

68 Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, N° 18.335 de 15/8/08, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18335-2008>

69 Ley 18.335, art. 11 "Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento. El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud. ¶ Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica. En la atención de enfermos psiquiátricos se aplicarán los criterios dispuestos en la Ley N° 9.581, de 8 de agosto de 1936, y las reglamentaciones que en materia de atención a la salud mental dicte el Ministerio de Salud Pública."

Art. 17: "Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros: ... (F) Que no se practiquen sobre su persona actos médicos contrarios a su integridad física o mental, dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación."

un mínimo exigido a la hora de respetarse el rechazo a las transfusiones de sangre u otras terapéuticas.

Así lo estableció en un caso la sentencia anterior a la Ley de Derechos de los Usuarios de la Salud, que **priorizó la vida del niño**, ordenando una transfusión de sangre no querida por sus padres⁷⁰, en aplicación de uno de los límites del amparo de la libertad de conciencia y religiosa, cual es el daño a terceros (Asiaín Pereira, 2016).

Otra sentencia⁷¹ amparó el derecho de una paciente a negarse a recibir la transfusión, reconociendo el magistrado que carecía de jurisdicción para sustituir la voluntad libre de una **persona capaz** que ejercía el derecho de autodeterminación inherente a su condición humana (Asiaín Pereira, 2016).

ii. Antivacunas

Hubo un antiguo caso de una familia naturista que se oponía a que se le administraran las vacunas obligatorias para el ingreso al sistema educativo y demás, a sus hijos menores de edad, la Familia Borgogno Arce. Se agraviaron porque se había expulsado a sus hijos del sistema educativo, y emprendieron una batalla judicial de más de 11 años, incluyendo una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Culminó a favor de los padres Borgogno y el Ministerio de Salud Pública los exoneró de la vacunación⁷².

Durante la Pandemia del Covid-19, la vacunación anti-covid no fue obligatoria en el Uruguay, pero podía requerirse una prueba negativa del virus para la realización de determinadas actividades como los viajes aéreos, el ingreso al país, y otras.

No habiendo sido jamás dispuesta la obligatoriedad de las vacunas, sí se dispuso la disponibilidad para la vacunación de menores de edad con carácter general. Ante la acción de amparo incoada por un grupo de antivacunas alegando que “el proceso vacunal que lleva adelante el **Poder Ejecutivo es manifiestamente ilegal y peligroso**”, un Juez amparó el reclamo y prohibió la vacunación a menores de 13 años edad. El Ministerio de Salud Pública acató la sentencia, pero la apeló⁷³. Fue revocada por el Tribunal de Apelaciones Civil de 6° turno por falta de legitimación activa, restableciéndose la administración de las vacunas⁷⁴, por lo cual el Juez habría cometido “un error inexcusable al otorgarle legitimación activa al promotor”. La Suprema Corte entendió que se había visto afectado “el principio de imparcialidad” y realizó un “reproche ético” al Juez “por haber infringido los deberes éticos estatuidos por el Código Modelo de ética Judicial Iberoamericano de imparcialidad, cortesía y prudencia”. Con la irregularidad de su conducta moral se vio comprometido el decoro de su ministerio”, sostuvo la Suprema Corte de Justicia y lo sancionó con suspensión de 90 días.

70 La Justicia Uruguaya, T 116, caso 13.289, Juzgado Letrado de 1° Inst. en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno, sentencia N° 3/97 de 7/II/97 (Juez Pedro Keuroglían), con cita de un fallo redactado por el Dr. Niccollielo (miembro de la Suprema Corte de Justicia 1985 - 1989).

71 Juzgado Letrado de 1° Inst. en lo Penal de 5° turno, 21/9/1998, La Justicia Uruguaya, T 120.

72 Montevideo Portal. (16 de noviembre de 2014). “El caso de las vacunas” La familia Borgogno Arce habló a 20 años de su caso. *Montevideo Portal*. <https://www.montevideo.com.uy/Salud/La-familia-Borgogno-Arce-hablo-a-20-anos-de-su-caso-uc252960>

73 Ministerio de Salud Pública. (7 de julio de 2022). Vacunación menores 13 años. MSP acata fallo de la justicia. <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/noticias/vacunacion-menores-13-anos-msp-acata-fallo-justicia>

74 El País, Uruguay. (3 de octubre de 2023). Suprema Corte suspendió por 90 días al juez Recarey, que detuvo vacunación anticovid para menores de 13 años. *El País, Uruguay*. <https://www.elpais.com.uy/informacion/judiciales/suprema-corte-suspendio-por-90-dias-al-juez-recarey-que-detuvo-vacunacion-anticovid-para-menores-de-13-anos>

c. El derecho de los padres a dar sepultura a sus “nacidos sin vida e inscribirlos en el Registro con nombre. De un caso trágico a una ley

La iniciativa legislativa surgió a partir de un caso resuelto por la justicia y que llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Una mujer cursaba su quinto mes de embarazo y debido a una lesión desencadenó un aborto espontáneo. Victoria, tal el nombre dado a la bebé en gestación nació sin vida y con un peso inferior a los 500 gramos debido al sufrimiento durante el proceso del parto. Su madre quiso enterrarla, pero en la institución de salud no se lo permitieron por no contar la bebé nacida sin vida con un peso superior a los 500 gramos, en aplicación de un Decreto Reglamentario que requería dicho peso mínimo, además de un mínimo de 20 semanas de gestación, para que se pudiera extender el certificado de defunción habilitante para la inhumación. Victoria permaneció en un frasco en formol durante los dos años que duró el juicio que inició su madre, hasta que, al fin, pudo obtener el certificado habilitante para el entierro.

En tiempos en los que leemos en las noticias que bebés de 212 gramos al nacer⁷⁵, sobreviven y que cada vez son viables recién nacidos de menor edad gestacional, la negativa a expedir el correspondiente certificado de defunción, con el nombre ya puesto, y habilitante para la inhumación, resultaba en la violación de derechos humanos fundamentales de diverso orden, entre otros el derecho al duelo, a la intimidad, a la identidad, al trato digno y a la libertad de conciencia y religión de los padres. La sepultura ha sido desde tiempos inmemoriales un rito esencial a las diversas religiones.

Removiendo el arbitrario obstáculo de los 500 gramos de peso como mínimo y las 20 semanas de gestación, presentamos el proyecto de ley “Nacidos sin vida. Derecho de los progenitores a inhumar o cremar sus restos”, el que se hizo ley en setiembre de 2024⁷⁶. Durante su tratamiento legislativo se recabaron testimonios de mujeres que enterraron los restos de sus nacidos sin vida en una maceta, o los conservaban en formol, o que seguían penando por no haberseles permitido dar sepultura a sus gestados.

Las resistencias al proyecto llegaron a las portadas de publicaciones de prensa que tildaban la iniciativa de retrógrada, “En Reversa”, y la oposición hacia honor a su calificativo especialmente en este caso. La respuesta también la dimos en la prensa, preguntándonos: ¿a qué le temen quienes niegan la sepultura de sus nacidos sin vida a los padres que así lo desean? ¿Quiénes somos y quién es el Estado para negar a los padres este derecho, que afecta un haz de derechos y particularmente el de libertad de conciencia y religión? Tras tres años y medio de negociaciones, el proyecto se convirtió en ley, y salvo dos o tres disposiciones, por unanimidad.

La Ley establece que la opción por la inhumación será aplicable a “*todo producto de la concepción, identificable o diferenciable de las membranas ovulares o del tejido placentario materno en general, que cese en sus funciones vitales antes del alumbramiento o bien antes de encontrarse*

75 Caso de bebé de SINGAPUR, Subrayado. (9 de agosto de 2021) La beba más pequeña al nacer recibió el alta médica tras un año hospitalizada. Nació con 25 semanas de gestación y pesó lo mismo que una manzana. *Subrayado*. <https://www.subrayado.com.uy/la-beba-mas-pequena-al-nacer-recibio-el-alta-medica-un-ano-hospitalizada-n783058>

76 El proyecto fue presentado por las senadoras Carmen Asiain (Partido Nacional) y Carmen Sanguinetti (Partido Colorado), y se convirtió en la Ley N° 20.377 de 24/9/24. Ver arts. 2, 3, 6, 8, 9, 11 y 12. Disponible sin exposición de motivos en <https://www.gub.uy/presidencia/institucional/normativa> y en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/repartido/representantes/49/1038/0/PDF>

completamente separado de la persona gestante, muriendo y que no ha sobrevivido a la separación un instante siquiera.” Se establece, además, la obligación del prestador de servicios de [salud de] hacerlo posible, y la obligación de las autoridades competentes de posibilitarla. Se plasma el derecho de los progenitores a ver y despedir al nacido sin vida a su solicitud.

A su vez, queda prohibida la comercialización de los restos de los nacidos sin vida, así como el hecho de que sean tratados como desecho hospitalario.

En cuanto a la inscripción en el Registro, las partidas que lo eran de defunción directamente consignaban bajo el nombre la inscripción “nonato”, seguida del apellido. La ley hace posible que se opte por inscribir al nacido sin vida con un nombre y se establece que la inscripción carece de efectos patrimoniales o sucesorios.

Se establece una licencia especial por duelo, y en el caso de que el nacido sin vida supere los 500 gramos o tenga una edad gestacional superior a las 20 semanas, corresponde licencia por maternidad, que es mayor.

7. Algunas conclusiones

La familia es una institución social, cultural y antropológica, anterior al Estado y al Derecho, a la que éstos en Uruguay sólo vienen a reconocer como base de la sociedad y a proporcionarle la protección debida, priorizando la formación moral y material de la descendencia. Así reza el artículo 40 de la Constitución:

La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Pero, ¿qué es la familia? El concepto de familia ha cambiado mucho desde el punto de vista sociológico desde fines del siglo XX fruto de una revolución cultural, y esos cambios han sido recogidos en la regulación jurídica. Hoy se habla de familia integrada con quienes viven bajo el mismo techo y hasta se habla de familia “multiespecie” para incluir a las mascotas⁷⁷.

Se ha ampliado el concepto de familia, salvo con relación al factor religioso. Hoy en día, **el único elemento proscrito de nuestro derecho matrimonial es el religioso.**

Anunciábamos al comienzo, a suerte de tesis de este estudio que, *en la relación entre familia y libertad religiosa, la inflación que se ha producido en el concepto de familia, que desde lo sociológico y cultural se ha trasladado a lo jurídico, no se ha trasladado en cambio, a la cotización del derecho de libertad religiosa de la familia en el Derecho uruguayo.* Creemos haber demostrado la verificación de esta tesis, a la luz de las constataciones vertidas.

De todas formas, existen principios consagrados en el propio Derecho positivo -ya sea de fuente constitucional y legal, ya supranacional pero aplicable- que reconocen que la familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias y que el Estado debe facilitarlos. Estos principios se erigen en derechos fundamentales recogidos constitucionalmente, tanto en el ámbito del Derecho de Familia

77 Un candidato a la Presidencia de la República aludía a este concepto en su propaganda política, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=phPPK08FeGo>

cuando refiere a su libertad religiosa, como en el Derecho de Libertad Religiosa cuando refiere a la familia.

Habida cuenta de la protección dispensada por el marco constitucional y de los derechos humanos, urge una necesaria actualización del derecho infraconstitucional en estas sensibles áreas del Derecho, para ajustarse a las normas de superior jerarquía normativa.

Referencias bibliográficas

- Asiaín Pereira, C. (2003). Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 10, 17-36.
- Asiaín Pereira, C. (2015). La familia como titular de derechos y libertades. *Revista de Derecho*, 14(28), 101-125. <https://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/496>
- Asiaín Pereira, C. (2016). Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en Uruguay. *Revista de Derecho*, (14), 11-64. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i14.1235>
- Asiaín Pereira, C. (2022). Libertad religiosa y política. Una mirada desde dentro. En J. Martínez-Torrón (Ed.), *Dignidad humana, derecho y diversidad religiosa: diseñando el futuro de sociedades interculturales* (pp. 53-80). ICLARS.
- Buttigloine, R. (1999). *La persona y familia*. Biblioteca Palabra.
- D'Agostino, F. (2003). *Una filosofía della familia*. Giuffrè editore.
- Durán Martínez, A. (2010). Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo. En C. Asiaín Pereira (Coord.) *Religión en la educación pública. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel*. Fundación Universitaria Española.
- Martínez-Torrón, J. (1999). *La influencia del Derecho Canónico en la evolución del derecho de familia angloamericano*. Universidad de Granada. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17169/1/IC_Especial_88.pdf
- Navarro-Valls, R. (1996). Matrimonio, familia y libertad religiosa. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 361-400.
- Otaduy, J. (2005). Recensión de La familia transversal de Francesco D'Agostino, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 21, 158-185.
- Palomino, R. (2007). Familia y Libertad Religiosa. *El Olivo*, 31, 65-66.
- Pereyra Heberling, A. (2012) Matrimonio en Uruguay: una propuesta a la luz de la libertad religiosa. En Asiaín, C., *Derecho y religión. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2011*. 145-160. Universidad de Montevideo.
- Rivero de Arhancet, M. (2012). Sobre el derecho de familia y los negocios jurídicos familiares. *Revista de derecho*, 7(7), 227-248.

Rotondo Tornaría, F. (2010). La religión en la educación pública uruguaya: *régimen legal*. En C. Asiaín Pereira, (Coord.), *Religión en la educación pública*. Análisis comparativo de su regulación jurídica en las Américas, Europa e Israel. 247-258. Fundación Universitaria Española.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



JURISPRUDENCIA COMENTADA

RODRIGO DÍAZ INVERSO

Competencia de los entes estatales industriales y comerciales:
nota a una sentencia relevante para el debate

Rodrigo DÍAZ INVERSO

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2347-2046>

rodrigodiazinverso@hotmail.com

Recibido: 18/11/2024 - Aceptado: 21/11/2024

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

Díaz Inverso, R. (2024) Competencia de los entes estatales industriales y comerciales: nota a una sentencia relevante para el debate.

Revista de Derecho, 23(46), Artículo e4610. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.10>

Competencia de los entes estatales industriales y comerciales: nota a una sentencia relevante para el debate

169

Jurisdiction of industrial and commercial state entities:
note to a relevant ruling for the debate.

Competência dos organismos públicos do sector
industrial e comercial: nota a um acórdão relevante
para o debate

1. Introducción

Es un hecho notorio que Uruguay cuenta con un sector público fuerte en el ámbito industrial y comercial, bajo la - siempre imprecisa - forma de “empresas públicas”.

En la mayoría de los casos, las actividades estatales de ese tipo se presentan en régimen de competencia con el sector privado.

Ello genera que en ocasiones controversias respecto a si el ente estatal está actuando o no dentro de su ámbito competencial o si está violentando el rol subsidiario que algunas corrientes de pensamiento le asignan al Estado.

En el presente trabajo comentaremos una sentencia que aporta elementos interesantes a la discusión, a cuenta de futuros desarrollos.

2. El caso

2.1. La postura del actor

Una reconocida empresa de plaza (Abitab S.A.) compareció ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) a efectos de obtener la anulación de una resolución dictada por el Consejo Ejecutivo de la Unidad de Certificación Electrónica de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agesic). En virtud de esta, se había autorizado la condición de prestador de servicios de confianza acreditado de firma electrónica avanzada con custodia centralizada e identificación digital de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (Antel) y su inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Confianza. Todo ello en el marco de la ley de firma electrónica n.º 18.600.

La resolución en cuestión determinaba que Antel se constituyera como competidor directo de la actora en esa actividad comercial.

En apoyo a su pretensión anulatoria, Abitab S.A. invocó los siguientes argumentos:

- i. vicios en la motivación por inexactitud en el derecho. Las normas invocadas son correctas, pero no son las únicas que se deben tener en cuenta, en la medida en que se debió advertir que Antel estaba actuando por fuera de su especialidad, en violación al artículo 190 de la Constitución;
- ii. Antel es incompetente para el ejercicio de la actividad autorizada, en tanto únicamente tiene atribuida competencia en materia de telegrafía, télex y telefonía fija por hilos;
- iii. por desconocimiento del principio de subsidiariedad. Al respecto, la posición defendida por el actor – según surge de la sentencia – es la siguiente: es un principio de organización política de la sociedad que deslinda el ámbito de competencia de sus integrantes y que tiene su fuente en la doctrina social de la Iglesia Católica. Dicho principio parte del carácter personal del hombre, sujeto de la actividad social y política y de la necesaria ordenación de la sociedad política hacia el bien común.

El mismo resulta incompatible con una visión colectivista de la vida política y con una perspectiva individualista. Esto obviamente implica una postura filosófica pero también jurídica, al ser recibida por el Derecho. Para el consultor dictaminante, el artículo 10 de la Constitución de la República en forma implícita pero clara veda el “principio de antisubsidariedad”, lo que no es otra cosa que la recepción del principio de subsidiariedad a nivel constitucional.

2.2. La postura de la demandada

La Administración demandada compareció contradiciendo la pretensión y afirmando que:

- i. la actividad en cuestión está librada a la libre competencia;
- ii. la competencia de Antel, de acuerdo con los artículos 4 y 7 del Decreto-Ley n.º 14.235 consiste en brindar servicios de telecomunicaciones urbanos y de larga distancia, nacionales e internacionales, presentes y futuros, así como otras actividades vinculadas a las telecomunicaciones. La definición de telecomunicaciones es la que surge del Convenio Internacional de Telecomunicaciones y del artículo 12 de la Ley n.º 16.211. A ello se suma que, en palabras de la Administración, se produce un vínculo entre las telecomunicaciones y los servicios de confianza. Los servicios de identidad digital y firma electrónica avanzada utilizan tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) e integran el ámbito de las telecomunicaciones. Tan es así que se verifica a nivel internacional que las instituciones con competencia en materia de telecomunicaciones también suelen prestar los servicios de identidad digital y firma electrónica. Así por ejemplo sucede con MOVISTAR en España y CLARO en Méjico. La prestación de servicios de confianza no puede considerarse ajena al giro o negocio que el legislador atribuyó a ANTEL.
- iii. en relación con el principio de subsidiariedad, entendió que no aplicaba a la controversia, y que la actividad podía ser prestada por ambas empresas (Abitab y Antel) en régimen de competencia.

171

2.3. La postura de Antel

Antel compareció como tercerista coadyuvante con la Administración demandada, a efectos de defender la legalidad del acto enjuiciado.

De su postura destacamos la defensa del concepto amplio de telecomunicaciones que recoge nuestro derecho positivo y la ausencia de recepción del principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento.

2.4. La sentencia

Por sentencia 918 de 8 de setiembre de 2022 el TCA desestimó la demanda de Abitab y confirmó el acto impugnado. El tribunal, integrado por los ministros Simón, Vázquez (redactor), Corujo, Klett y Salvo, adoptó su decisión por unanimidad.

3. Notas sobre el caso

La sentencia del tribunal aborda dos temas bien importantes de la actuación administrativa, en especial cuando ésta se despliega en el marco de los llamados cometidos industriales y comerciales¹ del Estado: el principio de especialidad y el principio de subsidiariedad.

Con respecto al primero de ellos, no existe discusión en la dogmática en cuanto a su procedencia en nuestro derecho positivo. Los órganos administrativos deben tener atribuidos en forma expresa sus cometidos, por vía constitucional o legal, para poder actuar en una determinada materia. Surge a texto expreso del artículo 190 para los entes autónomos y servicios descentralizados y en general se entiende de aplicación a toda administración estatal, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En cuanto al principio de subsidiariedad, su aceptación dista de ser pacífica y para el tribunal, no tiene cabida.

3.1. Sobre el principio de especialidad

Comencemos con el principio de especialidad y la forma en cómo el tribunal lo aborda, adelantando desde ya nuestra coincidencia.

La sentencia comienza detallando la actividad que Antel pretendía desarrollar y para la cual solicitó la autorización al órgano competente (prestador de servicio de confianza).

Y entonces adopta un criterio certero – en línea con lo argumentado por Antel – en cuanto a la vinculación estrecha entre ese tipo de servicios (por ejemplo, de firma electrónica) y el giro principal de dicho servicio descentralizado (las telecomunicaciones). Además invoca expresamente un dictamen de Antel en el cual se da cuenta de que las empresas del rubro telecomunicaciones habitualmente prestan ese tipo de servicios.

Quiere decir que el tribunal asume allí un criterio de razonabilidad y de realismo: si la realidad de la industria en la cual participa el ente estatal muestra que las empresas con giros similares realizan esas actividades, es razonable o plausible interpretar el cometido del ente en función de esas realidades del mercado en que opera.

Se trata en definitiva de adoptar un criterio evolutivo del cometido, que atienda a los cambios (sociales, tecnológicos, económicos, culturales) que se van sucediendo y que tienen impacto en los bienes y servicios que el organismo estatal ofrece.

Este criterio del tribunal perfectamente sería replicable en la interpretación de las normas atributivas de competencia de otros entes autónomos y servicios descentralizados industriales y comerciales del Estado.

Por ejemplo, para interpretar la competencia de la Administración Nacional de las Usinas y Trasmisiones del Estado (UTE) en relación con “cualquiera de las actividades de la industria eléctrica”² sería necesario comparar con lo que otras empresas del sector eléctrico realizan, en Uruguay y otras partes del mundo. En definitiva, la propia “industria

1 Optamos por la denominación “cometidos industriales y comercial del Estado”, en lugar de la propuesta por Sayagués Laso de “actuación estatal en el campo de la actividad privada” (2002, p. 93), por entender que se adecuaba mejor al léxico constitucional.

2 Artículo 3, Ley n.º 15.031.

eléctrica” es el parámetro de razonabilidad para definir cuáles son las actividades de esa misma industria que UTE está facultada a realizar.

En igual sentido sirve para interpretar los cometidos del Banco de Seguros del Estado (BSE), al que el legislador le atribuyó competencia para realizar “todo tipo de operaciones de seguros, reaseguros, contratación de rentas vitalicias, administración de fondos de ahorro previsional y de seguros de retiro y demás operaciones similares o conexas a las detalladas precedentemente, así como todas aquellas que efectúen las empresas del ramo”³. Nuevamente, es el propio sector de actividad en que el organismo despliega su actividad, el que aporta los insumos necesarios para la interpretación del alcance de sus cometidos.

Mismo razonamiento podríamos aplicar para la competencia de Ancap de “refinar petróleos crudos o sus derivados, preparar y vender todos los productos propios de esta industria”⁴, o del Banco República en cuanto a “realizar toda clase de operaciones comerciales y/o financieras que constituyan transacciones bancarias usuales”⁵.

Estos ejemplos, y la propia sentencia del tribunal que comentamos, sirven para postular un criterio hermenéutico a utilizar al momento de interpretar el giro que tiene atribuido un ente industrial o comercial del Estado: la realidad de empresas que desarrollen la misma actividad que la empresa pública sirve de parámetro de referencia para determinar los “límites” del sector económico en cuestión; la “industria” es fuente material de la interpretación normativa del cometido; es el hecho social que adquiere trascendencia jurídica. El tribunal utiliza para referirse a ello el término “las realidades de las empresas del ramo en el resto del mundo”.

Recordemos que la Constitución refiere a “negocios extraños al giro” y “actividades normales” en el artículo 190. Para interpretar esa “extrañeza” o esa “normalidad” nada mejor que acudir a las prácticas de empresas semejantes, aun cuando éstas puedan tener fines distintos (notoriamente si la comparación la hacemos con empresas privadas, tendrán fines de lucro). Los usos y costumbres del sector servirán como parámetro de normalidad de las actividades que pretende realizar el ente.

Y si en todo caso la ley entiende necesario prohibirle a la empresa pública incursionar en algún sector especial de la actividad que le comete o desarrollar ciertas operaciones, debería establecerlo a texto expreso para evitar equívocos. De hecho, es posible advertir en algunas de las leyes orgánicas de estos entes autónomos y servicios descentralizados una preocupación por limitar su actividad a ciertas áreas específicas.

El artículo 190 proviene de la Constitución de 1934, repitiéndose en las siguientes con modificaciones de detalle. Ante un texto constitucional aluvional, no siempre es sencillo identificar el trasfondo político filosófico que inspiró un artículo en particular.

Su ratio parecería ser la de evitar que los fondos públicos de estas administraciones se destinaran a actividades que no eran las que el legislador les encomendaba.

Ahora bien, también podría entenderse que la disposición buscar dar una protección a las empresas privadas potencialmente sometidas a la competencia estatal en el campo

3 Artículo 3, Ley n.º 18.243.

4 Artículo 3, literal k, Ley n.º 8.764.

5 Artículo 3, Ley n.º 18.716.

industrial o comercial. En otras palabras, para que el Estado le compita al privado, se requiere de una ley que expresamente le atribuya la competencia. Con esta última lógica, ¿no sería razonable que si la finalidad del artículo 190 es darles una protección a los privados, la conducta de estos sea también un parámetro relevante para determinar cómo debe interpretarse la materia atribuida por ley?

En segundo lugar, resulta compatible el abordaje jurídico que el tribunal realiza en torno al concepto de telecomunicaciones partiendo de la norma internacional (Convenio Internacional de Telecomunicaciones, ratificado por Ley n.º 12.273), pasando por la carta orgánica de Antel (Decreto-ley n.º 14.235) e incluso leyes que, sin referir explícitamente a Antel, sirven para interpretar qué debe entenderse por telecomunicaciones (ley orgánica de la Unidad Reguladora de Comunicaciones). En esa línea se había pronunciado Cajarville al estudiar el tema (Cajarville, 2019, p. 74-87).

Con respecto a la especialidad, nos resta destacar la adhesión del tribunal a la posición de Sayagués (2002, p. 199-204), en cuanto a la amplitud con que debe interpretarse la extensión de los fines (entendemos que más que fines, está refiriendo a cometidos). Es decir que lejos de postularse interpretaciones restrictivas o minimalistas de los cometidos atribuidos a los entes industriales y comerciales, el TCA comparte que la interpretación puede tener amplitud.

Y nos permitimos agregar: esa amplitud es especialmente aceptable cuando los cometidos están recogidos en las disposiciones normativas con redacciones amplias, que permiten acompañar la evolución del sector económico de que se trate, sin violentar en lo más mínimo el texto legal.

174

3.2. El principio de subsidiariedad

El segundo punto destacado del fallo es su posicionamiento frente al “principio de subsidiariedad”. La sentencia lo despacha en un párrafo:

En lo que concierne a la invocación del principio de subsidiariedad, más allá de lo opinable que resulta su consagración y alcance en nuestro ordenamiento jurídico, debe verse que no corresponde al caso en el encare que hace la accionante y su consultor - patrocinante, sobre la base de una visión ideológica subjetiva acerca de la intervención y el tamaño del Estado, cuestiones que resultan ajenas al control de juridicidad que le compete al Tribunal.

Ese único párrafo marca una postura del tribunal en relación con la subsidiariedad.

En primer lugar, planteando la duda respecto a que efectivamente tenga una consagración en nuestro ordenamiento jurídico y que, en el caso de tenerla, el alcance que se le debe dar a ese principio es también opinable. Pero más terminante aún es la crítica que dirige a la postura que plantea Durán Martínez sobre este principio, al entender que se trata de una visión ideológica subjetiva.

Esa postura del tribunal, tendiente a identificar el principio de subsidiariedad con determinadas posiciones filosóficas y políticas, y no como principio jurídico, ha sido planteada recientemente desde la dogmática argentina en un exhaustivo estudio (Cabral, 2022, p. 232-246).

En nuestro medio, han postulado la vigencia de este principio, además de Durán, autores como Brito, Delpiazzo o Cagnoni. Un interesante resumen de esas posturas y en especial sus matices (que, en ocasiones, son de importancia), realiza el Profesor Cajarville con particular agudeza (2008, p. 229-233).

Por nuestra parte manifestamos nuestra concordancia con la sentencia, agregando que en nuestra opinión, la subsidiariedad no es un principio de nuestro derecho positivo constitucional, que sirva para fundar una eventual interpretación restrictiva del ámbito competencial de una empresa pública o para cuestionar la constitucionalidad de las leyes que atribuyan tales competencias.

Repasemos el tratamiento que nuestra Constitución le dispensa a la actuación estatal en materia industrial y comercial:

- a) la complementariedad de servicios públicos como uno de los ejes de la integración latinoamericana (artículo 6);
- b) la posibilidad de que la gestión de servicios públicos esté directamente a cargo de entidades estatales (artículos 24 y 65 inciso segundo);
- c) la prestación exclusiva y directa de los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua potable por personas jurídicas estatales (artículo 47);
- d) la singularidad estatutaria de los funcionarios que trabajen en entes autónomos industriales y comerciales (artículo 63) y de aquellos que lo hagan en servicios descentralizados en atención a la diversa índole de sus cometidos (artículo 59 literal E);
- e) la exigencia de una mayoría menos calificada si se crea un monopolio en favor de una entidad estatal que de una empresa privada (artículo 85 numeral 17);
- f) la propia mención constitucional a la existencia de un “dominio industrial y comercial” a cargo del Estado (artículo 185). No prevé que *pueda* existir, sino que directamente lo tiene por existente;
- g) el reconocimiento de la existencia de “empresas públicas” (artículo 230) y su necesaria participación en las comisiones sectoriales de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto;
- h) la posibilidad de crear servicios descentralizados industriales y comerciales con mayoría absoluta, reservándose la mayoría calificada de dos tercios sólo para los entes autónomos;
- i) la atribución al Estado de la potestad de asociarse con privados en sociedades de economía mixta, para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o agropecuarias (artículo 188 inciso tercero y cuarto);
- j) la existencia de “Bancos del Estado” (artículo 199);
- k) la existencia de servicios estatales de correos, telégrafos y puertos (artículo 186);
- l) la particularidad presupuestaria de los entes industriales y comerciales del Estado (artículo 221), que se traduce en una mayor flexibilidad (presupuesto anual y no quinquenal, aprobado por acto administrativo y no por ley).

Por tanto, las normas constitucionales no arrojan un respaldo explícito a una visión subsidiaria del Estado en materia de actividad industrial y comercial. Regulan dicha participación (la cual, ciertamente, siempre requerirá ley y razones de interés general) pero no la encorsetan.

Hace más de 30 años, Cassinelli Muñoz planteó en términos categóricos que

en el Derecho Uruguayo Constitucional no rige – contrariamente a lo que sostiene alguna parte de la doctrina uruguaya –, el principio de subsidiariedad a nivel constitucional. La Constitución es neutra, en cuanto a la afirmación o negación de la idea de intervención del Estado en la economía, debe reducirse a aquellos casos en los cuales la actividad privada sea insuficiente o inconveniente. Es decir ese principio, sería entre nosotros una máxima política, compartible o no compartible, una opinión filosófica que se le ofrece al electorado antes de cada elección, y que el electorado puede apoyarla o no apoyarla, votando por los partidos que sean partidarios de esa solución o de la contraria. La Constitución uruguaya, mantiene una suficiente flexibilidad, como para admitir las dos soluciones doctrinales y sus consecuencias políticas prácticas (Cassinelli Muñoz, 1991, 47-48).

En igual sentido se pronunció Cajarville, sosteniendo que

la Constitución admite la legitimidad de la actividad comercial e industrial de las entidades estatales con una amplitud inconciliable con el principio de subsidiariedad aun en su visión positiva. Las razones de interés general que legitiman de acuerdo a nuestra Constitución la actividad industrial y comercial del Estado pueden ser ciertamente las previstas por el principio de subsidiariedad en cualquiera de sus versiones; pero también pueden ser otras las razones de interés general que legitimen la restricción y aun la exclusión de la actividad privada y el ejercicio de actividad industrial o comercial por el Estado, distintas a las admitidas por quienes sostienen el principio de subsidiariedad (Cajarville, 2008, p. 231).

Finalmente, podríamos decir que desde la dogmática argentina más reciente, Cabral realiza una apreciación perfectamente trasladable a nuestro texto constitucional:

que la Constitución nacional reconozca los derechos individuales como el de enseñar, comerciar o ejercer industria, no implica de ninguna manera que nuestro ordenamiento haya vedado al Estado asumir ese tipo de actividades, aun cuando las estén desarrollando el sector privado (Cabral, 2022, p. 240).

4. Conclusiones

La importancia del sector industrial y comercial del Estado uruguayo determina que controversias como la ventilada en la sentencia comentada sean relativamente frecuentes.

La relevancia de este fallo radica en su abordaje de los dos puntos centrales que hacen a la discusión sobre los límites de los cometidos industriales y comerciales de la entidades estatales: la especialidad y la subsidiariedad.

Con respecto a la primera, el tribunal marca un criterio interesante, remitiendo a un determinado hecho social (la realidad de la industria) para interpretar los preceptos jurídicos que asignan competencia a tales entidades.

En relación con la subsidiariedad, no la identifica como un principio de fuente constitucional, colocándola – en línea con importantes opiniones de la dogmática – como una máxima política o filosófica sin que nuestra Carta tome partido por ella.

Corresponderá pues a la ley definir ambas cuestiones: tanto el alcance (y limitaciones) de la competencia de las empresas públicas, como del rol expansivo o restrictivo que éstas asuman en los distintos mercados.

Referencias bibliográficas

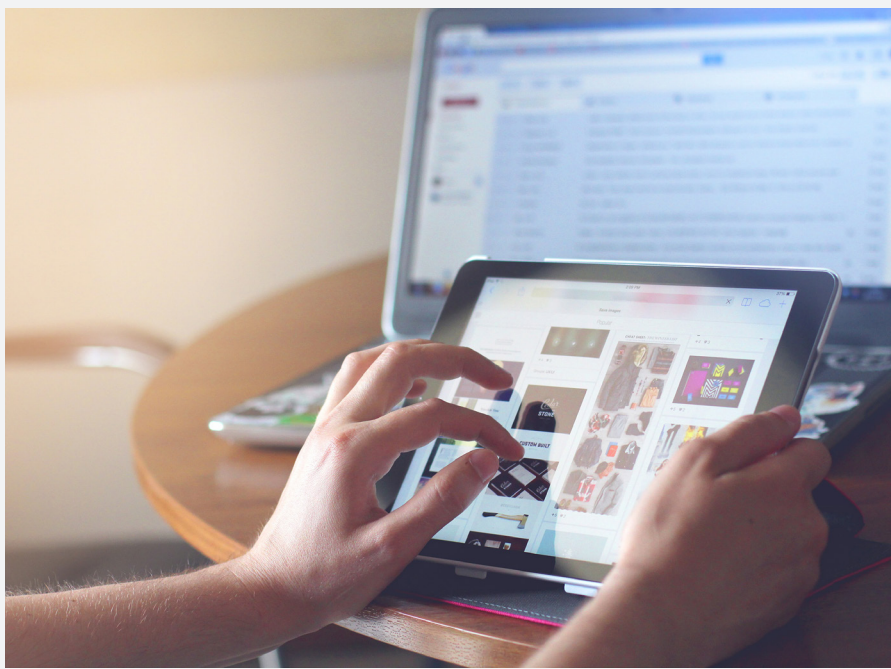
- Cabral, P. O. (2022). Los principios generales del Derecho Administrativo. De la subsidiariedad a la solidaridad. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Año 6 (7)*, 216-255.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II* (2º edición). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2019). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo III*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassinelli Muñoz, H. (1991). Exposición. En *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización. Ciclo de conferencias organizado por el Instituto de Investigación Jurídica del "Centro Universitario Montefaro"* (pp. 42-49). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (8va edición. Puesta al día por D. H. Martins). Fundación de Cultura Universitaria.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

Business and Human Rights: uno de los seminarios favoritos entre los estudiantes de intercambio

Bajo la docencia de Carmen Asiaín se profundizó en el estudio de los Derechos Humanos universales, además de visitar una vez el Palacio Legislativo durante el semestre



Dictado en inglés, el seminario *Business and Human Rights* se realiza el primer semestre de cada año y el contenido teórico gira en torno al entendimiento del concepto de los Derechos Humanos y su conexión con las conductas empresariales en un mundo globalizado. Asiaín comentó que en cada clase se ve presente el intercambio cultural y esto lo hace un espacio enriquecedor. Esto se hace mediante una modalidad que se basa en la participación oral, la cual busca reforzar la reflexión personal crítica y mejorar el aprendizaje en grupo.

“El estudiante de intercambio tiene otra forma de atacar los problemas convencionales; sale del molde. El uruguayo es más tradicionalista”, agregó.

¿Cuál es el diferencial del seminario?

Sofía Maruri, abogada y asistente académica en la Facultad de Derecho de la UM-FDER-, dictó clases en otras ediciones del seminario junto a Asiaín y, consultada al respecto, reflexionó sobre esta pregunta.

“El día a día y la vida están tocados por temas de Derechos Humanos: desde ir a trabajar o estudiar; el acceso a la justicia; tener acceso a salud, alimentación; la violencia, el respeto, la discriminación... entre otros. Vos abris el diario o cualquier medio y tenés los Derechos Humanos sobre la mesa. Está en todas las agendas y supongo que si uno es extranjero puede resultar interesante ver qué piensa un docente uruguayo al respecto. Además, el seminario se dicta en inglés, lo que entiendo lo hace más atractivo para los estudiantes internacionales”, explicó Maruri.

Asiaín, por su parte, fue quien organizó la visita de este año al Palacio Legislativo durante una jornada, con el objetivo de que los alumnos pudieran ver de primera mano las instalaciones del edificio y contextualizar la política uruguaya.

Testimonios de exalumnos

Fiona Haack, estudiante de intercambio de Alemania, comentó que eligió el seminario porque los Derechos Humanos son algo de lo que no se habla lo suficiente y se suelen dar por sentado, por lo que quería instruirse en el tema.

Su visita al Palacio Legislativo fue “una experiencia hermosa. Recorrimos las cámaras y no esperaba que el lugar fuera tan lindo”. “Considero que la clase fue útil al momento de entender políticas globales, principalmente porque había muchos internacionales y pudimos dialogar los puntos de vista de todos”, agregó Haack.

Antonia Gerl es otra estudiante de intercambio de Alemania que cursó el seminario. Decidió tomarlo porque se alinea muy bien con sus estudios *-International Relationships and Management-* y porque los tópicos que proponía el curso le resultaron muy interesantes.

Consultada al respecto, sus momentos favoritos del seminario fueron la visita al Palacio Legislativo y todos los debates y participaciones orales en clase. “Éramos siete países, más Uruguay, representados por algún miembro del seminario. Aprendimos no solo de políticas uruguayas, sino que, a nivel global, algo de cada país”, explicó Gerl.

Conclusiones de Asiaín

La docente a cargo concluyó que este espacio es sumamente enriquecedor por dos aspectos principales.

El primero se debe a la idiosincrasia del extranjero. “Considero que el uruguayo tiene formas de atacar los problemas que, para nosotros, son muy tradicionalistas. Sin embargo, creo que el que viene de afuera, principalmente de Europa, tiende a ‘salirse del molde’. Esto nos ayuda a retroalimentarnos y aprender del otro de forma constante”, reflexionó.

El segundo tiene que ver con la alineación de los valores de la UM como institución y este espacio: ambos buscan generar un impacto positivo en el mundo a través de la educación y divulgación del conocimiento, además de ponderarse un sentido de la moralidad que impulsa el diálogo abierto entre distintas perspectivas.

19/07/2024

Consultorio Jurídico: una forma de ayudar familias y formar profesionales de primera línea

Estudiantes de quinto año de la Facultad de Derecho van al Centro CADI en Los Rosales para atender de forma jurídica a personas de bajos recursos

La misión de la UM consiste en promover una cultura de trabajo y de servicio en la persona, la familia y la sociedad. Esta búsqueda se puede ver reflejada en distintas unidades académicas, como lo son las Pasantías Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, o, en este caso, las materias Consultorio Jurídico I y II de la Facultad de Derecho -FDER-.

Su dinámica es totalmente práctica, no se enseña contenido teórico. Lo que buscan las docentes Claudia Pintos y Belén Robles es poner en práctica las herramientas que los alumnos han desarrollado a lo largo de la carrera, y es por esta razón que se dicta en los últimos dos semestres de la misma.



¿Qué es el CADI?

“El CADI es una institución civil sin fines de lucro fundada en 1965 cuyo objetivo es patrocinar, organizar, fomentar y promover toda clase de actividades culturales, deportivas, artísticas que contribuyan a la formación espiritual, humana, profesional, social y cívica de la infancia, la juventud y la población adulta.

El espíritu que anima la actividad del CADI está inspirado en las enseñanzas y ejemplo de San Josemaría Escrivá, fundador del Opus Dei, una institución de la Iglesia Católica que promueve entre los cristianos el empeño por buscar la santificación en medio del mundo, a través del ejercicio del trabajo cotidiano y del cumplimiento de los propios deberes personales, familiares y sociales”, comentan en su página web.

Acceso a servicios jurídicos para personas carenciadas

El objetivo de las materias Consultorio Jurídico I y II es que personas de bajos recursos que no dispongan de los medios para costear servicios jurídicos privados puedan acceder a ellos a través del CADI, donde los estudiantes en conjunto con las profesoras, entiendan su caso y lo tramiten. Al amparo de la ley 18.078 se exoneran timbres judiciales y profesionales siempre y cuando quien tramite el juicio sea un consultorio jurídico gratuito que atienda poblaciones carenciadas.

Al presentarse los consultantes, se les entrevista para recopilar sus datos y conocer los hechos que los llevaron allí. Luego, a cada estudiante se le asigna un caso para que presente la demanda, redacte escritos, siga el expediente, mantenga contacto con los consultantes y asista a audiencias con la supervisión de las profesoras.

“Pude visitar un juzgado, recopilar pruebas y hasta efectuar mis primeros escritos reales de demanda”

Nahuel Zoghbi eligió la UM en 2020 luego de haber participado en la competencia “Abogado y Escribano por un día”, donde su equipo quedó semifinalista. Desde ese punto, quedó “fascinado por la cultura de las personas que trabajaban en la universidad, la calidez humana, los ideales de perseguir la excelencia en todo lo que uno hace y, sobre todo, la idea de servir a otro, de aportarle valor a la vida de otra persona”.

En la actualidad se encuentra en su último año de Derecho, cursa las carreras de Abogacía y Notariado/Escribanía y ha logrado balancear ambas al mantener una alta escolaridad para conservar su beca. Además, participó en el programa “Líder entre Líderes” de la UM, donde desarrolló habilidades blandas y dio un discurso ante representantes de empresas, lo que aumentó su confianza y seguridad en sus capacidades.

El semestre pasado cursó Consultorio Jurídico I, y hasta el momento ha seguido tres casos de pensión alimenticia. “En lo personal fue muy beneficiosa la materia ya que, como no me inicié aún en el mercado laboral, pude conocer de primera mano lo que es acudir a un juzgado, realizar consultas a los funcionarios que trabajan allí; pude ver un expediente real, efectuar mis primeros escritos reales de demanda, recopilar pruebas, entre otros”, comentó Zoghbi.

“En Consultorio se atienden casos de familia. El más común es que una madre acuda al CADI, con el objetivo de que le tramitemos una demanda de pensión alimenticia para que el padre de su hijo cumpla con sus deberes como progenitor, reteniéndole de sus haberes salariales un porcentaje de sus ingresos líquidos. Cada estudiante debe elaborar una ‘ficha de seguimiento’ de cada uno de los casos, donde se detalla cada aspecto que el estudiante ha ido realizando dentro de ese caso correspondiente” agregó.

Para garantizar el correcto servicio jurídico, a fines de diciembre comienza una feria judicial que finaliza los primeros días de marzo. Durante el transcurso de la misma los organismos judiciales detienen su actividad: los expedientes, salvo casos de violencia de género, no se mueven. Sin embargo, una vez que concluya el evento y una nueva generación llegue a Consultorio Jurídico, estos retomarán todos los casos inconclusos.

Ir a más

Consultado al respecto, Zoghbi explicó: “Tengo una perspectiva más práctica de la carrera y sé realmente qué tareas debe realizar un abogado en su día a día”. “El estudiante ve cómo los conocimientos son bajados a la realidad fáctica, además de que adquiere conocimientos de la jerga diaria del profesional. (...) A su vez, el estudiante desarrolla un cierto tipo de ‘inteligencia práctica’ para lidiar con los casos y sale de su zona de confort. Todo lo anterior ayuda a crecer como ser humano y a mejorar y perfilarse como un profesional que pueda desenvolverse en el mundo, que es lo que se espera de uno una vez recibido”, concluyó.



La Facultad de Derecho celebró las Terceras Jornadas de M&A – Fusiones y Adquisiciones de Empresas

La tercera edición de las Jornadas de M&A se celebró el 13 y 14 de agosto pasado en la sede de nuestra Facultad de Derecho. Asistieron más de 130 profesionales y contó con la participación de destacados expertos con amplia experiencia en el mercado de compraventa de empresas



Bajo la coordinación de los profesores del Posgrado en Asesoramiento Corporativo de la UM, Luis Lapique, Guzmán Rodríguez y Miguel Casanova, este año las Jornadas estuvieron divididas en cuatro paneles sobre cuestiones de máxima actualidad en los procesos de M&A.

El primer día comenzó con el módulo sobre la Enajenación de Establecimiento Comercial como mecanismo de venta de empresas, sus principales problemas y una innovadora propuesta de reforma normativa dirigida a hacer más eficiente y seguro el instrumento. Estuvo a cargo de los profesores Casanova y Lapique. Sobre la propuesta de reforma normativa, señaló el Prof. Lapique: *“En la actualidad hacemos negocios con una ley que tiene 120 años, cuando aún circulaban carretas. Yo lo que propongo es hacer una reformulación de la ley 2.904, que genera problemas cuando hacemos una venta de establecimiento comercial, porque si no se hace una publicación de venta, el comprador pasa a ser responsable por las deudas anteriores y futuras del vendedor”*.

Por su parte, en el segundo módulo del día se analizaron aspectos prácticos vinculados a la aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia en las operaciones de M&A. Se produjo un diálogo muy interesante entre los profesionales invitados para exponer, Jonathan Clovin, Alejandro Alterwain y Juan Manuel Mercant, quienes compartieron con los asistentes sus experiencias en varias operaciones en las que la normativa sobre concentraciones resultó aplicable. Los expositores coincidieron en que el regulador estatal está haciendo importantes esfuerzos para avanzar en la aplicación de la nueva normativa y que sería deseable que se otorguen mayores recursos para cumplir adecuadamente con sus cometidos.

En el segundo día de las Jornadas se trató, en primer lugar, las cláusulas de indemnidad en los contratos de compraventa de acciones. Expusieron Geraldine Ifran y Guzmán

Rodríguez, quienes generaron un rico contrapunto sobre buenas prácticas y experiencias en la definición del contenido de esta cláusula tan relevante para los empresarios que venden o compran empresas en Uruguay. Finalmente, las Jornadas culminaron con un panel sobre los procesos de M&A de empresas del sector tecnológico, cada vez más frecuentes en nuestro país y que presentan desafíos específicos, según describieron los participantes invitados, Martín Bueno, Priscilla Pelusso y Pablo Rosselli.

El objetivo de las Jornadas de M&A, explicaron los profesores coordinadores del evento, es constituirse en un espacio en el que los profesionales del sector puedan dialogar e intercambiar experiencias prácticas exitosas en procesos de compraventa de empresas y, en definitiva, colaborar para que estas operaciones sean más eficientes y lleguen a buen puerto. La favorable recepción de los profesionales participantes y el amplio número de asistentes, que viene repitiéndose año a año, dan cuenta del exitoso resultado.

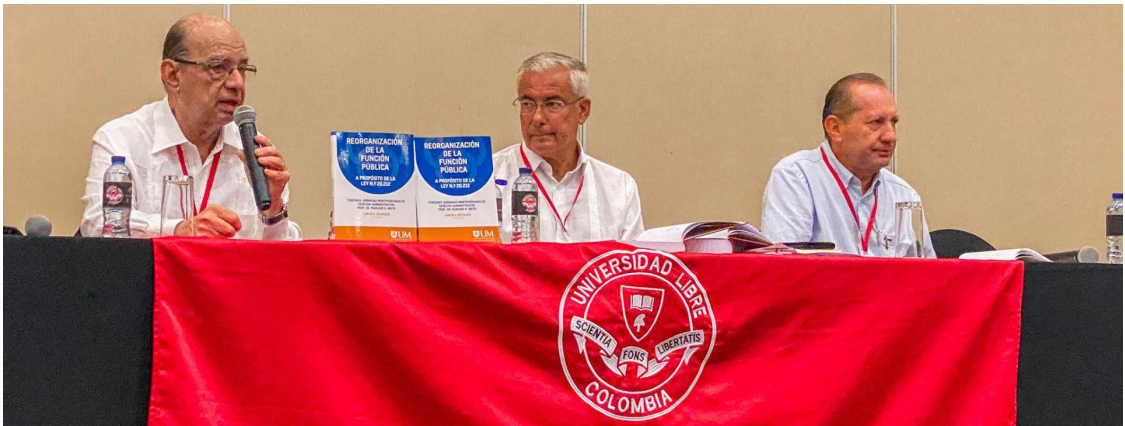




03/10/2024

Docentes de FDER participaron en Foro internacional en Colombia

La XXIII edición del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo se celebró en Colombia y reunió a 300 profesores provenientes de 22 países



El FIDA se llevó a cabo el 23 y 24 de setiembre, y reunió a 300 profesores de la especialidad provenientes de 22 países. De los docentes de la UM, participó el Prof. Carlos Delpiazzo, secretario general de dicha organización también integrada por Felipe Rotondo, Cristina Vázquez y Natalia Veloso.

Una vez concluido el evento, sus integrantes asistieron a dos congresos realizados en Cartagena de Indias desde el 25 al 27 de setiembre. El primero trató sobre los desafíos del Derecho contencioso administrativo y la buena administración, y estuvo organizado por la Universidad Libre de Colombia. El segundo trató sobre el poder de la meritocracia, y estuvo organizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia, tras cumplir 20 años de labor.

Una obra editada y concebida en la UM

En ambos eventos se expuso acerca de la reorganización de la función pública en Uruguay y Delpiazzo presentó el primer libro, que la aborda de manera científica desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Dicha obra, editada por la UM, corresponde

a la realización de las terceras Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo, Profesor Dr. Mariano R. Brito.

El docente pudo entregar varios ejemplares a las autoridades de la Universidad Libre, a la presidenta de la Comisión Nacional de Servicio Civil de Colombia, al presidente del FIDA, el Prof. Jaime Rodríguez Arana Muñoz, y a otros participantes de diversos países.

10/10/2024

La Facultad de Derecho celebró los 25 años de su carrera Abogacía y homenajeó al Dr. Nicolás Etcheverry

El 8 de octubre la Facultad de Derecho de la UM celebró los 25 años de su carrera de Abogacía en el Hotel Cottage de Carrasco, con una fiesta en la que destacó especialmente el homenaje realizado al Dr. Nicolás Etcheverry, exdecano de la Facultad durante 18 años



La celebración convocó a *alumni* de todas las generaciones de la facultad, docentes y personal de la institución. El decano de la Facultad, Miguel Casanova, ofreció un discurso de bienvenida agradeciendo especialmente a los profesores fundadores por su magnanimidad, a los egresados de la primera generación por confiar en un proyecto que recién daba sus primeros pasos y a todos los profesores que a lo largo de estos 25 años dieron lo mejor de sí en cada una de sus clases. A través de la proyección de un video, se destacaron hitos de la facultad a lo largo de estos años. Entre ellos, el éxito profesional de sus *alumni* a nivel local e internacional, el prestigio de sus publicaciones, la participación de la facultad en importantes escenarios académicos internacionales, congresos y competencias, el compromiso con la sociedad, el trabajo pro bono y el desarrollo de sus programas de maestría y postgrados.

Se aprovechó la ocasión para realizar un cálido y emotivo homenaje al Dr. Nicolás Etcheverry, quien lideró durante dieciocho años la facultad. El rector de la Universidad, Enrique Etchevarren, le entregó una placa en señal de reconocimiento y agradecimiento por su trayectoria y aporte al desarrollo de la facultad.

Integrantes de más de 20 generaciones de *alumni* de la Facultad de Derecho estuvieron presentes en la celebración. Fue una ocasión de emotivos reencuentros también con

profesores a quienes se les agradeció especialmente su compromiso y dedicación a la formación de tantas generaciones de abogados que hoy destacan en diversos ámbitos profesionales y académicos.

Los invitados recibieron un regalo institucional, como recuerdo de este hito histórico de la facultad.





11/10/2024

La Facultad de Derecho celebró una nueva edición del Challenge - Abogado por un día 2024

El sábado 5 de octubre, en el edificio de Ponce de la UM, tuvieron lugar las rondas orales de argumentación, fase final de la competencia. Participaron más de 150 estudiantes preuniversitarios y representaron a más de 45 liceos de todo el país

190



Este año el *challenge* se destacó por un caso jurídico complejo, que combinó aspectos de derecho civil y derecho penal. Los participantes estuvieron a la altura con intervenciones de muy alto nivel.

Los equipos cumplieron con la etapa escrita de la competencia, en la que presentaron informes ante un juez civil y ante un fiscal y asumieron el rol que a cada equipo le había sido asignado para representar.

Durante las rondas orales de la mañana del sábado, formaron parte del panel de jueces varios profesores de la Facultad de Derecho (FDER) y egresados de destacada trayectoria a nivel profesional, muchos de los cuales participaron en las primeras ediciones de la competencia que ya lleva más de 20 años.

En la tarde, los cuatro equipos finalistas expusieron sus alegatos ante un tribunal conformado por el Prof. Nicolás Etcheverry (anterior decano de la FDER), la profesora y jueza Ana María Guzmán y el profesor de Derecho Penal, Santiago Peluffo.

Los equipos premiados

- 1er puesto – Equipo 762 – Instituto Juan XXIII
- 2do puesto – Equipo 2309 – Colegio y Liceo Sagrada Familia (SAFA)
- 3er puesto – Equipo 902 – Colegio Stella Maris
- 4to puesto – Equipo 8591 – The British School



El primer Círculo de Diálogo del Plan Ve se llevó a cabo: un proyecto de la UM que busca reducir la reincidencia de las mujeres privadas de libertad

El martes primero de octubre se realizó el Primer Círculo de Diálogo del Plan Ve en la unidad N°5 de mujeres y participaron autoridades del Ministerio del Interior, más de 20 empresarios, 25 mujeres privadas de libertad y estudiantes de la UM



192

El ministro del Interior, Nicolás Martinelli, el ministro de Desarrollo Social, Alejandro Sciarra; autoridades del Instituto Nacional de Rehabilitación y de la Dirección Nacional de Apoyo al Liberado participaron del espacio que busca darle voz a las necesidades e inquietudes de las mujeres durante su período de privación de libertad.

María Noel Morales, coordinadora de proyectos de la UM, comentó que: “El Plan Ve siempre apuntó a disminuir la reincidencia de las mujeres privadas de libertad. Las vías que encontramos son formarlas y luego conectarlas con oportunidades laborales. Sin embargo, hay miedo por parte de las empresas en el tema, principalmente por el desconocimiento”.

“Es por esta razón que el Primer Círculo de Diálogo buscó darles voz a las mujeres privadas de libertad para que cuenten su propia historia, los problemas y su situación una vez que salen en libertad y no consiguen trabajo” agregó.

La contribución de la Universidad

La UM desarrolla el Plan Ve desde 2019, cuando la Facultad de Ingeniería festejaba su XXV aniversario y buscaba proyectos de innovación social. Durante estos seis años de experiencia, Initium ha trabajado de forma directa con el proyecto.

La principal colaboración es de parte de docentes y universitarios que se interesan en el proyecto. “La colaboración nace de un interés por contribuir a una causa social. No están obligados por la Universidad a participar, pero quienes le ven valor al tema son invitados y luego los convoco para que puedan contribuir con la causa” explicó Morales.

Las convocatorias varían con respecto a las necesidades específicas del proyecto. Estudiantes vinculados a Initium tenían mayor presencia en su momento, pero en la actualidad la Facultad de Derecho es una fuente importante de alumnos para Plan Ve.

Consultada al respecto de cómo influyen los valores de la UM en Plan Ve y su visión a futuro, Morales dijo lo siguiente: “Cada vez que participan alumnos, no importa su orientación, el proyecto les abre la cabeza desde la perspectiva social. Logra que desde su área de aprendizaje vean qué podrían llegar a hacer en el futuro para combatir esta problemática... Viéndolo a futuro, nos gustaría que cada facultad identificara en qué áreas pueden colaborar para disminuir esta problemática”.



22/10/2024

193

Se celebraron las Jornadas de Derecho y Tecnología de este año

Más de una decena de expertos nacionales e internacionales presentaron sobre inteligencia artificial, la evidencia digital, la ciberseguridad y los pagos electrónicos, entre otros temas



El martes 15 de octubre, a las 18:00, el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Casanova, dio apertura a las Jornadas que se realizaron en el edificio de Ponce. Se trató de un evento coordinado por el área de LegalTech de la UM, que reunió a expertos de manera presencial y virtual. El primer panel comenzó con una explicación de los

conceptos más esenciales sobre la inteligencia artificial, por parte de la Magíster Agustina Pérez Comenale. Hebert Paguas, director general de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), explicó cuál es la situación de Uruguay y la del resto de países frente a la regulación legal de esta temática.

Finalmente, el Lic. Jorge Negrete, Chairman de Digital Policy & Law Group, presentó sobre el contexto internacional y como “cruje” el Derecho tradicional ante los nuevos desafíos, y la Dra. Mercedes Aramendía concluyó el primer bloque de las Jornadas al presentar diversas herramientas de LegalTech para los abogados, haciendo énfasis en la inteligencia artificial y la importancia de universalizar el conocimiento en la materia, marcando que habrá una gran diferencia en competitividad y eficiencia entre aquellos profesionales que usen las nuevas herramientas versus quiénes no las utilicen.

Tras un corte, el panel de “Evidencia digital”, compuesto por el Lic. Santiago Pereira, la Dra. Virginia Barreiro, el Dr. Pedro Montano y la Dra. Flavia Baldán, detalló las diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales ante temas de actualidad, se hizo énfasis en el derecho procesal, en el derecho penal, y la necesidad de atender la protección de los datos personales y la intimidad que están en el centro del debate.

“Hace poco tiempo eran inimaginables”

El jueves 17 de octubre se llevaron a cabo las últimas dos sesiones. En la primera, el Magíster Jorge Barrera introdujo el tópico de la ciberseguridad, expresó que supuso un cambio vertiginoso en el sistema legal en los últimos años que hace necesario formarse en “aspectos que poco tiempo antes eran inimaginables”. Asimismo, presentó sobre la nueva ley de ciberdelitos aprobada hace poco tiempo en nuestro país.

A continuación, los ingenieros en sistemas Claudio López, del Ministerio de Defensa, y Mauricio Papaleo, de AGESIC, presentaron sobre casos prácticos que se enfrentan en la defensa de la seguridad de la información y de las diversas organizaciones y cómo se evoluciona rápidamente en las formas. Para finalizar, la Dra. Jimena Hernández presentó sobre el Convenio de Budapest y qué medidas se toman desde Uruguay para adherirse.

Como cierre se habló sobre los pagos electrónicos, dados los grandes avances prácticos y cambios regulatorios que han ocurrido en el último tiempo, lo que ha multiplicado el uso de estas herramientas en el mercado por su demanda. La Dra. Mariela Ruanova, junto a la Dra. María Paz Wilson, la Dra. María José Echinope y el abogado Federico Rocca fueron quienes participaron el panel con el que concluyeron las Jornadas de Derecho y Tecnología de este año.





01/11/2024

La Facultad de Derecho organizó una actividad académica junto a UNCITRAL

La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) celebró su quinta edición de las Jornadas en Latinoamérica y el Caribe como foro académico para discutir la transparencia en el arbitraje internacional y la UM fue una de las 28 universidades que organizaron una actividad en conjunto



FACULTAD DE DERECHO

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW

UNCITRAL LAC DAY

TRANSPARENCIA@10

Desafíos, fortalezas y amenazas de la transparencia en los arbitrajes entre Inversionistas y Estados



El miércoles 30 de octubre se realizó una nueva jornada de UNCITRAL LAC DAY. Se trató de una actividad que permitió explorar desde una nueva perspectiva los desafíos, fortalezas y amenazas de la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados.

La inauguración del evento estuvo a cargo del decano de la Facultad de Derecho, Miguel Casanova, quien destacó la relevancia de este tipo de encuentros para fomentar el debate sobre los principios de transparencia en los procedimientos arbitrales. Luego llegaron las palabras de bienvenida de Anna Joubin-Bret, secretaria de la UNCITRAL. “Quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todos los participantes, a los oradores y a los socios por unirse a nosotros en este esfuerzo transformador. Su compromiso refleja la importancia de nuestros objetivos compartidos”, expresó.

A continuación, Santiago Pereira Campos, director del Máster en Derecho Procesal y Litigación de la UM, expuso una visión amplia sobre el impacto de la transparencia en el derecho procesal.

El panel y sus presentaciones

Alejandro Santi, doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Udelar) y maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, expuso sobre la confidencialidad en el arbitraje y sus posibles restricciones.

Por su parte, Santiago Gatica, abogado de la UM con un magíster en Derecho por la Universidad de Harvard y co-coordinador del Diploma en arbitraje de la UM, profundizó en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y en las enmiendas de 2006; y cómo la transparencia se inserta en el marco de estos instrumentos internacionales.

Yael Ribco Borman, abogada de la UM y LL.M. en Derecho Internacional y Europeo por la Universiteit van Amsterdam, brindó una exposición sobre el Reglamento de la CNUDMI, la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados.

Gabriel Delpiazzo, doctor en Derecho por la Udelar y máster en Derecho administrativo económico por la UM, planteó la tensión entre confidencialidad y transparencia en los arbitrajes donde el Estado es parte, aportando una perspectiva del derecho administrativo uruguayo.

Martín Rosati, Abogado de la UM, LL.M. por la Universidad de Columbia y coordinador ejecutivo del Diploma en arbitraje de la UM, compartió su experiencia sobre las mejores prácticas y gestión de casos en los sistemas de solución de disputas inversor-Estado, y subrayó la importancia de la transparencia en los procedimientos.

La jornada concluyó con una sesión de preguntas y discusión moderada por María Brugnini, abogada de la UM y directora académica de las carreras de grado en la Facultad. Este evento resaltó la importancia de la transparencia en el arbitraje internacional, un aspecto fundamental para promover un comercio justo y equitativo a nivel global.



TESINAS DE MASTERS

VALERIA MARTINEZ HAGOPIAN

¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador?

VALERIA MARTINEZ HAGOPIAN

Investigadora independiente (Uruguay)

valawlor78@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-8770-963X>

Recibido: 28/06/2024 - Aceptado: 21/10/2024

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

Martinez Hagopian, Valeria. (2024). ¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador? *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e464. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.4>

¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador?*

201

Resumen: El análisis del Principio de Tipicidad, pilar del Derecho Administrativo Sancionador, genera como dificultad la determinación del núcleo sancionatorio como uno de sus elementos componentes. En efecto, a nivel normativo se observa tanto la tipificación de la infracción administrativa en la norma legal como en la reglamentaria, esta última como complemento de la infracción o de la sanción o de ambos aspectos. Esto se ve reforzado por el actual contexto en que se inserta del Derecho Administrativo, que originó una hiperinflación reglamentaria que incide directamente en el Derecho Administrativo Sancionador. Este estado de situación me generó la interrogante ¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador?, cuya respuesta exige analizar previamente los siguientes aspectos: ¿la potestad sancionatoria debe estar expresamente consagrada en la norma legal atributiva de competencia o se admite implícitamente comprendida en ella? Si este último aserto es aceptado, ¿admite colaboración reglamentaria?; si la respuesta es afirmativa, ¿hasta dónde llega esa colaboración? ¿puede innovar en la tipificación o limitarse a regular solamente los aspectos que la norma legal habilita? La presente investigación intenta dar respuestas a dichas interrogantes.

Palabras clave: Derecho Administrativo Sancionador; infracción administrativa; principio de tipicidad; colaboración reglamentaria; límites.

Trabajo final de carrera presentado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo. Director: Felipe Rotondo Tornaría. Montevideo, Uruguay, 2023.

Revista de Derecho. Año XXIII (Diciembre 2024), Nº 46, pp. 201-237 - <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.4> | ISSN: 1510-5172 (papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)

Universidad de Montevideo, Uruguay - Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de una licencia de uso y distribución CC BY-NC 4.0.

Para ver una copia de esta licencia visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Which are the limits of the regulation of the law that states the legal classification of the regulatory infringement in Sanctioning Administrative Law?

Abstract: The analysis of the principle whereby a criminal conduct must be clearly defined by the law (“Tipicidad” principle), core to the law on Administrative Sanctions, gives rise to the difficulty of establishing one of its component elements, i.e. the sanctioning core. Indeed, this legal classification of the administrative infringement appears in both, the law itself and regulations, and in the latter, it serves as a supplement to the administrative infringement, the administrative sanction or to both. This is reinforced with the current context in which Administrative Law is immersed, which led to a substantial rise in regulations that directly impinges on this field of the law. This state of affairs originated the following question: Which are the limits of the regulation of the law that provides the legal classification of infringing conduct in the context of the law on Administrative Sanctions? The answer to this question requires the previous analysis of the following aspects: Should the sanctioning power be expressly stated in the legal rule or can it be deemed implied? If the latter assertion is accepted, does it admit supplementary regulation? If so, to what extent should that supplement be? May the supplementary regulation innovate regarding the legal classification or is it limited to regulating such aspects that the legal rule allows? This research aims to provide answers to these questions.

Keywords: law on Administrative Sanctions; administrative infringement; “Tipicidad” principle; supplementary regulation; limits.

202

Quais são os limites da regulamentação da norma jurídica que tipifica o ilícito administrativo no Direito Administrativo Sancionador?

Resumo: A análise do Princípio da Tipicidade, pilar do Direito Administrativo Sancionador, gera como dificuldade a determinação do núcleo sancionador como um de seus elementos componentes. De fato, no plano normativo, observa-se tanto a classificação do ilícito administrativo na norma legal quanto na norma regulamentar, esta última como complemento do ilícito ou da sanção ou de ambos os aspectos. Isso é reforçado pelo contexto atual do Direito Administrativo, que deu origem a uma hiperinflação normativa que tem impacto direto no Direito Administrativo Sancionador. Esse estado de coisas suscita a seguinte questão: quais são os limites da regulamentação da norma jurídica que tipifica o ilícito administrativo no Direito Administrativo Sancionador? A resposta a essa questão exige a análise prévia dos seguintes aspectos: o poder sancionador deve estar expressamente consagrado na norma jurídica que lhe confere competência ou está implicitamente incluído nela? Se aceita esta última assertiva, permite a colaboração regulatória; se a resposta for afirmativa, até onde vai essa colaboração; pode inovar na tipificação ou limitar-se a regular apenas os aspectos que a norma legal autoriza? A presente pesquisa procura dar respostas a essas questões.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador; ilícito administrativo; Princípio da Tipicidade; colaboração regulatória; limites.

Precisión preliminar

La potestad sancionatoria de la Administración admite un doble ámbito de aplicación, a saber: a) a nivel interno, denominada “potestad disciplinaria”, que es aquella ejercida por la Administración para sancionar la comisión de faltas administrativas por sus funcionarios dependientes, la que es regulada por el Derecho Administrativo Disciplinario; b) a nivel externo, dicha potestad, al decir de la Profesora Graciela Ruocco (2019, 12), es ejercida para sancionar, en sede administrativa, el incumplimiento, por particulares, de obligaciones administrativas establecidas para un determinado sector de actividad, la que es regulada por el Derecho Administrativo Sancionador ⁽¹⁾. Es pues esta última acepción a la que refiere el objeto de la presente investigación.

1) Introduucción

El análisis del Principio de Tipicidad, pilar del Derecho Administrativo Sancionador, genera como dificultad la determinación del núcleo sancionatorio como uno de sus elementos componentes. En efecto, a nivel normativo se observa tanto la tipificación de la infracción administrativa en la norma legal como en la reglamentaria, esta última como complemento de la infracción o de la sanción o de ambos aspectos. Esto se ve reforzado por el actual contexto en que se inserta del Derecho Administrativo, que originó una hiperinflación reglamentaria que incide directamente en el Derecho Administrativo Sancionador. Este estado de situación me generó la interrogante ¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador?, cuya respuesta exige analizar previamente los siguientes aspectos, ¿La potestad sancionatoria debe estar expresamente consagrada en la norma legal atributiva de competencia o se admite implícitamente comprendida en ella?; si este último aserto es aceptado, ¿admite colaboración reglamentaria?; si la respuesta es afirmativa, ¿hasta dónde llega esa colaboración? ¿puede innovar en la tipificación o limitarse a regular solamente los aspectos que la norma legal habilita?

La doctrina relevante sobre el tema no aborda en forma concreta la pregunta de investigación formulada, limitándose en algunos casos a mencionarla como un aspecto marginal dentro del análisis de la aplicación del Principio de Tipicidad -importado del Derecho Penal- al Derecho Administrativo, o dentro del alcance de la potestad reglamentaria; en otros, se omite mencionarla, y por último, otros autores que analizan

1 Independientemente de su carácter externo (por estar dirigido a los particulares), la finalidad perseguida por el Derecho Administrativo Sancionador es la regulación y mantenimiento de un orden interno específico, de la propia Administración. Es elocuente al respecto la distinción entre la policía general y las policías especiales efectuada por Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez (1992), quienes señalan que la policía general o policía de seguridad tiene por finalidad proteger el orden público, tutela el orden social y el funcionamiento de los servicios públicos, la supremacía general de la Administración. No obstante, agregan que la policía también puede recaer sobre una materia determinada, referida a un ordenamiento sectorial, de ámbito concreto, como podría ser una actividad, que se circunscribe a materias específicas, los llamados sectores urbanístico, agrario, etc., y que no refiere a las actividades normales de los ciudadanos, sino a ciertas actividades determinadas y a ciertos actos concretos; es una policía sectorial que recae sobre administrados determinados, y en que la Administración aplica potestades sectoriales, que son intermedias entre la supremacía general y la especial. Sostienen, en definitiva, que la Administración aplica sanciones administrativas internas, con la finalidad inmediata de proteger el orden administrativo por medio de un sistema de sanciones. A diferencia de la potestad sancionadora general de la Administración, que persigue la protección del orden social colectivo, haciéndola aplicable a todos los administrados en abstracto, la potestad doméstica funciona dentro de una relación individualizada y sólo proyecta sus efectos sobre el particular que entró en esa relación concreta (81-82).

el alcance de aquel Principio, como Nieto, describe las diferentes técnicas de colaboración reglamentaria con sus ventajas y desventajas, pero sin especificar una solución concreta. Por ende, las escasas posturas existentes al respecto y la insuficiencia de las respuestas que abordan la temática, justifican el planteo de la pregunta que se pretende responder en este trabajo; cuya relevancia práctica se concreta en la delimitación del alcance de la potestad de la Administración de regular los ilícitos administrativos.

La formulación de la pregunta me generó como hipótesis inicial de respuesta la efectiva potestad de la Administración de regular los ilícitos administrativos, en virtud del interés general que la misma persigue en cumplimiento de los cometidos a su cargo. La cual confirmé una vez culminado el trabajo de investigación, por esa y por otras razones adicionales, que incluso me habilitaron a adoptar posición en cuanto a la elección de los conceptos jurídicos indeterminados como la técnica legislativa que considero delimita adecuadamente aquella actuación.

En la medida que en anterior oportunidad, cuando cursaba la materia Derecho Administrativo Sancionador de la Maestría en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo, escribí el trabajo monográfico denominado “Determinación del Núcleo Sancionatorio en el Principio de Tipicidad”, y las respuestas a las interrogantes planteadas fueron allí analizadas, el presente trabajo viene a resultar una continuidad y, a la vez, un desarrollo por lo que, para introducir al lector en la temática, en la primera parte y en algunos puntos se reproducirá lo expresado en aquella oportunidad (Capítulos 2 y 3), con algún agregado y actualización jurisprudencial que consolida la misma (Capítulo 4), en tanto se mantiene la posición antes asumida.

La estructura de este trabajo se divide en cuatro capítulos, ubicando en el Capítulo 2 el posicionamiento desde el que se aborda la temática, con una somera descripción del contexto actual del Derecho Administrativo y especialmente del Derecho Administrativo Sancionador que lo permea. En el Capítulo 3 se responde a la respuesta inicial de investigación, a través del análisis previo del estado de situación acerca de la naturaleza jurídica del delito penal y la infracción administrativa (Subcapítulo 3.1), la definición y determinación del alcance del Principio de Tipicidad (Subcapítulo 3.2), y la aplicación concreta de dicho Principio en el Derecho Administrativo Sancionador (Subcapítulo 3.3), a la que se arriba mediante la contestación de las subpreguntas efectuadas inicialmente (subcapítulos 3.3.1, 3.3.2 y 3.3.3 respectivamente). Por último, en el Capítulo 4, se efectúa una breve reseña jurisprudencial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que complementa el análisis doctrinario, y confirma la conclusión arribada en relación a la admisión de la colaboración reglamentaria con los límites analizados en el Capítulo 3; los que se plasman a modo de conclusión en el Capítulo 5.

Por último, no quisiera concluir esta Introducción sin expresar mi más profundo agradecimiento a Dios, por trazar las circunstancias temporo-espaciales y las condiciones espirituales adecuadas y necesarias para transitar este recorrido.

A mis abuelos paternos y maternos y a mis padres, por inculcarme, entre otros, los valores de honestidad y rectitud que permanentemente guían mi actuación.

Al Coordinador Académico de Maestrías y Postgrados de Derecho de la Universidad de Montevideo, Dr. Marcelo Sheppard, por el impulso y la motivación de aquella

entrevista inicial que mantuvimos previo a optar por inscribirme a la misma, y por su constante apoyo durante todo el cursado.

A todos y cada uno de los Profesores que me motivaron a estudiar, en un ámbito educacional de excelencia, ameno, cordial y respetuoso.

A todas las compañeras de Biblioteca, a las compañeras de Bedelía, a los compañeros de la Librería, y a todo el personal de la Universidad de Montevideo, por su bienvenida, calidez, y constante apoyo, que me permitieron considerar a esta casa de estudios, mi segunda casa.

Y muy especialmente al Profesor Doctor Felipe Rotondo Tornaría, a quien tuve el inmenso placer de tener como docente en grado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, y en tres materias de la Maestría en Derecho Administrativo Económico, por quien siento un gran afecto y a quien respeto y admiro profundamente, por su gran calidad humana, su constante apoyo, su sencillez, su solidaridad en compartir su vasto conocimiento del Derecho Administrativo, y su muy responsable y exigente tutoría, que me dejó un gran aprendizaje en este arduo pero muy satisfactorio itinerario.

2) Marco y puntos de partida

2.1) Punto de partida: ubicación del derecho administrativo en el contexto actual

Conforme expresa el Profesor Juvenal Javier, a lo largo de los últimos años, la concepción del Estado fue cambiando, de Estado “Juez y Gendarme”, propio del siglo XIX, con una intervención residual en la economía, a un Estado de Bienestar, a principios del siglo XX, en el que dicha intervención fue incrementándose, y los Estados nacionales fueron asumiendo nuevos cometidos para equilibrar las fuerzas económicas del mercado, y lograr así relaciones sociales más equitativas. Después de la segunda guerra mundial irrumpe el Estado Social de Derecho como “garante de la economía social del mercado”. Progresivamente, se produce un proceso de “desestatización” de funciones que da surgimiento al Estado regulador, el que únicamente interviene para ordenar la economía, sin poner trabas al libre accionar de los operadores del mercado, regulándolo mínimamente (Javier, 2016, 39-43).

Es así que el Principio de Subsidiariedad se erige en un pilar fundamental del régimen jurídico político, y determina que la intervención del Estado debe reducirse a lo mínimo posible, dejando librado a la iniciativa privada todas aquellas actividades que los particulares pueden cumplir en forma acabada. Lo cual implica el fomento del interés particular de cada persona, haciéndolos partícipes y responsables de su propio progreso -como señala el Profesor Aníbal Cagnoni- ya que promoviendo el interés individual se alcanza el bien común, en que la sociedad toda está interesada. No se trata de una competencia sino de una convergencia de intereses mediante la cooperación entre los privados y el Estado destinados hacia el bien común -V. Subcapítulo 2.2 infra-. Ahora bien, cuando ese interés particular colide con el interés general, porque la iniciativa privada está ausente, es insuficiente, o perjudicial para el interés general, el Estado

debe intervenir, en modalidad de sustitución, o de integración, pero no de un modo paternalista o marginante, dado que la intervención estatal no debe eliminar ni absorber la iniciativa privada (Cagnoni, 1989, 31-61). Corolario de este proceso es la transformación de una Administración basada en privilegios y prerrogativas, considerando al Derecho Administrativo como un “derecho de la Administración y para la Administración” a una Administración de naturaleza servicial, esto es,

a un Derecho de y para la gente (...) incluyendo a todos y cada uno de los seres humanos concretos con pleno respeto de su integral dimensión.

Por eso y por la amplitud del objeto que tiene actualmente el Derecho Administrativo fue que algunos autores sostuvieron que hoy en día, más que un Derecho de la Administración Pública, es un Derecho de toda la sociedad (Durán Martínez, 2021, p. 8).

De esta manera el punto de partida del presente análisis se concreta en la perspectiva de una Administración con sometimiento total y absoluto al principio de Juridicidad entendido como la sujeción de aquella a la regla de derecho en sentido amplio, comprensiva de los Principios Generales de Derecho, según preceptúa el literal a) del artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.524 de 9-I-1984, destacándose los de Razonabilidad, y de Buena Fe, como enseña el Profesor Carlos Delpiazzo (Delpiazzo, 2022, p. 292-299) ⁽²⁾.

2.2) Ubicación del derecho administrativo sancionador en el contexto actual.

La transformación reseñada, que posiciona a la Administración al servicio de los administrados, se vio acompañada -en las últimas décadas particularmente- con el surgimiento de una nueva forma de gobernar, denominada “gobernanza”, entendida como un “...gobierno abierto...” que “(...) se confirma con la existencia de varios aparatos administrativos autónomos paralelos al gobierno que crea una complejidad en la gestión pública (una fragmentación coordinada con poderes normativos descentralizados) (...)” (Matute González, 2021, 38). En este nuevo contexto, la Administración se presenta como un actor más en el complejo entramado de relaciones a nivel jurídico, político, y socio-económico, entre entidades de diferente naturaleza, vale decir, tanto pública como privada, cuyo aspecto clave es la “cooperación”. Esto es, el Estado actuando en conjunto con dichas entidades -cooperando- para maximizar el cumplimiento del fin de interés público que tiene a su cargo. Ello trajo aparejado una expansión de los cometidos estatales a nivel sectorial y la existencia de

(...) normas legislativas que asignan competencia a distintos órganos estatales para ejercer la potestad sancionatoria en distintas materias (...) con un objeto variado, como ser (...) salubridad, protección ambiental, seguridad, defensa de la competencia, defensa del consumidor, control del sistema financiero, etc., resaltándose que (...) el listado de ámbitos sectoriales en los cuales el Estado tiene potestad sancionatoria y aplica sanciones administrativas (sic), es enorme y va en continua expansión (...) (Saettone Montero, 2019, p. 170).

2 En el mismo sentido, el Profesor Anibal Cagnoni (1995) expresa que el legislador debe someterse a la Constitución, el Juez a la Constitución y a la Ley, y que, el actuar de la Administración, por el Principio Kelseniano de la generación por grados del Derecho, tiene un triple límite, a saber: a) la Constitución, b) la ley y c) los actos-reglas (reglamentos o decretos) que la propia Administración dicte (74).

Se trata del fenómeno que Cristian Román Cordero (2009) ha denominado “elefantiasis de las potestades sancionadoras de la Administración” (p. 90), que se caracteriza, por la conformación de una nueva sociedad en que distintos actores crean, con su acción u omisión, relevantes riesgos, en los ámbitos especializados en que se desenvuelven, poseyendo verdaderos poderes, y que el Estado tiene el deber jurídico de actuar para evitar que tales riesgos afecten a terceros, normando esos sectores y sancionando la infracción de tal normativa, teniendo en cuenta que por su marcada especialización no podrían ser sancionados por los Tribunales ordinarios de justicia (pp. 91-92). Es en dicho marco en que se ha acentuado el rol regulador de la Administración, que “(...) implica un seguimiento continuo de una actividad de interés público, mediante la utilización de poderes jurídicos de cualquier signo” (Laborde Goñi, 2019, p. 106).

Por ende, debe considerarse que la potestad sancionatoria de la Administración se enmarca en un complejo contexto de crecimiento exponencial de los cometidos a su cargo, dividiéndose las materias por sectores de actividad, producto de la gobernanza, entendida como una nueva forma de gobierno -acentuada en los últimos tiempos- en que el rol regulador de la Administración ha alcanzado un lugar privilegiado en los cometidos del Estado. La consideración de dicho contexto permeará en la determinación del alcance del Principio de Tipicidad y su aplicación en la materia que nos ocupa.

3) Límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el derecho administrativo sancionador.

207

Luego de enmarcar la potestad sancionatoria de la Administración en el actual contexto jurídico, normativo, social y político, y a efectos de brindar una respuesta a la pregunta central que da mérito al presente trabajo, corresponde adentrarse en el análisis de las tres interrogantes formuladas en la Introducción.

Cabe precisar, que el punto de partida de dicho trazado va estar determinado por la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la infracción administrativa, esto es, si la misma es ontológicamente idéntica al delito penal por lo cual procedería la traspolación (estricta) del Principio de Tipicidad al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, se requerirá previsión normativa expresa para el ejercicio de la potestad sancionatoria. Empero, si la naturaleza ontológica del delito penal y de la infracción administrativa difieren, se admite la traspolación, y por ende, una aplicación atemperada del mentado Principio en la materia que nos ocupa, admitiéndose el ejercicio implícito de dicha potestad.

3.1) Naturaleza jurídica del delito penal y la infracción administrativa.

Las teorías que propugnan que el delito penal y la infracción administrativa son ontológicamente idénticas (Tesis Unitarias) sostienen que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones de un único jus puniendi del Estado, cuya diferenciación surge de una decisión legislativa. Así Alejandro Nieto (2012) expresa

(...) en la medida que se trata de dos figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas se convierten mañana en delitos (...) (p. 128).

En el mismo sentido, se pronuncian, entre otros, Cassagne (2010), citando a Ricardo Levene,

La imposibilidad de establecer a priori diferencias sustanciales u ontológicas entre delitos y contravenciones conduce a que el problema se resuelva, en definitiva, a través de la política legislativa según “la gravedad e importancia que se le dé en momento y lugar determinado, las razones de necesidad y utilidad práctica y el sentimiento general predominante (p. 69),

Ruocco (2010),

(...) el ius puniendi superior del Estado es uno solo y todos los criterios sustanciales que se han formulado para reconocer a la potestad administrativa sancionatoria fundamento propio, no son suficientes -a nuestro juicio- para trazar una línea diferencial lo suficientemente precisa como para confeccionar una teoría privativa de la infracción administrativa que no tenga causa en la teoría general del delito (...) La tesis del ius puniendi único del Estado ha permitido edificar, sobre el sustrato de los principios punitivos, la teoría de la infracción administrativa (...) (p. 128),

208

y Balbin (2008),

(...) Quizás en este punto convenga recordar que según SOLER, criterio que compartimos, “entre delito y contravención no existe una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa...la crítica importa el olvido de que todo criterio ontológico de distinción no ata necesariamente al legislador, el cual hace la valoración de la acción al prohibirlas, y esa valoración está determinada por condiciones más históricas que teóricas. Lo que en un tiempo aparece como condición primaria de la vida social, se desmonetiza luego, y viceversa, los que parecían antes meros principios de prosperidad se tornan luego una necesidad ...”, y continúa (...) de modo que el delito es aquél que está regulado por el Código Penal o sus leyes complementarias, y las infracciones en otros cuerpos normativos. ¿Por qué? Por decisión del órgano legislativo en el marco constitucional (pp. 806-807).

Por su parte, las teorías que propugnan la inexistencia de una identidad ontológica entre el delito penal y la infracción administrativa (Tesis Diferenciadoras) hallan su fundamento en que el delito penal constituye un hecho ilícito, cuya tachabilidad implica una contradicción con la moral dominante, porque se lesiona o pone en peligro derechos subjetivos jurídicamente protegidos, mientras que el “delito administrativo” constituye un comportamiento contrario a los intereses de la Administración (Goldschmidt) (reseña de Lorenzo, 1996, 23-24). También se ha dicho que el orden tutelado es diverso, dado que las sanciones administrativas constituyen medios destinados a asegurar “un orden jurídico especial, el de la Administración, pero en función del interés colectivo

(aun cuando persiga un fin propio, busca indirectamente el interés de la colectividad” (Aparicio Méndez, s/f, 145); y la Profesora Susana Lorenzo (1996) afirma:

(...) categóricamente la esencial heterogeneidad entre pena (penal) y sanción administrativa. Ello es consecuencia de la radical alteridad ontológica entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo represivo, no solamente sostenible en el plano teórico, sino derivado de las normas positivas que, a nuestro entender, aventan toda duda y abonan nuestro criterio (...) (p. 36),

señalando que las normas no determinan la naturaleza de los distintos ilícitos, sino que reflejan los valores de recibo y aceptación en una sociedad dada, limitándose a consagrarlos. En palabras de la Profesora Lorenzo (1996)

Postulamos que toda norma sancionatoria no contiene sólo un deber ser, como lo quiere la Escuela de Viena, sino un valor, que en tanto producto social es un ser del cual la norma continente representa sólo su expresión epifenoménica y superestructural.

Reconocido el valor ínsito en la norma, puesto que es aceptado por los integrantes de la sociedad, ello puede verificarse objetivamente (...)

Asimismo, y como se desprende de lo que queda dicho, los valores que informan una sociedad y que reflejan sus normas jurídicas, pueden mirarse como entidades de necesaria existencia ligadas a la del hombre viviendo en comunidad. Pero necesidad no es sinónimo de inmutabilidad. El sistema axiológico que (...) constituye una observable objetiva, no es (...) inmutable. Los valores de recibo y aceptación en una sociedad dada, pueden sufrir evolución, revolución o involución, lo cual será reflejado en los ordenamientos jurídicos que pautarán y acompañarán aquellos avatares. A veces no será modificado el valor en sí, sino su significado (...).”, y concluye si bien es la ley “(...) la que determina la ubicación dogmática y sistemática del hecho ilícito”, el legislador no puede “(...) contradecir la naturaleza manifiesta de los distintos ilícitos, sino que su función valorativa se limitará a consagrarla (...) El legislador (...) recepciona, sintoniza los valores sociales y los proyecta en las normas sancionatorias; porque tales normas aplicadas a hipótesis semejantes, violentarían -en vista de los valores concretos- la diversa naturaleza de los hechos que la supone, (pp. 38-41).

En el mismo sentido, Cristian Róman Cordero (2009) quien difiere abiertamente con la postura que caracteriza al Derecho Administrativo Sancionador como manifestación de un mismo y único ius puniendi del Estado, sostiene que nada obsta a que

(...) por muy idénticos que sean desde la perspectiva ontológica dos fenómenos o institutos, estén regidos por regímenes jurídicos distintos. Ahora bien, en cuanto al fundamento relativo a la existencia de un único ius puniendi estatal, de tal ficción -ya que no puede calificársele de otra manera-, posible es concluir precisamente lo contrario, ya que conforme a ese razonamiento podría afirmarse que, al estar ambas ramas del Derecho informadas por los principios del Derecho Público Punitivo del Estado, a falta de precisos principios del Derecho Administrativo Sancionador, a éste debieran aplicársele los principios de aquél y no los del Derecho Penal, como concluyen tales autores, o bien, los de este último, pero, claro está, por “regla general”, es decir, con excepciones y/o con matices, según corresponda. Reiteradamente, he sostenido que el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su “anclaje” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo, con lo

cual he querido poner de relieve la finalidad prioritaria que singulariza a esta rama del Derecho, cual es, la protección del interés público, sin perjuicio de otras secundarias como, por ejemplo, dotar de garantías al perseguido (pp. 93-94)³.

3.2) Principio de tipicidad: determinación de su alcance y definición de núcleo sancionatorio.

El alcance del Principio de Tipicidad no se entiende por sí solo sino vinculado al de Legalidad, en tanto se erige en un componente de este último. En efecto,

(...) la primera manifestación de la legalidad fue el mandato de tipificación en una norma previa. Con la *lex previa* se pretendía lograr una seguridad jurídica ... (que permitía al ciudadano “saber a qué atenerse” en la confianza de que no se le iba a castigar por una conducta que de antemano no estuviere calificada de reprochable (...) (y) se privaba a las autoridades de su potestad de imponer sanciones concretas al margen de la ley (...)

Con el transcurso del tiempo...esta primera conquista empezó a quedarse corta y a ella se acumularon nuevas exigencias. Por un lado se impuso que la *lex previa* fuera también *lex certa* en el sentido de precisa. La precisión normativa fue un paso más en el recorte de facultades a que se estaba sometiendo a las autoridades sancionadoras (...) ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen disponen el intérprete y el operador jurídico. De esta forma se llega al mandato de tipificación: una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma. Las infracciones y sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley. A este contexto se añadió un elemento (...): la exigencia de que esa norma previa y cierta tenga el rango de ley (*lex scripta*) (Nieto, 2012, 162-163).

Por lo mismo, el presente análisis se centrará en el segundo componente, *lex certa* o mandato de tipificación que “(...) consiste en la exigencia -o (...) tendencia a la exigencia- de que los textos normativos describan con suficiente precisión -o, si se quiere, con la mayor precisión posible- las conductas que se amenazan con una sanción así como estas mismas sanciones” (Nieto, 2012, p. 260).

Cabe precisar que la ley que prevé la infracción contiene un núcleo sancionatorio, que según la Profesora Natalia Veloso, comprende los siguientes aspectos, a) la descripción con razonable grado de certeza de las conductas u omisiones que constituyen infracción; b) la definición de si es necesaria la existencia de culpa o dolo para la configuración de la infracción; c) la entidad de culpabilidad del agente (leve, grave o gravísima); d) la

3 El Profesor Alejandro Huergo Lora (2007) señala que la diferencia ontológica entre la infracción administrativa y el delito penal conlleva las siguientes consecuencias prácticas, a saber, mientras que la protección penal de los bienes jurídicos es más enérgica y efectiva que se justifica por tener una mayor relevancia en términos de antijuridicidad, el Principio de intervención mínima aconseja un uso limitado del ejercicio del *ius puniendi*; los infractores sometidos a un proceso administrativo sancionador gozan de una protección significativamente inferior de la que gozan los imputados en un proceso penal; esa diferenciación ontológica impide al legislador despenalizar conductas que atentan contra los bienes jurídicos más importantes, castigándolas con meras sanciones administrativas, y variar a su voluntad el límite de ambas, vale decir, castigar con penas conductas nimias, o establecer sanciones administrativas muy graves disminuyendo el nivel de garantías del infractor (34-36).

descripción clara de la sanción imponible o el elenco de las mismas (Veloso Giribaldi, 2021, p. 45-46).

3.3) Principio de tipicidad: aplicación en el derecho administrativo sancionador.

Al haber reseñado las posturas en cuanto a la naturaleza jurídica de la sanción administrativa (Subcapítulo 3.1) y establecido el alcance del Principio de Tipicidad y el contenido del núcleo sancionatorio (Subcapítulo 3.2), se procederá a ensayar una respuesta para las interrogantes formuladas en el Capítulo 1.

3.3.1) ¿La potestad sancionatoria debe estar expresamente consagrada en la norma atributiva de competencia o se la admite implícitamente comprendida en ella?

La respuesta a dicha interrogante exige previamente adoptar una postura en relación a la naturaleza jurídica del ilícito penal y la infracción administrativa. El posicionamiento en las Teorías Unitarias, determina la aplicación estricta y rigurosa del Principio de Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador, o sea que el legislador debería describir la infracción y la sanción con un grado de detalle tal, que no deje lugar a discrecionalidad alguna por su aplicador (en el caso, la Administración), de modo que si la conducta no encuadra en forma perfectamente ajustada al tipo infraccional, la Administración no podría sancionar.

Por mi parte, adhiero a las Tesis Diferenciadoras, porque como sostiene la Profesora Lorenzo, hay una diferencia de esencia entre el delito penal y la infracción administrativa, y la norma no hace más que recoger la valoración de la sociedad en un momento histórico determinado, erigiendo un determinado bien jurídico como digno de tutela, vinculado generalmente a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República (derecho a la vida, derecho a la propiedad, derecho al honor, derecho a la seguridad, conforme artículo 7), siendo el castigo a su eventual lesión garantizado mediante el ejercicio de la acción regulada por el Derecho Penal a través de la función jurisdiccional y, cuya finalidad es la de castigar por el daño concreto causado⁽⁴⁾. El Derecho Administrativo Sancionador, empero, tiene no como objetivo, al decir de Nieto (2012) “(...) castigar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca” (p. 148)⁽⁵⁾; esto por cuanto, como señala Cristian Román Cordero, aquél tiene su anclaje en el Derecho Administrativo, y el fin último de la Administración es la prosecución del bien común, entendido éste como “(...) el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección” (Delpiazzo, 2016, p. 30), en cuya realización la sociedad toda está interesada. Por ende, una afectación a dicho bien, supone una afectación a la

4 Aún en los delitos de peligro, hay un bien jurídico concreto que la norma protege, y sanciona la conducta de su mera puesta en peligro.

5 En el mismo sentido se pronuncian Balbin (2008), al expresar que las conductas prohibidas son por sí mismas suficientes para constituir la violación punible, sin que resulte necesario un resultado determinado. Es decir que las infracciones se configuran por la realización de la acción reprochable, desvinculándose del resultado (806), y Mattes Heinz, citado por Cassagne (2011) cuando explicita el fundamento de las Tesis Diferenciadoras, a las que él no se afilia (V. Subcapítulo 3.1) pero sostiene que mientras en los (delitos) el contenido material del injusto se encuentra en el daño (en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se está ante la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente intereses de tipo administrativo (66).

comunidad entera (y no a las personas individualmente considerados solamente, sino a éstos y a aquella simultáneamente); en cambio, en el ilícito penal, la perspectiva es la de la afectación individual a los derechos de cada integrante de la sociedad en forma inmediata, y de salvaguarda del orden público en forma mediata.

Asimismo, cabe precisar la diferente finalidad perseguida por la función jurisdiccional -a través del ejercicio de la acción penal- y por la función administrativa -en el ejercicio de la potestad sancionatoria-. Mientras la primera consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cuyo fin último es recomponer el desequilibrio que la comisión del delito supuso al orden jurídico ⁽⁶⁾; la segunda consiste en velar por el interés público, previniendo y sancionando su afectación, por la comisión de la infracción. En este sentido, Nieto (2012) expresa

(...) Los órganos sancionadores de la Administración (...) son ordinariamente indiferenciados en cuanto que el sancionar es una función más, que eventualmente se acumula a las otras muchas que tienen atribuidas (...) no son creados para sancionar, aunque puedan hacerlo llegado el caso. No son, en definitiva, órganos especializados, sino de gestión genérica y lo que sucede es que la gestión (...) engloba la sanción (pp. 99-100); conclusión que se comparte totalmente.

En la actual visión de una Administración vicarial o instrumental, producto de la evolución de un Estado clásico, que concentraba todos los cometidos y funciones, a un Estado constitucional de Derecho, caracterizado por la reducción de su intervención acorde con el Principio de Subsidiariedad, con cometidos cuya realización exige la colaboración del sector privado a través del impulso de su iniciativa, dentro de ciertos parámetros de regulación para asegurar la concreción del interés general. Este cambio de postura de un Estado intervencionista hacia un Estado regulador y garante, también ha contribuido a operar modificaciones que acentuaron las diferencias con el Derecho Penal, y cimentaron el surgimiento y la expansión del Derecho Administrativo Sancionador, en que se traspassa de la represión a la prevención, del daño al riesgo y de la culpa a la mera inobservancia. Como sostiene Nieto (2012)

“En la figura tradicional del ilícito aparece un daño como elemento central que se castiga y tiene, además, un efecto psicológico secundario: la disuasión mediante el dolor con objeto de que el infractor no repita su acción (...) la clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión sino en la prevención (...) a cuyo efecto se ha puesto en marcha una política pública preventivo-represiva (...) (que consiste) (...) en una regulación poco menos que global de las actividades de los particulares, que se complementa con inspecciones permanentes y culmina en unas sanciones cuando se constata la infracción de lo regulado (...) el Derecho Administrativo Sancionador (...) se ha convertido en un instrumento de prevención de riesgos. Una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor del riesgo, y, eventualmente, de un Derecho reductor del mismo” (pp. 148-149) Agrega

6 Carretero Pérez A. y Carretero Sánchez A. (1992) explicitan el concepto de Orden Jurídico como una situación objetiva y general definida por las normas que describen un conjunto de derechos y deberes para los sujetos de las mismas. El contenido de la actividad limitadora es una situación general que permite la convivencia como efecto del orden jurídico; es la que remueve las perturbaciones del orden, afectando a los derechos subjetivos que se integran en él (74). Con relación a la noción de orden público debe tenerse presente la definición del Maestro Eduardo J. Couture (1983) como el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que este tiende a tutelar (437).

que el riesgo abstracto, es decir, “(...) el riesgo potencial producido por una acción u omisión independientemente de que se realice, o no, en el momento de la comisión (...) es (...) el puente por donde se pasa del Derecho Administrativo Sancionador de culpa el (sic) de mera inobservancia” (pp. 149-150).

A lo que debe adicionarse que aún cuando la actividad de interés público esté enteramente prestada por los particulares, la Administración se erige en reguladora de la misma, garantizando a los administrados el cumplimiento por el agente prestador del servicio con el mandato de interés general establecido en la norma, y si lo incumple (infracción administrativa), aquella ejercerá su potestad sancionadora. Lo mismo ocurrirá si los agentes prestadores de los servicios disponen de procedimientos de regulación interna, lo que configurará la regulación pública de la autorregulación consistente en que “(...) los poderes públicos supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control de cumplimiento de tales normas (...) su actividad tiende a garantizar que la autorregulación sirva efectivamente al cumplimiento de concretos fines públicos o de interés general” (Laborde Goñi, 2019, p. 110). Otro aspecto a considerar en la configuración de dicho contexto es la adopción, por la Administración, de las formas de Derecho Privado, lo que ha llevado a algunos autores a referirse a la “huida del Derecho Administrativo” derivado de la fuga regulatoria (mediante el recurso de la Administración pública en su actuación al orden jurídico privado) y la fuga organizativa (constituida por formas organizativas de Derecho privado) (Delpiazzo, 2019, p. 35); o incluso, sin llevarlo a dicho extremo, en aras de alivianar sus mecanismos aletargados y burocráticos de actuación, el Estado ha optado por la creación de personas públicas no estatales de carácter corporativo, de tipo fundación, o simplemente ejecutoras de las políticas del Poder Ejecutivo, como señala el Profesor Aníbal Cagnoni (1992, p. 31-33), y la creación de sociedades de economía mixta, a quienes confía parte de sus cometidos⁽⁷⁾; lo cual complejiza el actual posicionamiento de la Administración.

Por ende, y en virtud de lo antes dicho, entiendo que la importación del Principio de Tipicidad del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, debe realizarse en forma atemperada, lo cual nos lleva a encarar la respuesta a la pregunta formulada en este apartado.

En efecto, dicha respuesta nos remite a la consideración de tres aspectos que no pueden soslayarse, a saber, la presentación de la realidad tal cual es, la existencia de poderes jurídicos como atributo de la competencia de la Administración, y el Principio de Oportunidad.

En relación al primer aspecto, la compleja coyuntura actual en que se encuentra inmersa la Administración y que se indicara en el Capítulo 2 in fine y la propia dinámica que la gestión del interés general a su cargo exige, hacen imposible determinar todas y cada una de las infracciones administrativas por vía legislativa⁽⁸⁾, según exige el mandato de tipificación importado rigurosamente del Derecho Penal. Aún si idealmente se lograra dicho objetivo, el listado de leyes sería interminable. Como sostiene el Profesor Juan

7 Caracterizadas principalmente por la participación estatal en el patrimonio y administración de la sociedad privada, conforme enseña el Profesor Carlos Delpiazzo, 1978, 17-27.

8 Entendida la Ley en sentido orgánico-formal, vale decir, sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección VII de la Constitución de la República para su aprobación.

Pablo Cajarville (1984), si bien en relación a la potestad discrecional, pero cuya expresión es *mutatis mutandis* aplicable al Principio que nos ocupa “(...) la extrema variedad, variabilidad y consiguiente imprevisibilidad de las situaciones a que debe enfrentarse la Administración, tornan imposible prever anticipadamente todas las hipótesis de hecho y consagrar en normas las mejores soluciones para cada una de ellas (...)” (p. 16).

El segundo aspecto mencionado -corolario del primero- y obviamente analizada la materia que nos ocupa desde la óptica del Derecho Administrativo, es el de que la norma constitucional y/o legal que le asigna competencia a la Administración, engloba al menos tres elementos componentes, a saber, territorio, materia (cometidos) y poderes jurídicos⁹. Estos últimos refieren “(...) a la intensidad, grado o cuantificación de las facultades conferidas (funciones) (...)”, entendiéndose comprendidos todos los necesarios, “(...) para desarrollar los fines materiales (cometidos) asignados” (Pezzutti, 2015, p. 39), lo que incluye la potestad sancionatoria, no siendo de excepción en relación al principio general, como sostienen quienes se afilian a la idéntica naturaleza del ilícito penal y de la infracción administrativa, porque como bien señala Nieto “(...) los órganos administrativos gestionan intereses generales, y es cabalmente al hilo de esta tarea administrativa material cuando surge la sancionadora, ya que es inimaginable como actividad desconectada de la gestión” (Nieto, 2012, p. 163). En idéntico sentido, Huerdo Lora (2007) afirma que dicha potestad solamente podrá ejercerse

(...) en materias o ámbitos en los que ya tiene competencias de gestión, ya sea de vigilancia o supervisión, de fomento o de gestión o servicio público. Dicho en otros términos, la potestad sancionatoria nunca va sola”, en tanto la misma tiene “(...) un carácter auxiliar de la intervención administrativa” (p. 139).

Al respecto rige la Teoría de los poderes implícitos, conforme a la cual

(...) la atribución expresa de cometidos a un órgano público significa no sólo la facultad, sino el deber de cumplirlos adecuadamente; siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente, ni esté atribuido expresamente a otro órgano público (Cajarville, 2008, p. 24).

En idéntico sentido se pronuncia el Profesor Cagnoni (2008)

(...) La atribución expresa para cumplir sus cometidos dada a un órgano público conlleva a la vez la facultad (posibilidad) y el deber (obligación) de cumplirlos, lo que implica, es decir, supone, implícitamente los poderes indispensables, necesarios, para cumplir los cometidos dados por la atribución, atribución que, reitero, no puede ser sino expresa.

Los denominados “poderes implícitos” constituyen el aspecto instrumental de los poderes expresos.

No pueden existir, no existen, si no existe atribución de poderes expresos que constituyen la competencia (...)” (destacado en original), y agrega que la teoría elaborada por la jurisprudencia norteamericana sobre su texto constitucional en cuanto expresa que “(...)

9 A los elementos mencionados por el maestro Sayagués Laso, el profesor Juan Pablo Cajarville agrega el elemento temporal (actuación por turnos), subjetivo (órganos que ejercen sus poderes sólo respecto de ciertos sujetos) y cuantitativo (delimitación de la competencia por montos), según reseña el Profesor Miguel Pezzutti, 2015, 38.

cuando la Constitución ha atribuido al Congreso ciertas facultades, implícitamente le ha asignado el poder de crear las vías y medios (*ways and means*) indispensables para ponerlos en ejecución (...); tal teoría “(...) es de aplicación universal y permite crear medios y vías sólo para ejecutar poderes, esto sí, expresamente atribuidos”. Asimismo, afirma que “(...) el ejercicio de un poder implícito puede estar prohibido directa o indirectamente; en cuyo caso no accede al poder expreso, si no que lisa y llanamente no puede ejercerse; o está atribuido -expresamente- a otro órgano público, forma, por tanto, como poder expreso la esfera de competencia de otro órgano, y, por ende, no puede ser calificado como poder implícito, (pp. 195-197).

Estimo, entonces, que aun cuando la norma no la consagre expresamente, la potestad sancionatoria se entiende implícitamente comprendida en los poderes asignados por la norma atributiva de competencia. De inmediato debo señalar que no es para ejercerse de cualquier manera y al libre arbitrio de la Administración, sino que el cometido asignado por la norma opera como limitante para el ejercicio de dicha potestad, dado que la Administración solamente podrá sancionar aquellas infracciones por incumplimiento de los deberes establecidos en su materia. A modo de ejemplo, la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones no podría sancionar por la comisión de una infracción de tránsito, porque la policía del tránsito es ajena a su competencia material. Como sostiene el Profesor Alejandro Huergo Lora (2007)

Lo normal es que la Ley sólo atribuya la potestad sancionadora a la Administración en materias en las que ya interviene de otro modo. No tendría sentido, por ejemplo, que la Administración tuviera potestad sancionadora en materia procesal, o de contratos privados. De la misma forma, sólo se le concede la potestad sancionadora en ámbitos sometidos al Derecho administrativo, no en aquellos otros sometidos al Derecho privado (...) (p. 140).

También debe considerarse lo expresado por el Profesor Durán Martínez (2020) en cuanto a que

(...) la potestad sancionatoria es un instrumento indispensable para que la Administración pueda cumplir sus cometidos. Como la Administración sirve con objetividad los intereses generales (artículo 2 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991), en definitiva esa flexibilidad para el ejercicio de la potestad sancionatoria sirve al interés general. Pero eso no puede afectar las garantías de las personas, porque si eso ocurre se afecta el Estado de Derecho. Y se afecta el Estado de Derecho, en ese caso, la Administración no sirve los intereses generales. Es de interés general la tutela de los intereses particulares (pp. 464-465).

Por último, el tercer aspecto referido, vinculado estrechamente a los anteriores, consiste en la consideración del Principio de Oportunidad como criterio rector de la actuación administrativa, y que en materia de infracciones administrativas supone que “(...) la Administración decide discrecionalmente si abre un procedimiento ante una posible infracción” (Huergo Lora, 2007, p. 85). Ello demuestra una diferencia cualitativa de importancia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, dado que en el primero el Principio de Legalidad exige la actuación de oficio y la obligación

del Estado de perseguir todos los delitos (Huerco Lora, 2007, p. 69-70), mientras que el ejercicio de la potestad sancionatoria se enmarca en el Principio de Razonabilidad que se analizará infra (V. Subcapítulo 3.3.3 in fine) y en el Principio de Oportunidad, conforme al cual la Administración decide su intervención, el cuándo y el cómo hacerlo⁽¹⁰⁾. Ahora bien, cabe una salvedad importante, y es la de que el no ejercicio de la potestad sancionatoria no es sinónimo de renuncia porque la potestad -en tanto tal- no se pierde, salvo la inhabilitación de su ejercicio en las hipótesis de prescripción -por dejar transcurrir el tiempo sin ejercerla ante la constatación de una infracción concreta-, o que la norma atributiva de competencia sea derogada o modificada por otra norma posterior. Ante la constatación de una infracción entonces, la Administración puede optar por no ejercerla -pero no de forma antojadiza o ilegítima a modo de favorecer al administrado- sino porque razones de Buena Administración le exigen ponderar la alternativa más razonable en el caso concreto. Como sostiene Nieto (2012) citando a Rebollo

(...) la respuesta más razonable es la de reconocer cierto margen de discrecionalidad que permita a la Administración valorar en cada caso los medios con los que cuenta para reprimir todas las infracciones y acaso para seleccionar estratégicamente las que considere más necesitadas de represión, valorar el momento oportuno, las consecuencias de la infracción, incluida su posible continuidad. Pero... discrecionalidad no es sinónimo de libertad y menos aún de arbitrariedad [...] sobre todo hay que evitar que esa discrecionalidad se convierta en complicidad con la infracción, máxime cuando permita su mantenimiento o reiteración (p. 102).

216 ■ Cabe reiterar que la finalidad del Derecho Administrativo Sancionador no es el castigo per se por un daño causado, sino su prevención a través del establecimiento de deberes concretos a cargo de los administrados -y obviamente su sanción en caso de inobservancia-. Como bien aclara Nieto (2012)

(...) El fin de las infracciones es, en último extremo, el cumplimiento de determinadas normas. Si se multa a los automovilistas imprudentes no es tanto para “retribuirles” su pecado sino (...) para que no vuelvan a pecar. A la Administración -como a la sociedad en general- no le preocupa que un infractor quede impune (no sea “retribuido”), sino que con la sanción -e incluso con la amenaza de ella- procure no infringir en adelante y que, en definitiva, el tráfico sea más seguro y más fluido. Pues bien, probado está que en ocasiones es más eficaz a estos efectos la benevolencia que el rigor y tal es la política que se sigue actualmente en casi todas las Administraciones, al menos para las infracciones de masas (pp. 103-104).

De todas maneras, el ejercicio del poder discrecional de ejercer o no la potestad sancionatoria debe estar especialmente fundamentado, como exige el viejo aforismo “a mayor discrecionalidad mayor fundamentación”; lo que va a posibilitar su control judicial a posteriori, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

10 Al respecto existen opiniones encontradas a nivel doctrinario. En efecto, quienes se afilian a las Tesis Unitarias propugnando que el Derecho Administrativo Sancionador es un apéndice del Derecho Penal, y como tal, de excepción, dado que la Administración conserva un poder de policía que es de resorte exclusivo del Poder Judicial, contestan negativamente, de manera categórica, a la interrogante acerca de si en materia sancionatoria rige el Principio de Oportunidad (V. Mora Caruso G., 2021, 189-200, quien analiza profusamente la discusión doctrinaria acerca del ejercicio del Principio de Oportunidad). Incluso quienes se afilian a las Tesis Diferenciadoras sostienen que la potestad sancionatoria no es de principio sino de excepción, y que en tanto tal requiere norma expresa legal habilitante.

En conclusión, atento a las diferencias ontológicas existentes entre el ilícito penal y la infracción administrativa, y a la aplicación atemperada del Principio de Tipicidad -importado del Derecho Penal- en el Derecho Administrativo Sancionador-, en función de los criterios rectores que rigen este último, la respuesta a la interrogante formulada en este apartado, es que cabe admitir la potestad sancionatoria implícitamente comprendida en la norma atributiva de competencia.

3.3.2) Si se admite que la potestad sancionatoria está implícitamente comprendida en la norma atributiva de competencia, surgen diversas interrogantes en relación a la tipificación de la infracción administrativa, a saber ¿es legítima la colaboración reglamentaria? ¿si lo es, hasta dónde llega dicha colaboración? ¿puede innovar en la tipificación o limitarse a regular solo los aspectos que la norma legal habilita?

Admitida entonces la potestad sancionatoria como inherente y necesaria para la gestión del interés general, cabe precisar que la respuesta a dichas interrogantes remite a los fundamentos del Principio de Tipicidad, que autoriza la disgregación de sus dos elementos centrales componentes, vale decir, la infracción y la sanción.

No admite duda alguna que el Principio de Seguridad Jurídica, consagrado en la Constitución de la República (artículos 7, 10, 12, 72 y 332), hace exigible la *lex certa* porque las personas tienen que tener certeza acerca de cuáles son los deberes impuestos por las normas establecidas para asegurar la convivencia, y así saber a qué atenerse en caso de incumplimiento (sanción). Por otro lado, en tanto la sanción, cualquiera que ella fuere (apercibimiento, multa, inhabilitación, clausura, etc.) e independientemente del grado de intensidad (sea leve, grave o gravísima) supone una limitante a los derechos individuales, y por ende, al Principio de Libertad, en nuestro sistema constitucional, dicha limitación solo puede admitirse por ley -en sentido orgánico-formal y por razones de interés general- de conformidad con la normativa recién citada.

En suma, el hecho de que la verificación de la realidad torne casi impracticable que la norma legal prevea todas y cada una de las infracciones y sanciones aplicables, no impide que el núcleo sancionatorio deba establecerse por ley formal; no admitiéndose norma de rango inferior alguna que lo contenga. En este sentido se han pronunciado varios autores de la doctrina comparada y nacional. Así, Balbin (2008)

(...) consideramos que el poder ejecutivo no debe decir cuáles son las conductas que merecen reproche porque, entre otros argumentos, el poder sancionador es claramente restrictivo de derechos” (p. 809);

Ruocco (2010)

(...) no puede haber infracción ni sanción administrativa posible sin que la ley las determine previamente, lo que, como destaca RISSO FERRAND, también significa “reserva de ley”, en tanto la limitación de los derechos sólo puede provenir de ésta (...) Al respecto, expresa GUARIGLIA que “(...) no se concibe restricción alguna de tales derechos si ello no se realiza por ley entendida en nuestro caso en sentido orgánico formal (...)”. Lo que significa que en la medida que la sanción suponga la limitación de un derecho, deberá estar establecida en una ley (p. 133);

Soler (2019)

El mandato de tipificación tiene dos vertientes tanto la infracción como la sanción debe estar prevista en la norma debiendo tener ésta rango legal (p. 226).

En virtud de lo expresado, cabe diferenciar, por un lado, la potestad sancionatoria, que como tal va a surgir expresa o implícitamente de la norma atributiva de competencia por cuanto si esta le asigna una determinada materia y habilita a la Administración a regularla, consecuencia ineludible es que puede sancionar su incumplimiento. Por otro lado, el núcleo sancionatorio debe estar expresamente establecido en la ley formal; estando vedada la Administración para establecerlo por reglamento.

Ahora bien, ¿cuál es el grado de previsión requerido para que se dé cumplimiento al mandato de tipificación? Adquiere relevancia aquí la técnica legislativa denominada “llamamiento de colaboración reglamentaria”, que implica que “(...) la ley (...) no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite al reglamento, al que invita (u ordena) a colaborar en la normación” (Nieto, 2012, 223). Según enseña Nieto (2012), el puente que enlaza la ley y el reglamento, está constituido por las cláusulas de habilitación y remisión; así la primera “(...) permite la ley que el Ejecutivo dicte un Reglamento sobre la misma materia que ella ha regulado (lo que sería inviable por definición, sin contar con aquélla, en las materias reservadas)”, y la segunda

(...) supone que la ley hace suyo -con ciertas garantías, claro es- el contenido de ese Reglamento futuro, que completará así el texto de la ley remitente. En otras palabras: la habilitación posibilita simplemente la aparición del Reglamento, independientemente del contenido de éste; mientras que la remisión se refiere a su contenido, es decir, que la remisión legitima el contenido concreto (lo amparado por las instrucciones o criterios legales) de un Reglamento genéricamente hecho posible por la habilitación (pp. 230-231).

En ese contexto, sostiene Nieto, podrían darse dos situaciones, a saber, a) habilitación y remisión, en que la ley sancionadora explica su propia incompletud justificando la llamada a la colaboración reglamentaria, habilita expresamente un futuro reglamento y establece las pautas o criterios a los que debería ajustarse la posterior reglamentación, remitiéndose con estas condiciones a su contenido (situación deseable). En el derecho positivo uruguayo, un ejemplo de la utilización de esta técnica lo constituyen los artículos 79 y 80 de la Ley N° 19.175 de 20/12/2013, de Declaración de interés general. Conservación, investigación y el desarrollo sostenible de los recursos hidrobiológicos y ecosistemas, que edictan

Artículo 79 (Infracciones leves).- Se considerarán infracciones leves todas las acciones u omisiones a que se refiere el artículo 75 de la presente ley, no comprendidas en los artículos 77 y 78 de esta ley.

Artículo 80 (Clases de sanciones).- Las sanciones a aplicar serán: apercibimiento, multa, suspensión temporal de actividades o instalaciones, clausura definitiva de las mismas y revocación del permiso, concesión o autorización.

Corresponderá aplicar la sanción de apercibimiento siempre que el infractor carezca de antecedentes en la comisión de infracciones de la misma naturaleza y estas sean calificadas como leves.

Además de las sanciones previstas y en forma accesoria a estas, previa reglamentación del Poder Ejecutivo, podrá disponerse el decomiso cautelar de productos y el decomiso secundario sobre los vehículos, embarcaciones, instrumentos y artes de pesca, directa o indirectamente vinculados en la comisión de la infracción, sin importar a qué título los posea el Infractor;

b) habilitación implícita y remisión, en que la ley establece las pautas del desarrollo futuro, prescindiendo de la justificación de incompletud (situación no deseable pero muy frecuente). Ejemplo de la utilización de esta técnica lo constituye el artículo 4° del Código de Aguas aprobado por el Decreto-Ley N° 14.859 (15/12/1978)

ARTÍCULO 4- Sin perjuicio de las atribuciones que competen a otros organismos públicos, el Ministerio competente podrá supervisar, vigilar y regular, de acuerdo con los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo, todas las actividades y obras públicas o privadas relativas al estudio, captación, uso, conservación y evacuación de las aguas, tanto del dominio público como del privado, y podrá disponer lo pertinente para la protección contra sus efectos nocivos, incluso los que puedan alterar el equilibrio ecológico de la fauna y la flora, dañar el ambiente natural o modificar el régimen pluvial.

A tal fin establecerá las especificaciones técnicas que deberán satisfacer las observaciones, mediciones, labores, obras y servicios; podrá someterlos a su autorización; dispondrá la suspensión de las actividades que infringieren aquellas normas y ordenará la eliminación o remoción de las obras efectuadas en contravención.

Si la resistencia o demora de los obligados para eliminar o remover las obras pusiese en peligro la vida o la salud de las personas, podrá el referido Ministerio hacerlo por sí mismo.

219

Las infracciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas por el Ministerio competente del modo siguiente:

a) Con multa graduada entre 10 UR (diez unidades reajustables) y 10.000 UR (diez mil unidades reajustables), según la gravedad de la infracción, el beneficio ilícito obtenido y el daño o riesgo ocasionado de conformidad con la reglamentación que dictará el Poder Ejecutivo considerando las circunstancias agravantes y atenuantes que pudieran corresponder.

b) Con la revocación del permiso o caducidad de la concesión de uso que se le hubiese otorgado al infractor.

Las sanciones mencionadas podrán imponerse conjuntamente y se entenderán sin perjuicio de la sanción penal que correspondiere cuando el hecho constituyere delito.

En definitiva, pues, ambas son interdependientes dado que la remisión sin habilitación, sería una remisión al vacío; y la habilitación sin remisión devendría en un reglamento vacío de contenido en virtud de que la ley habilitaría la colaboración reglamentaria sin establecer el contenido material mínimo que sirva de pauta para la regulación remitida (Nieto, 2012, pp. 235-236).

Dada la característica del Derecho Administrativo Sancionador en cuanto a que los mandatos y prohibiciones se establecen en una norma y la sanción en otra y que deben unirse ambas normas para configurar el tipo infraccional, Nieto (2012) señala que el mandato de tipificación admite dos sistemas, a saber: 1) la norma describe la infracción y le atribuye una sanción; 2) la norma declara genéricamente que constituye infracción el incumplimiento de un mandato establecido en otro precepto, de modo que la tipificación resulta de la conjunción entre la norma que establece el mandato concreto (o prohibición) y la norma que declara genéricamente que su violación es una infracción (p. 285). Y como técnicas de tipificación señala las siguientes: a) tipificación reduplicativa, consistente en que la norma sancionadora reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su infracción lleva aparejada una sanción; b) tipificación remitiva expresa, en que el tipo surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es una infracción; c) tipificación remisiva residual, en que la ley califica residualmente como leves las infracciones que no tienen otro carácter; d) tipificación implícita, la ley remite implícitamente a la norma que establece el mandato o prohibición (Nieto, 2012, 276-279)⁽¹¹⁾. Otra modalidad de tipificación consiste en la llamada “cobertura legal”, “(...) conforme a la cual basta cubrir con una ley formal la descripción genérica de las conductas sancionables y las clase y cuantía mínima de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas” (Parada, citado por

11 En cuanto a las formas de remisión, Nieto (2012, 240-242) señala las siguientes: a) la remisión se hace en favor de un reglamento (futuro) de desarrollo de la propia ley sancionadora; a modo de ejemplo, el artículo 75 de la Ley N° 19.175 (20/12/2013) antes referida, que edicta “(Infracción).- Constituye infracción y será sancionada toda acción u omisión contraria a las disposiciones contenidas en la presente ley, a las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de los que es parte el Estado y a los reglamentos y resoluciones administrativas que se dicten en materia pesquera y acuícola”. Y en el articulado del Capítulo X, correspondiente a infracciones y sanciones, el legislador define las infracciones y los criterios de su clasificación en leves, graves y muy graves, y establece las sanciones, cometiendo su desarrollo al reglamento. En efecto, el Artículo 80 (Clases de sanciones) de dicha norma prescribe “Las sanciones a aplicar serán: apercibimiento, multa, suspensión temporal de actividades o instalaciones, clausura definitiva de las mismas y revocación del permiso, concesión o autorización.

Corresponderá aplicar la sanción de apercibimiento siempre que el infractor carezca de antecedentes en la comisión de infracciones de la misma naturaleza y estas sean calificadas como leves.); b) la remisión se refiere a un reglamento ya existente; a modo de ejemplo, el primer inciso del artículo 20 del Decreto-Ley N° 15.322 (17/09/1982) prescribe “Las personas privadas que infrinjan las leyes y decretos que rijan la intermediación financiera o las normas generales e instrucciones particulares dictadas por el Banco Central del Uruguay serán pasibles, sin perjuicio de la denuncia penal si correspondiera, de las siguientes medidas:...”, y a continuación establece el elenco de sanciones pasibles de ser aplicadas; c) el reglamento remitido se remite, a su vez, a otro reglamento produciéndose una “segunda remisión normativa”, a modo de ejemplo, el literal d) del artículo 7 del Decreto 186/004 (08/06/2004) que establece “Son infracciones leves:... d) Las infracciones que supongan incumplimientos de leyes, reglamentos, laudos o convenios colectivos, siempre que aquellos carezcan de trascendencia grave, para la integridad física o salud de los trabajadores”. Dicho Decreto reglamenta el artículo 289 de la ley 15.903 (10/11/1987), en la redacción dada por el artículo 412 de la ley 16.736 (5/1/1996), regulatorio de las infracciones laborales, cuyo inciso primero reza “Las infracciones a los convenios internacionales de trabajo, leyes, decretos, resoluciones, laudos y convenios colectivos, cuyo contralor corresponde a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social se sancionarán con amonestación, multa o clausura del establecimiento”; d) la remisión se refiere a normas de creación privada originaria que la ley asume, como consecuencia de la progresiva complejidad técnica, que excede el dominio de la Administración, entonces ésta opta por otorgarle a los reglamentos técnicos, valoración de ley; a modo de ejemplo el artículo 25 de la Ley N° 17.598 (13/12/2002) que regula las competencias de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua, establece “En el marco de las competencias asignadas a la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), constituyen infracciones administrativas pasibles de sanción:

- A) El incumplimiento de los requisitos establecidos para la prestación de actividades reguladas por la URSEA.
- B) La contravención a las regulaciones vinculadas a la seguridad y calidad de los productos, los servicios, los materiales, instalaciones, dispositivos y equipamientos.
- C) El incumplimiento a las reglas de derecho y normas técnicas aplicables por parte de los operadores públicos y privados, prestadores de los diversos servicios.
- D) El incumplimiento de las reglas generales e instrucciones particulares dispuestas por la URSEA, atinentes al funcionamiento de los servicios y actividades reguladas.
- E) El incumplimiento de las normas y procedimientos aplicables a equipamientos y otros productos.
- F) La contravención a las normas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos, control y uso de medidores y otros mecanismos, y reconexión de suministro.
- G) El incumplimiento a las reglas y patrones industriales que aseguren el libre acceso a las redes de los agentes, así como el correcto y seguro funcionamiento de las conexiones....”.

Nieto, 2012, p. 248). Por último, se señala como modalidad de tipificación, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, definidos como aquellos

(...) cuya aplicación permite, en la práctica, cierto margen de decisión pero se configura de forma que solamente se da una solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho (...) La previsión que haga el legislador de conceptos jurídicos indeterminados se ha de subordinar a que su concreción sea razonablemente factible, de forma que permita prever, con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (Ruocco, 2019, p. 21).

La estructura de los conceptos jurídicos indeterminados es descripta por García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2015) así

“(...) en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo de concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto (...) la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o “halo conceptual” (...) (pp. 500-501).

En consecuencia, a la formulación de las interrogantes formuladas en este apartado, se concluye que la tipificación de la infracción administrativa, admite colaboración reglamentaria; ahora bien, en cuanto a su extensión, estimo que procede dentro de ciertos límites.

La interrogante acerca de si la reglamentación de la norma legal tipificante puede innovar en la tipificación o limitarse a regular solamente aquellos aspectos que la norma legal habilita, se responde en el sentido de que el reglamento no puede ser innovativo y en él se regularán los aspectos necesarios para lograr un equilibrio entre la flexibilidad que la Administración necesita para cumplir con los cometidos a su cargo, y el respeto de las garantías individuales que la centralidad de la persona humana exige. Es decir, como gestora del interés general, la Administración debe poder actuar con la flexibilidad suficiente para llevar a cabo dicho objetivo, el que, a su vez, opera como limitante a sus poderes jurídicos. En virtud de la transformación operada por el transcurso del tiempo y la evolución social en el lugar donde la Administración llevará a cabo sus cometidos, ella no puede quedar encorsetada por el texto legal por falta de previsión expresa de la potestad sancionatoria, como se analizó supra (véase 3.3.1). Y si bien la posibilidad de modificación de las normas legales puede contrarrestar dicho argumento, sabido es el tiempo que insume -en la práctica- la discusión parlamentaria para que la misma opere. Por ende, la solución legal debe ser lo suficientemente explícita para el administrado y flexible para la Administración, conforme se analizará en el apartado siguiente.

3.3.3) ¿Cuáles son los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador?

De acuerdo con lo que viene de decirse, la aplicación equilibrada del Principio de Tipicidad gira entorno a la determinación del núcleo sancionatorio. Como sostiene

Balbin (2008) “(...) el punto central es la fijación del paso fronterizo entre el núcleo y los detalles en este terreno” (p. 814).

Entiendo que las modalidades de tipificación esgrimidas por la doctrina tienen un punto de partida en común, consistente en la búsqueda de compatibilización de la garantía del Principio de Legalidad, en su aspecto de *lex scripta* (V. Subcapítulo 3.2), con la concreción de la finalidad de interés general que la Administración debe perseguir. Acorde con el contexto actual de la Administración y la evolución y actualización que la concreción del interés general exige -ya referidos- la tipificación del núcleo sancionatorio debe establecerse con un grado de previsión suficiente de modo tal que el administrado tenga certeza de la infracción, la sanción, y la correlación entre una y otra (Nieto, 2012, 268). Al efecto el legislador habitualmente tipifica el núcleo sancionatorio con el llamamiento a la colaboración reglamentaria por lo cual importa examinar cuál de las modalidades reseñadas precedentemente (Subcapítulo 3.3.2) debería utilizarse para concretarla. Considero que, no correspondería la modalidad de cobertura legal, dado que -como señala Nieto- la misma se creó para sustituir las exigencias de las cláusulas de habilitación y remisión que la norma legal sancionadora debería contener, puesto que aquella supone una regulación mínima del tipo infraccional y la sanción; y además habilita la fundamentación, para la aplicación de la sanción, en una norma genérica de cualquier rango (legal, reglamentario, etc.) que establezca un deber al que se le pueda conectar la sanción (Nieto, 2012, 248-253), lo cual es altamente peligroso dado que el acto sancionatorio puede tornarse arbitrario. Por su parte Balbin (2008), en postura que se comparte plenamente, expresa que

(...) no existen títulos de habilitación genéricos, imprecisos y ambiguos, de regulación y aplicación del marco sancionador, como por ejemplo el orden público (...) el mandato de legislador, y el simple deber del ejecutivo de hacerlo cumplir, no puede razonablemente interpretarse por sí solo como un supuesto de habilitación del poder sancionador (p. 810);

de esta manera no sería admisible una norma sancionadora en blanco, esto es, aquella que dejara librado al reglamento la regulación de una materia que es de reserva legal⁽¹²⁾. Se entiende que para que dicha colaboración sea legítima entonces, la ley debería contar con las cláusulas de habilitación y remisión analizadas (V. Subcapítulo 3.3.2), y cumplir una función directiva al establecer claramente los elementos esenciales del tipo infraccional y la sanción aplicable en caso de incumplimiento (Cordero Quinzacara, 2014, p. 415). Los que operarán como límite a la mentada colaboración, dado que el reglamento no puede ser innovativo, invadiendo la materia de reserva legal, creando infracciones no previstas en la ley o estableciendo sanciones que carecen de base legal, como ser la determinación de criterios mínimos y máximos o de circunstancias atenuantes y agravantes para la graduación de las sanciones. Al decir de Balbin (2008) “(...) El reglamento puede completar e incluso restringir, pero en ningún caso ampliar o extender, las situaciones gravosas” (p. 815).

12 Como señala Balbin (2008), el legislador debe prever: a) el mandato normativo prohibitivo (hacer, no hacer, o dejar hacer); y, a su vez, b) el régimen sancionador en términos de infracciones y, particularmente las sanciones. Es decir, el mandato, las sanciones y el nexo entre ambos. En este cuadro, sí es posible inferir razonablemente el poder implícito del ejecutivo de aplicar el régimen sancionador pero no es posible omitir el punto b), y como seguidamente aclara el autor, no es plausible deducir el poder estatal sancionador de ciertos principios vagos o mandatos genéricos, sino que es necesario descubrir un texto legal concreto y preciso de habitación de ese poder (810).

En este entorno y con esas bases, entiendo que la modalidad que mejor cumple con la doble garantía de flexibilidad que la Administración necesita para cumplir con el cometido de interés general a su cargo, y la garantía de certeza suficiente para los administrados del conocimiento previo de la infracción y la sanción en caso de incumplimiento, en sede de colaboración reglamentaria, es la tipificación a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Esto por cuanto éstos admiten una única solución justa, y para alcanzarla, la Administración puede analizar varias alternativas -dentro del contorno delimitado por el propio concepto- con ajuste del cometido establecido en la norma atributiva de competencia a las exigencias requeridas al momento de su concreción, conforme al Principio de Razonabilidad, y en estricto cumplimiento de los Principios de Culpabilidad-Presunción de Inocencia, Proporcionalidad y Debido Proceso, y el respeto por los derechos fundamentales, lo cual brinda a los administrados la garantía del grado de certeza requerida.

Ahora bien, dicha opción no puede seguirse de manera antojadiza, sino que la Administración, rigiéndose por el Principio de Razonabilidad, deberá escoger -y plasmar en el reglamento- la solución que supere el test de los tres pasos señalado, entre otros, por Boulin (2013), esto es, que sea adecuada (para el cumplimiento del fin debido), necesaria (mediante una evaluación comparativa entre los medios para llegar al fin, enfocado en la intensidad interventora, vale decir, la posibilidad de que las medidas idóneas afecten derechos en mayor o en menor grado); y proporcionada (es decir, que la afectación al derecho individual esté justificado por el fin de interés general) (pp. 80-92). Este Principio también debe considerarse por la Administración no solo al reglamentar los detalles del núcleo sancionatorio, sino también al momento de aplicar la sanción.

Veamos algunos ejemplos de concreción práctica de la modalidad de colaboración reglamentaria con la tipificación a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. El artículo 18 de la Ley N° 14.040 (20-X-1971) de Creación de la Comisión del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural de la Nación, prescribe

El incumplimiento de las obligaciones previstas por la presente ley, y establecidas en cada caso en virtud de las resoluciones o reglamentaciones que se dictaren, será sancionado por la Comisión con multas cuyo monto oscilará entre los mínimos y máximos que fije el Ministerio de Economía y Finanzas para sancionar contravenciones a leyes fiscales, según la gravedad de la infracción, la reincidencia y demás circunstancias que concurran (destacado de la autora).

En este caso, la norma legal contiene las cláusulas de habilitación y remisión, mediante la técnica que Nieto (2012) denomina remisión en favor de un reglamento (futuro) de desarrollo de la propia ley sancionadora (p. 240) y deja librado al reglamento la determinación tanto del tipo infraccional cuanto de los montos mínimos y máximos dentro los cuales la Comisión del Patrimonio Cultural de la Nación puede graduar la sanción, con conceptos jurídicos indeterminados como ser “la gravedad de la infracción, la reincidencia y demás circunstancias que concurran”. Se entiende que este último es sumamente amplio, por lo que el Poder Ejecutivo al reglamentar debería fijar un límite, que el legislador no previó, pero que implícitamente se entiende comprendido dentro de la materia regulada por la ley, y al momento de aplicar la sanción, deberá ser sumamente cauteloso y ceñirse al Principio de Razonabilidad, fundamentando la sanción adoptada

explícita y acabadamente en el test de los tres pasos referido. Otro ejemplo lo constituye el inciso cuarto del artículo 20 del decreto-Ley N° 15.322 (17-IX-1982) que al regular el elenco de sanciones aplicables a las instituciones de intermediación financiera por infringir las leyes y decretos que rijan esta materia o las normas generales e instrucciones particulares dictadas por el Banco Central del Uruguay, edicta

La revocación de la autorización para funcionar será resuelta por el Poder Ejecutivo y deberá contar además en forma concurrente con expreso consentimiento en tal sentido del Banco Central del Uruguay. Ello sin perjuicio de la facultad de este último órgano público de proponer dicha revocación al Poder Ejecutivo por razones de legalidad o de interés público (destacado me pertenece).

Dicha norma contiene la técnica de tipificación implícita porque para conocer el tipo infraccional la institución de intermediación financiera debe tener conocimiento de las leyes y decretos que regulan la materia, y para aplicar la sanción, la ley imparte dos instrucciones -en este caso, no al reglamento, sino a la Administración- mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, los de “legalidad” y “razones de interés público”. Adviértase también la utilización de dicha técnica legislativa en el artículo 38 de la Ley N° 16.696 (30-III-1995) Carta orgánica del Banco Central del Uruguay, en la redacción dada por la Ley N° 18.401 (24-X-2008) al establecer que

La Superintendencia de Servicios Financieros tendrá, respecto de las entidades supervisadas, todas las atribuciones que la legislación vigente y la presente ley le atribuyen según su actividad, entre otras,

L) Aplicar sanciones de observaciones, apercibimientos y multas de hasta el 10% (diez por ciento) de la responsabilidad patrimonial básica de los bancos, a las entidades enumeradas en el artículo anterior que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto, y

M) Proponer al Directorio la aplicación de sanciones pecuniarias más graves o de otras medidas, tales como la intervención, la suspensión de actividades o la revocación de la autorización o de la habilitación para funcionar a las entidades enumeradas en el artículo anterior que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto, pudiendo también recomendar al Directorio que gestione ante el Poder Ejecutivo la revocación de la autorización para funcionar cuando corresponda (destacado me pertenece).

La Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay puede aplicar sanciones e incluso proponer al Directorio de la referida institución bancaria las sanciones más graves, pudiendo llegar a recomendar la revocación de la autorización para funcionar por el Poder Ejecutivo ⁽¹³⁾, fundada en la violación a leyes y decretos, normas generales o instrucciones particulares que rijan la materia de intermediación financiera; conceptos jurídicos indeterminados que deberán concretarse por dicho órgano

13 El artículo 168 de la Constitución de la República establece “Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: (...) 22) Autorizar o denegar la creación de cualesquier Bancos que hubieran de establecerse”.

al momento de analizar si la violación a tales normas se produjo, en estricto cumplimiento del Principio de Razonabilidad y del marco constitucional.

Lo expresado es sin perjuicio de la facultad del Poder Ejecutivo consagrada en el artículo 168 de la Constitución de la República que edicta

Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:

4º) Publicar y circular, sin demora, todas las leyes que, conforme a la Sección VII, se hallen ya en estado de publicar y circular, ejecutarlas, hacerlas ejecutar, expidiendo los reglamentos especiales que sean necesarios para su ejecución.

Es decir que el dictado de reglamentos de ejecución por el Poder Ejecutivo opera como otra limitante al contenido del reglamento, por cuanto al decir de Cajarville (2012), éstos

(...) son (...) “reglamentos especiales” que es necesario dictar para que el mencionado Poder pueda cumplir con su deber constitucional de ejecutar y hacer ejecutar una ley que se ha perfeccionado como tal. La circunstancia de hecho que habilita el ejercicio de la potestad conferida por el mentado N° 4 consiste, entonces, en la imposibilidad de ejecutar una ley si no se dictan “los reglamentos especiales que sean necesarios para su ejecución” (p. 491).

Esto significa que el reglamento especial de ejecución puede y debe regular la materia referida en la Ley, pero dentro de los límites fijados por ésta, para lo cual la Administración goza de un margen reducido de discrecionalidad a fin de regular aquellos aspectos necesarios para ejecutarla. Por lo que, si la ley contiene conceptos jurídicos indeterminados, como los ejemplos que vienen de analizarse, la Administración no solo estará facultada para determinarlos sino que deberá hacerlo para poder hacer la ejecución legal posible, en estricto cumplimiento de su deber; y esto por expresa disposición constitucional que habilita tal regulación especial, y que distribuye la competencia material, asignando la potestad reglamentaria de principio al Poder Ejecutivo, salvo que la materia sea de estricta reserva legal (véase al respecto el Capítulo 4) o que se configuren situaciones de reglamentos autónomos, con base constitucional.

El reglamento especial de ejecución o subordinado, según clasificación efectuada por el Profesor Felipe Rotondo (2021, 67-69), se diferencia del reglamento de integración o autorizado, que es definido como

(...) el que emite la administración en virtud de una atribución legal. La ley establece el “principio jurídico general” y deja a aquella “la facultad de completar, interpretar e integrar ese principio, precisándolo circunstanciadamente” (Dromi, 1973); por ej., una ley que exime de impuestos a materias primas importadas y encomienda al Ejecutivo la determinación de los productos a incluir como tales. No debe implicar delegación (p. 68).

En este caso, el reglamento complementa la ley para desarrollar un principio en ella contenido, por lo que también gozará de la discrecionalidad necesaria para regular todos aquellos aspectos que permitan concretar ese principio. No se trata de la mera ejecución

de la Ley, sino que la Administración, por ser conocedora de la realidad concreta y las necesidades de interés general que debe atender, está expresamente habilitada para ponderar y agregar aquellos elementos que permitan encontrar la mejor solución, guiada por el Principio de Razonabilidad antes referido, y el fundamento sobre el que se asienta el Principio que el legislador consagró, el que operará como limitante de dicha colaboración. Abarno y Piegas (2019) admiten la aplicación atemperada del Principio de Legalidad en su dimensión formal, por similares fundamentos a los esgrimidos en el presente Capítulo; no obstante, en su vertiente material (mandato de tipificación) al considerar las condicionantes para que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea legítima sostienen

(...) Se exige que la ley contenga criterios claros para instruir a quien dictará el reglamento, que establezca condiciones o directrices que sirvan de pauta para el reglamento. No sería admisible una remisión total a la regulación por vía reglamentaria, que viene a otorgar a la Administración potestad ilimitada para configurar ilícitos y sanciones (p. 31).

Postura que se comparte, y complementa lo expresado en cuanto a que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se avizora como la adecuada para habilitar la colaboración reglamentaria ejercida con respeto por los límites señalados.

Para concluir este apartado, la respuesta a la interrogante planteada al inicio de la presente investigación se vincula con la aplicación atemperada del Principio de Tipicidad, que -al decir de Román Cordero- opera como pauta, en tanto establece la línea medular sobre su estructuración en la materia que nos ocupa, y como cota máxima, porque su traspolación desde el Derecho Penal tiene en ésta un alcance más flexible (Román Cordero, 2009, 95 y Román Cordero, 2018, 123-124). En base a las consideraciones efectuadas precedentemente, los límites de la potestad reglamentaria, que se entiende implícitamente comprendida en los poderes jurídicos de la Administración, están dados por las bases establecidas en la norma legal sancionatoria, la materia por ella regulada y la competencia material de la Administración. Si se tratare de un reglamento de ejecución, la Administración deberá y podrá reglamentar la norma, limitada por la materia y los aspectos tratados en la misma. En los reglamentos de integración o autorizado, el límite lo marcará el fundamento sobre el que se asienta el Principio que el legislador consagró. Si la norma legal consagra un concepto jurídico indeterminado, que como se expresó, se considera la técnica de colaboración reglamentaria más adecuada, el ejercicio de dicha potestad deberá limitarse a concretarlo. En cualquiera de las hipótesis mencionadas, dicha colaboración deberá estar guiada por el Principio de Razonabilidad y la centralidad de la persona humana, que deberán plasmarse en la solución a adoptar. Como señalan Abarno y Piegas (2019)

(...) el principio de legalidad desde el punto de vista material, entendido como descripción de conductas y sanciones legalmente establecidas adquiere un especial destaque, en función del principio de seguridad y certeza jurídica que impregna todo el sistema normativo (...) Si bien en nuestra disciplina la tensión entre autoridad y libertad es una característica permanente, en el campo de potestad sancionatoria de la Administración esa acción de fuerzas adquiere uno de sus puntos álgidos; y es allí donde justamente principio de legalidad y su derivado el de tipicidad, se erige como

un punto de equilibrio, propugnando encontrar su centro o punto medio, el cual indudablemente lo constituye la centralidad de la persona (p. 39).

Por último, si la materia regulada por la ley es de estricta reserva legal, la colaboración reglamentaria no operará. Ahora bien, cabe precisar que en todos los casos, la legitimidad del reglamento o del acto aplicativo de éste como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración será pasible de ser controlado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, conforme se analizará seguidamente (V. Capítulo 4).

4) Breve reseña y análisis de la interpretación jurisprudencial de la colaboración reglamentaria

En la medida que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “(...) se constituye en la última frontera para salvaguardar los derechos de los justiciables” (cita del Ministro Gómez Tedeschi efectuada por Abarno y Piegas, 2019, 34), el presente Capítulo versará sobre la incidencia del Principio de Tipicidad con la atemperación señalada precedentemente, en su fase aplicativa. Esta última será explicitada a partir de una breve reseña de algunos casos jurisprudenciales que se comentarán a la luz de las conclusiones arribadas en el precedente Capítulo 3. Previamente, cabe precisar que la incidencia del mentado Principio adquiere relevancia en el control judicial, sea por vía de declaración de inconstitucionalidad de la ley, cuando la tipificación sea laxa, muy abierta o insuficiente, constatándose un ejercicio inconstitucional del llamamiento de colaboración reglamentaria, o por vía de la impetración de la acción de nulidad, cuando dicha colaboración es ilegítima porque el reglamento regula materia reservada a la ley, creando tipos infraccionales y determinando sanciones que no fueron habilitadas previamente por ley mediante las cláusulas de habilitación y remisión correspondientes.

A continuación se reseñan algunos ejemplos de la irradiación del Principio de Tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁴ sea para anular o para confirmar el acto administrativo sancionatorio: 1) Se demanda la nulidad de una sanción de apercibimiento impuesta a un abogado por la Suprema Corte de Justicia, fundada en el numeral 2° del artículo 149 de la Ley N° 15.750 (24-VI-1985), por entender que si bien el numeral 5° del artículo 55 de la referida norma legal establece la competencia genérica de la Suprema Corte de Justicia en cuanto a la potestad disciplinaria con relación a las profesiones de abogado, escribano y procurador, dicha competencia luego se encuentra limitada solamente a la profesión de abogado, por el artículo 148 del mismo cuerpo normativo. En virtud de que el acto sancionatorio se fundó en la norma que establece la competencia del Alto Cuerpo en la superintendencia de las profesiones de abogado, escribano y procurador, y considerando la taxatividad de las sanciones

14 Si bien se efectuó una compulsa jurisprudencial que abarca el trienio 2020-2022, solamente se seleccionaron aquellas sentencias en que se consideró el Principio de Tipicidad sea para anular o confirmar el acto administrativo sancionatorio; excluyéndose aquellas en las que se esgrimió como fundamento por el actor, pero que el Tribunal no lo considera como fundamento de su fallo.

pasibles de aplicación del artículo 148, y que la conducta del actor ⁽¹⁵⁾ no encuadra en ninguna de las hipótesis previstas en el art. 149 de la LOT, anula el acto por violar el principio de legalidad, y de tipicidad (Sentencia N° 103/020 (18/02/2020) dictada en autos “Vissillac Servián, Roberto María c/ Suprema Corte De Justicia- Acción de Nulidad”, Ficha N° 709/2015); 2) se demanda la nulidad de la aplicación de una multa de 10.000 U.R. (diez mil unidades reajustables) al propietario de un padrón rural, acto que se basó en una decisión dictada por la Junta Departamental de Canelones, que otorgó anuencia al ejecutivo departamental, a efectos de

definir el perímetro rural con asentamientos Humanos Paso Espinosa-Paso Picón de acuerdo al gráfico adjunto a la Resolución 15/03083 del 15/5/2015 en actuación 12 este expediente y definir una superficie de exclusión de actividades que generen perjuicio a la salud de los pobladores o al ambiente, establecida en 300 mts. de distancia medidos a partir de cada uno de los puntos del perímetro determinado en el gráfico adjunto a esta resolución.

El actor sostuvo que la multa fundada en dicha Resolución violaba el Principio de Tipicidad por ser genérico, abierto e impreciso, dado que no determina las actividades que se pueden realizar en torno a los 300 metros de exclusión, no pudiendo saber con antelación si la actividad que se ejerce configura una contravención a la normativa y que es de carga de la Intendencia de Canelones la prueba de que el realizar “x” actividad perjudica al ambiente o a la salud. El Tribunal confirmó el acto por tratarse de un acto aplicativo de un Decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, que entendió que fue dictado en cumplimiento de la normativa constitucional y legal que regula el medio ambiente (Sentencia N° 290/020 (02/06/2020) dictada en autos “Castilla Butti, Máximo c/ Intendencia Departamental De Canelones. Acción de nulidad- Ficha N° 105/2017); 3) se demanda la nulidad de la Dirección Nacional de Aviación Civil e Infraestructura Aeronáutica (DINACIA), por la cual se dispone:

1°.- Aplicar una sanción consistente en un “Apercibimiento” con anotación en su legajo de la Dirección de Transporte Aéreo Comercial, a la empresa LATAM por no reintegrar al Sr. Carlos Herrero el 80% del precio del pasaje, según lo establecido por la normativa vigente.

La actora sostiene, entre otros argumentos, que se transgredieron los Principios de Legalidad y Tipicidad porque al momento de los hechos, no existía la reglamentación prevista por el artículo 192 del Código Aeronáutico que impusiera infracciones y sanciones; por ende, entiende que no hay conducta típica sancionable. El Tribunal confirmó el acto impugnado dado que la actuación de la DINACIA se enmarca en la potestad sancionatoria genérica establecida en el artículo 192 del Código Aeronáutico, de acuerdo con los amplios cometidos de contralor de la referida unidad ejecutora conforme al artículo 21 del Decreto Ley No. 14.747 (28-XII-1977). Asimismo, en tanto la actividad de LATAM, como compañía aérea autorizada a explotar servicios de

15 Consistente en realizar una denuncia -en interés propio- por apropiación indebida de \$ 700 contra una empleada doméstica que afirma haber despedido y dando la noticia criminis setecientos ochenta y cuatro días después de haber ocurrido el maleficio, respecto de la cual se dispuso su archivo, y el abogado apeló. Se entendió que movilizó indebidamente el Poder Judicial, y por eso se lo sancionó.

transporte aéreo comercial en la República, se encuentra regulada por la autoridad aeronáutica nacional, esto es, la DINACIA (artículo 106 del Código Aeronáutico), y dado que el Decreto del Poder Ejecutivo N° 507/002 (31-XII-2002) cometió al Director Nacional a convocar a la Junta de Infracciones y a ésta a: “Realizar las investigaciones e instrucciones que la Dirección Nacional disponga en ocasión de la presunta comisión de infracciones aeronáuticas administrativas” y a “Asesorar a la Dirección Nacional en cuanto a las sanciones a aplicar por la comisión de las referidas infracciones y las eventuales medidas correctivas”, el Tribunal concluye que la demandada actuó dentro del ámbito administrativo, conforme a sus potestades y competencias (Sentencia N° 371/021 (24/08/2021) dictada en autos “LATAM AIRLINES GROUP S.A. c/ Estado. Ministerio de Defensa Nacional. Acción de Nulidad”, Ficha N° 185/2019); 4) se demanda la nulidad de una Resolución dictada por la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, por la cual se dispuso sancionar a Industria Sulfúrica S.A. (ISUSA) con una multa de UI 30.000 (treinta mil unidades indexadas) por incumplir la normativa relativa a hechos relevantes, en el entendido de que no le informó al Banco Central del Uruguay que se encontraba evaluando la realización de un proceso de reestructura interna de las operaciones, conforme exigencia establecida en el literal w) del artículo 245 de la Recopilación de Normas del mercado de Valores. Si bien la actora no se agravia por la violación al Principio de Tipicidad ⁽¹⁶⁾; lo cierto es que el Dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo “(...) cimenta el temperamento anulatorio en cierta indeterminación, amplitud o laxitud del tipo infraccional aplicable al caso”. Y es por ello que el Tribunal analiza la eventual afectación al Principio de Tipicidad; concluyendo que en la especie no se produjo. Esto por cuanto “A juicio de la Corporación (...) la normativa reseñada satisface las exigencias mínimas del “mandato de tipificación” exigible en el Derecho Administrativo Sancionador, el cual es muy distinto al del Derecho Penal”. Cita a los autores Alejandro Nieto y María Lourdes Ramírez Torrado, señala que la suficiencia en la tipificación es una exigencia de seguridad jurídica que “(...) se concreta, (...) no en la certeza absoluta (sino) en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta”. El Tribunal entiende que conforme los artículos 5, 7, y 9 de la Ley N° 18.627 (2-XII-2009) Regulación del Mercado de valores. Deuda Pública se confiere competencia al Banco Central del Uruguay para velar por la transparencia, la competitividad y el funcionamiento ordenado del mercado de valores, por la adecuada información de los inversionistas y por la reducción del riesgo sistémico (artículo 5), así como para sancionar el incumplimiento a las normas dictadas por el Poder Ejecutivo y la Superintendencia de Servicios Financieros de tal entidad bancaria, regulatorias de la materia, consagrando un elenco de sanciones pasibles a ser aplicadas (artículo 118). A su vez que consagra la obligación, para los emisores de valores de oferta pública, de divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, toda información esencial respecto de sí mismos, de los valores ofrecidos y de la oferta (artículo 5) (Considerando III) de la Sentencia N° 763/022 (1°/11/2022) dictada en autos “INDUSTRIA SULFURICA S.A. con BANCO CENTRAL DEL URUGUAY. Acción de Nulidad”, Ficha N° 567/2020). Si bien no se establece expresamente la infracción administrativa, el legislador con expresa base

16 La actora finca sus agravios en la falta de proporcionalidad de la sanción -por no considerarse el elenco de sanciones establecidas en el artículo 118 de la Ley N° 18.627 (2/12/2009)- y en que la obligación de denunciar los hechos como “relevantes” regía una vez que se concretó la aprobación del plan de reestructura por parte del órgano de administración de la empresa; no con anterioridad.

constitucional (art. 196) confiere al Banco Central del Uruguay la potestad de dictar la normativa interna que regula la materia, y la potestad sancionatoria.

Por lo que se desprende de los fallos jurisprudenciales, y en consonancia con el análisis efectuado supra (véase Capítulos 2 y 3 in fine), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo aplica el Principio de Tipicidad de manera atemperada, considerando las características de la materia que nos ocupa. En efecto, en los cuatro casos reseñados se advierte el reconocimiento de la potestad sancionatoria a partir de una actividad de interpretación lógico-sistemática de la conjunción de varias normas legales de atribución genérica de competencia dado que considera los cometidos (materia disciplinaria, medio-ambiental, actividad aérea comercial y superintendencia del mercado de valores) y los poderes jurídicos asignados (de policía, de regulación y de sanción) consagrados en el numeral 5° del artículo 55 de la Ley N° 15.750 LOT, en el Caso N° 1, las normas constitucionales y legales que consagran la protección del medio ambiente, en el Caso N° 2, en el artículo 192 del Código Aeronáutico, en el Caso N° 3, y en los artículos 5, 7, 9 y 118 de la Ley N° 18.627, en su texto vigente, en el Caso N° 4, respectivamente. Adviértase que en el artículo 192 del Código Aeronáutico (Caso N° 3) se dispone

(Sanciones).- Las infracciones a las normas de este código y su reglamentación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, serán sancionadas con: 1° Apercibimiento. 2° Multa. 3° Inhabilitación temporaria hasta diez años. 4° Cancelación de la concesión o autorización.

La reglamentación establecerá la sanción que corresponda a cada infracción y los límites dentro de los cuales la autoridad aeronáutica podrá graduarla”.

230

Por su parte, el Decreto N° 507/002 (22-IV-2003) en el Capítulo referente a la Reformulación de la estructura administrativa establece que el Director Nacional de Aviación Civil e Infraestructura Aeronáutica, entre otras potestades, podrá “Convocar a la Junta de Infracciones”, siendo que ésta tiene los poderes jurídicos de investigación de infracciones y de asesoramiento al mentado Director para imponer las sanciones correspondientes. De esta manera, para concluir el Tribunal en la existencia de potestad sancionadora debió realizar una tarea interpretativa lógico-sistemática de las normas legales y reglamentarias existentes, que consagran las potestades de regulación y control que tiene la DINACIA en el caso, y de cuya conjunción armónica surge implícitamente consagrada. El mismo aserto puede afirmarse respecto del Caso N° 2. No así de los Casos N° 1 y 4 en que la potestad sancionatoria es otorgada en forma expresa. En efecto, el numeral 5 del artículo 55 de la LOT consagra genérica pero expresamente la potestad sancionatoria, al otorgar a la Suprema Corte de Justicia el ejercicio de la potestad de policía sobre las profesiones de abogado, escribano y procurador (Caso N° 1); y el numeral 12 del artículo 9 de la Ley N° 18.627 referida dispone “Aplicar a todas las personas que infrinjan las normas las sanciones previstas en el artículo 118 de la presente ley, con excepción de aquellas que constituyen competencia atribuida al Directorio del Banco Central del Uruguay”. De todos modos, si bien consagra a texto expreso la potestad sancionatoria, la descripción de las infracciones administrativas queda librada a la reglamentación que dicte el Banco Central (Caso N° 4).

En definitiva, se advierte una aplicación relativizada del Principio de Tipicidad por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, enmarcando el ejercicio de la potestad sancionatoria en el Derecho Administrativo de forma que admite el núcleo sancionatorio sea completado por un llamamiento de colaboración reglamentaria, tal como se verificó en los Casos N° 2, 3 y 4 que se comentan. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo entonces, la potestad sancionatoria no se avizora como excepcional -como sí lo advierten quienes afirman la identidad ontológica del ilícito penal y la infracción administrativa- sino como genérica en tanto se erige en una potestad inherente a los cometidos de regulación y de control asignados por la norma atributiva de competencia en cada caso, y cuya fuente originaria se halla en la Constitución⁽¹⁷⁾ al consagrar el Principio de Separación de Poderes, según el cual la potestad legal y reglamentaria así como la materia abarcativa de una y otra, se distinguen nítidamente. En relación a la potestad reglamentaria y la reserva de la ley, el Profesor Juan Pablo Cajarville (2012) expresa que existen dos tipos de reserva de ley, a saber, una absoluta (aplicable en el sistema constitucional norteamericano) y una relativa (aplicable en nuestro sistema). En efecto

(...) Si en principio sólo se pudiera dictar reglas mediante ley, o aun si sólo se pudiera dictar reglamentos en materias determinadas o para ejecutar leyes, no sería necesario establecer expresamente que en ciertas materias que se especifican con precisión sólo se puede normar mediante ley. La lógica interna de un sistema constitucional como el nuestro, la lógica interna de su sistema de distribución de la potestad normativa, implica necesariamente la existencia de una potestad reglamentaria de principio (...). Y agrega “Por otra parte, ese supuesto de una potestad reglamentaria de principio es coherente con la significación del “principio de reserva de la ley” en la evolución histórica de las ideas y la realidad política que gestó el Estado de Derecho. Porque precisamente el principio de reserva de la ley, limitado a algunas materias -creación de impuestos y limitación de derechos- apareció como restricción a la potestad normativa de principio del monarca, potestad normativa que no se suprimía, puesto que se excluía en puntos específicamente determinados (pp. 481-482).

231

Y en cita al maestro Sayagués Laso, sostiene “(...) La potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y por consiguiente propia de la administración (...)” (p. 483). Entendida así la potestad reglamentaria, en virtud de lo expresado, y a modo de finalización del presente trabajo, cabe distinguir tres hipótesis, a saber, a) que la ley prevea el núcleo sancionatorio en su totalidad y otorgue expresamente potestad sancionatoria a la Administración; b) que la ley prevea parcialmente el núcleo sancionatorio, describiendo únicamente la infracción administrativa o la sanción aplicable y otorgue expresamente potestad sancionatoria a la Administración; c) que la ley prevea total o parcialmente el núcleo sancionatorio y no otorgue expresamente la potestad sancionatoria a la Administración. La primera hipótesis cumple en forma acabada el Principio de Tipicidad, por lo que exime de mayores comentarios. La tercera hipótesis -analizada en los Capítulos 2 y 3 precedentes- en opinión de la autora y como se desprende de los fallos jurisprudenciales relevados, admite la existencia de principio de la potestad

17 Carretero Pérez y Carretero Sánchez (1992) señalan que el auténtico fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración es el jurídico, y que la potestad sancionatoria de la Administración tiene su origen en la Ley, conforme al esquema normativo de un Estado de Derecho.

Expresan que la Constitución -norma suprema- será la fuente originaria de la potestad sancionadora y las leyes ordinarias desarrollarán su contenido (72).

reglamentaria de la Administración, por ser inherente a la función que cumple, la que incluye la potestad sancionatoria delimitada por los cometidos que tiene a su cargo.

Ahora bien, con relación a la previsión incompleta del núcleo sancionatorio (sea con o sin otorgamiento expreso de la potestad sancionatoria; segunda hipótesis planteada) también es admitida a nivel jurisprudencial, siempre que tanto la descripción de la infracción cuanto de la sanción estén dentro de la materia asignada por la norma atributiva de competencia; y se prevean las cláusulas de habilitación y remisión analizadas (V. subcapítulo 3.3.2), con una función de dirección que enmarque las pautas y los límites dentro de los cuales ha de moverse el reglamento (Nieto, 2012, 255).

En efecto, como se explicitó y analizó a lo largo del presente, a juicio de la autora, el fin que persigue la Administración es de interés general, verificado en cada caso en los cometidos asignados por la norma atributiva de competencia, para cuya concreción ésta le otorga poderes jurídicos. Por otra parte, toda actuación administrativa debe estar presidida por el Principio de Buena Administración, definida como un

(...) “hacer bien las cosas”, lo que supone la correcta determinación de los fines (Eficacia) y una adecuada selección de los medios para alcanzarlos en el menor tiempo y costo posible (Eficiencia), procurando no efectuar trámites inútiles, e intentando que los servicios públicos funcionen acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde, y las actuaciones sean seguidas en estricto cumplimiento de las garantías individuales (Durán Martínez, 2011, p. 33-34).

232

5) Conclusión

A modo de conclusión, a la pregunta de investigación inicialmente formulada acerca de los límites de la reglamentación de la norma legal que tipifica la infracción administrativa en el Derecho Administrativo Sancionador, se responde que:

- Las cláusulas de habilitación y remisión establecidas en la norma legal sancionatoria, al establecer claramente los elementos esenciales del tipo infraccional y la sanción aplicable en caso de incumplimiento, cumplen una función directiva limitante a la colaboración reglamentaria.
- Dicha colaboración va a estar, a su vez, delimitada por la atribución expresa o implícita de la potestad regulatoria, y la competencia material de la Administración que, en todo caso, debe perseguir el fin de interés general.
- Si se tratare de un reglamento de ejecución, la Administración deberá y podrá reglamentar la norma legal, limitada por la materia y los aspectos tratados en la misma.
- En los reglamentos de integración o autorizado, el límite lo marcará el fundamento sobre el que se asienta el Principio que el legislador consagró.
- Si la norma legal consagra un concepto jurídico indeterminado, que como se expresó, se considera la técnica de colaboración reglamentaria más adecuada, el ejercicio de dicha potestad deberá limitarse a concretarlo.

- En cualquiera de las hipótesis mencionadas, dicha colaboración deberá estar guiada por el Principio de Razonabilidad y la centralidad de la persona humana, que deberán plasmarse en la solución a adoptar.
- Por último, si la materia regulada por la ley es de estricta reserva legal, la colaboración reglamentaria no operará.

En definitiva, el presente trabajo intentó ensayar una respuesta para cada interrogante componente de la pregunta de investigación planteada al inicio (Capítulo 1), la que se resume expresando que en tanto el anclaje del Derecho Administrativo Sancionador es el Derecho Administrativo, la potestad sancionatoria se enmarca no como una potestad de excepción -en relación al Derecho Penal- sino como implícitamente comprendida en los poderes asignados a la Administración si la norma atributiva de competencia cuenta con los caracteres enunciados en el precedente desarrollo, para el cumplimiento de sus cometidos, en tanto gestora del interés general como lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El posicionamiento en que se encuentra la Administración en el actual contexto de gobernanza, cooperando con los particulares para la consecución del bien común -con un marcado acento de su rol regulatorio-, y la imposibilidad material y técnica de tipificar legalmente todos y cada uno de los deberes a cargo de los administrados -por el dinamismo que exige la concreción del bien común como consecuencia de los cambios operados a nivel económico, jurídico, y socio-político en nuestra sociedad en las últimas décadas- exigen una aplicación flexible del Principio de Tipicidad. Ello se traduce en la tipificación del núcleo sancionatorio mediante la modalidad de llamamiento de colaboración reglamentaria si bien, dicha colaboración estará limitada por la inclusión de las cláusulas de habilitación y remisión en la norma legal, consecuencia de lo cual los elementos esenciales del tipo infraccional van a estar determinados en la ley, que fijará las directivas dentro de las cuales pueden adicionarse los aspectos de detalle por el reglamento, el cual no podrá innovar, y con la salvedad de que la materia regulada no sea de reserva exclusiva de aquella.

En este estado de cosas, y en consideración a las técnicas de tipificación señaladas por la doctrina, se advierte como más adecuada la utilización de conceptos jurídicos indeterminados porque cumple la doble garantía de dotar a la Administración de la flexibilidad necesaria para concretar el fin de interés general -en tanto servidora de los administrados- y de respetar la centralidad de la persona humana; técnica regulatoria que deberá estar enmarcada en estricto cumplimiento de las garantías constitucionales y derechos fundamentales de la persona humana y con total sujeción a los Principios de Juridicidad y Razonabilidad. Por lo que, en todo caso, la Administración deberá respetar la denominada “regla de oro” en la materia consistente en que

(...) la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para autorizarla para que “cree” figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma (Nieto, 2012, p. 274).

Referencias bibliográficas

- Abarno A. I., Y Piegas S. (2019). Principios de Legalidad y Tipicidad en el régimen administrativo sancionatorio. Análisis de jurisprudencia. En C. Vázquez (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionatorio. En homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris* (27-39). F.C.U., 1ª ed.
- Balbin C. F. (2008). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I* (1ª ed., 1ª reimpression). FED-YE, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Bs As., Argentina.
- Boulin Victoria I. (2013). *Decisiones Razonables. Hacia la Racionalidad de la Administración Pública*. Marcial Pons.
- Cagnoni J. A. (2008). ¿Qué son los poderes implícitos? *Revista de Derecho Público*. 17 (33), 195-197.
- Cagnoni J. A. (1995). Límites a la Discrecionalidad. Los conceptos jurídicos indeterminados. En *Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público: Responsabilidad del Estado y Jurisdicción* (73-100). Editorial Universidad.
- Cagnoni J. A. (1992). Evolución del régimen jurídico de las personas públicas no estatales. *Revista de Derecho Público* 1 (1), 27-34.
- Cagnoni J. A. (1989). Estado y Sociedad: El Principio de Subsidiariedad. En *Estudios sobre el Estado Democrático y Social de Derecho*, (31-61). Barreiro y Ramos.
- Cajarville Peluffo J.P. (2012). *Sobre Derecho Administrativo Tomo I* (3ª ed. ampliada). F.C.U.
- Cagnoni J. A. (2008). *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II* (2ª ed. ampliada). F.C.U.
- Cagnoni J. A. (1984). Invalidez de los actos administrativos en la Ley N° 15.524. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho. *Temas de Derecho Administrativo* 3, 5-45.
- Carretero Pérez A. y Carretero Sánchez A. (1992). *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- Cassagne J. C. (2010). Los principios del Derecho Penal en la actividad sancionadora de la Administración. *Estudios de Derecho Administrativo* 2010 (2), 63-81.
- Cordero Quinzacara E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII (1er semestre), 399-439.
- Couture E. J. (1983). *Vocabulario Jurídico* (2ª reimpression). Ediciones Depalma, Bs. As.
- Delpiazzo C. E. (2022). *Derecho Administrativo General y Especial, Tomo 1 Parte General, Volumen 1 Fundamentos del Derecho Administrativo*. La Ley Uruguay.
- Delpiazzo C. E. (2019). *Contratación Administrativa* (1ª ed. aumentada y puesta al día). F.C.U.
- Delpiazzo C. E. (2016). Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho Administrativo Global. *Revista de Derecho Público*, 25 (50), 27-54.

- Delpiazzo C. E. (1978). Las sociedades de economía mixta en el marco de nuestro Derecho Público. *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, II (2), 17-27.
- Durán Martínez A. (4 y 5 de octubre de 2021). *Impacto de la Globalización en la Actividad Administrativa* [disertación]. Exigencias del Derecho Administrativo del Siglo XXI, Actas del XX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Montevideo. La Ley Uruguay.
- Durán Martínez A. (2020). *Derecho Administrativo. Dimensión Social*. La Ley Uruguay, Uruguay.
- Durán Martínez A. (2011). Tendencias actuales del procedimiento administrativo en el Uruguay. *Revista de Derecho Público* 20 (40), 27-40.
- Javier J. (2016). Sistema Económico, Mercado y Estado en la Constitución Uruguaya. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, IV (29), 39-43.
- García de Enterría y Fernández T-R. (2015). *Curso de Derecho Administrativo, Vol. I*, (17^{ma} ed.). Civitas y Thomson Reuters, España.
- Huergo Iora A. (2007). *Las sanciones administrativas* (1^a ed.). Iustel, Madrid.
- Laborde Goñi M. (2019). La potestad sancionatoria en la actividad regulatoria. En C. Vázquez (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionatorio, En homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris*, (105-117). Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, F.C.U., 1^a ed.
- Lorenzo S. (1996). *Sanciones Administrativas*, IBdeF, Julio César Faira editor.
- Matute González C.F. (4 y 5 de octubre de 2021). *La gobernanza de la globalidad y el nuevo Derecho Administrativo* [disertación]. Exigencias del Derecho Administrativo del Siglo XXI, Actas del XX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Montevideo. La Ley Uruguay.
- Méndez A. (s/f). *Contribución del Estudio del Derecho Administrativo*. Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho.
- Mora Caruso G. (2021). Principios de obligatoriedad y de oportunidad en el Derecho Administrativo Sancionador. En *Principios de Derecho Administrativo Sancionador* (189-200). Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1^a ed.
- Nieto A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador* (5^a ed.). Tecnos, Madrid, España.
- Pezzutti M. (2015). Algunas reflexiones sobre el principio de especialidad (en especial, sobre la construcción de obra pública. En *Organización Administrativa*, (pp. 27-51). Universidad de Montevideo, 1^a ed.
- Román Cordero C. (2018). La sanción administrativa y las fronteras del Derecho Administrativo Sancionador. *Ius Publicum* 40 (2018), 115-139.
- Román Cordero C. (2009). El Derecho Administrativo Sancionador en Chile. *Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, VIII (16), 89-101.
- Rotondo Tornaría F. (2021). *Manual de Derecho Administrativo* (11^{va} ed. ampliado y actualizado a junio 2021). F.C.U.

- Ruocco G. (2019). Principios aplicables al régimen administrativo sancionatorio. En C. Vázquez (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionatorio. En homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris* (11-26). F.C.U., 1ª ed.
- Ruocco G. (2010). Principios de Legalidad, Tipicidad y de Prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración. *Estudios de Derecho Administrativo* 2010 (2), 121-165.
- Saettone Montero M. (2019). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas. En C. Vázquez (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionatorio. En homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris* (169-186). F.C.U., 1ª ed.
- Soler G. (2019). Graduación de las sanciones. En C. Vázquez (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionatorio. En homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris* (217-233). F.C.U., 1ª ed.
- Veloso Giribaldi N. (2021). El Principio de Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionatorio. En *Principios de Derecho Administrativo Sancionador* (37-56). Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1ª ed.

Jurisprudencia

- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2020, febrero 18). Sentencia 103 del 18 de febrero de 2020 (Sentencia n.º 103).
Recuperado de <https://www.cade.com.uy>
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2020, junio 2). Sentencia 290 del 2 de junio de 2020 (Sentencia n.º 290).
Recuperado de <https://www.cade.com.uy>
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2021, agosto 24). Sentencia 371 del 24 de agosto de 2021 (Sentencia n.º 371).
Recuperado de <https://www.cade.com.uy>
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2022, noviembre 1º). Sentencia 763 del 1º de noviembre de 2022 (Sentencia n.º 763).
Recuperado de <https://www.cade.com.uy>

Normas Jurídicas

Constitución:

- Uruguay. (1967). Constitución de la República.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967/168>

Leyes y decretos:

- Uruguay. (2013, diciembre 20). Ley N° 19.175: Declaración de interés general. Conservación, investigación y el desarrollo sostenible de los recursos hidrológicos y ecosistemas.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19175-2013>

- Uruguay. (1978, diciembre 15). Decreto-Ley N.º 14.859: Código de Aguas.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/14859-1978>
- Uruguay. (1971, octubre 20). Ley N.º 14.040: Creación de la Comisión del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural de la Nación.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/14040-1971>
- Uruguay. (1982, setiembre 17). Decreto-Ley N.º 15.322: Aprobación del sistema de intermediación financiera.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15322-1982>
- Uruguay. (2008, octubre 24). Ley N.º 18.401: Carta orgánica del Banco Central del Uruguay. Modificación.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18401-2008>
- Uruguay. (2002, diciembre 13). Ley N.º 17.598: Competencias de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17598-2002>
- Uruguay. (1987, noviembre 10). Ley N.º 15.903.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15903-1987/289>
- Uruguay. (2004, junio 8). Decreto N.º 186/004: Regulación de infracciones laborales.
Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/186-2004>

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

AGUSTINA MARÍA FRANCO SUÁREZ

Reflexiones respecto de la validez en el Derecho Administrativo Global
a la luz del concepto de regla de reconocimiento de H.L.A. Hart

Agustina María Franco Suárez

Investigador independiente (Uruguay)

afrancosuarez01@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-6011-3394>

Recibido: 14/10/2024 - Aceptado: 25/11/2024

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

Franco Suárez, A. M. (2024) Reflexiones respecto de la validez en el Derecho Administrativo Global a la luz del concepto de regla de reconocimiento de H.L.A. Hart. *Revista de Derecho*, 23(46), Artículo e468. <https://doi.org/10.47274/DERUM/46.8>

Reflexiones respecto de la validez en el Derecho Administrativo Global a la luz del concepto de regla de reconocimiento de H.L.A. Hart*

241

Resumen: El objeto del presente trabajo es tomar el concepto de validez de la teoría de H.L.A. Hart, desarrollado en “*The Concept of Law*”, y aplicarlo a los desarrollos de los autores Kingsbury, Krisch y Stewart respecto del Derecho Administrativo Global. Se intentará arribar a valoraciones respecto del mismo en cuanto a la validez de las normas que se le atribuyen, partiendo desde el concepto de regla de reconocimiento última, y su existencia como sistema jurídico.

Palabras clave: Derecho Administrativo Global; validez; sistema jurídico; teoría del derecho; H.L.A. Hart.

* Ensayo presentado en el curso de Derecho Administrativo Económico, del L.L.M. en Derecho en la Universidad de Montevideo (Uruguay).

Reflections on validity in Global Administrative Law in light of H.L.A. Hart's concept of the rule of recognition

Abstract: The purpose of this paper is to analyze H.L.A. Hart's concept of validity, developed in "*The Concept of Law*", applied to the developments of authors Kingsbury, Krisch and Stewart on Global Administrative Law. Thus, try to arrive at certain conclusions regarding the validity of the norms attributed to it, emphasizing on the concept of the ultimate rule of recognition, and its existence as a legal system.

Key words: Global Administrative Law; validity; legal system; theory of law; H.L.A.Hart.

242

Reflexões sobre a validade no direito administrativo global à luz do conceito de regra de reconhecimento de H.L.A. Hart.

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar o conceito de validade de H.L.A.Hart, desenvolvido em "*The Concept of Law*", aplicado aos desenvolvimentos dos autores Kingsbury, Krisch e Stewart sobre o Direito Administrativo Global. Assim, procura-se chegar a determinadas conclusões quanto à validade das normas que lhe são atribuídas, enfatizando o conceito de regra última de reconhecimento, e a sua existência como sistema jurídico.

Palavras chave: Direito Administrativo Global; validade; sistema jurídico; teoria do direito; H.L. Hart

Sobre el Derecho Administrativo Global

Para introducir el concepto Derecho Administrativo Global (en adelante también DAG) se tomará como referencia el trabajo de los profesores B. Kingsbury, N. Krisch y R. Stewart, “The Emergence of Global Administrative Law” (2005)¹. Este estudio ofrece una primera aproximación académica a este fenómeno con el objetivo de describir las dinámicas jurídicas -y muchas veces metajurídicas- que ocurren a nivel mundial.

Así, estos autores sostienen la existencia y el surgimiento “inadvertido” del llamado Derecho Administrativo Global, y escriben:

Los modelos de gobernanza global que han ido surgiendo han sido moldeados por un poco evidente pero importante y creciente cuerpo de normas de derecho administrativo global. Este cuerpo de normas no se encuentra hoy en día unificado - de hecho, no es todavía un campo organizado en la academia o en la práctica.

y continúan,

Se han establecido sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional a nivel global. (Kingsbury, Krisch & Stewart, 2010, p. 5-6)

Los citados autores (Kingsbury, Krisch & Stewart, 2010) definen el Derecho Administrativo Global como:

Aquel que incluye los **mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y promueven o que de otra forma afectan el *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, promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueba**. (p. 6, destacado propio).

Este fenómeno tiene su base en la expansión de las funciones administrativas y reguladoras más allá de los límites nacionales de los Estados, ejercido no ya por organizaciones interestatales o internacionales, sino por organizaciones o sujetos cuya calidad varía entre puramente estatal, y puramente privado. Este enfoque busca construir un sistema administrativo global que pueda gestionar eficazmente cuestiones transnacionales. Y, efectivamente, es innegable que hay diversos asuntos que necesariamente exigen su tratamiento a nivel global: el cambio climático, la seguridad alimentaria, equilibrando la eficacia y la equidad en la administración pública a nivel mundial.

1 El trabajo original de los autores KINGSBURY, KRISCH y STEWART fue publicado en 2005 en la Revista de Duke Law, N. 68, Law and Contemporary Problems, p. 15-62, disponible en Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2>. Para el presente trabajo se referencia la publicación efectuada en el año 2010, en la Revista de Derecho Público, de la Universidad de los Andes.

Darnaculleta (2016) escribe sobre el carácter bidireccional de las manifestaciones del DAG, sosteniendo que son el resultado de: i) la presión que ejerce la globalización sobre el derecho, dando lugar a la desestatalización, ii) trasladar la globalización jurídica a las exigencias del estado de derecho, o las exigencias de la rule of law, dando lugar a un proceso de administrativización del espacio jurídico global. Así, la citada autora acertadamente lo denomina su resultado un **mosaico de relaciones, lo que Kingsbury, Krisch y Stewart han nombrado como Espacio Administrativo Global**.

Ahora bien, como queda relevado, el Derecho Administrativo Global es una construcción académica a partir de la realidad, y no al revés. Esto habilita la posibilidad de análisis y de construcción sobre lo trabajado desde distintas ópticas. Así, se plantean entonces las siguientes preguntas que son brevemente analizadas en el presente trabajo: ¿el DAG es derecho? ¿Existe como un sistema jurídico? ¿de dónde surge su validez?

Resulta más que interesante analizar el DAG a la luz de la Teoría General del Derecho. El objeto del presente trabajo es tomar el concepto de validez de la teoría de H.L.A. Hart, desarrollado en "*The Concept of Law*", y aplicarlo a los desarrollos de los autores Kingsbury, Krisch y Stewart respecto del Derecho Administrativo Global. Así, intentará arribar a valoraciones respecto del mismo en cuanto a la validez de las normas que se le atribuyen, partiendo desde el concepto de regla de reconocimiento última, y su existencia como sistema jurídico.

II. El concepto de validez: la mirada de H.L.A. HART

a) Brevísimas exposiciones de la teoría de Hart

Un análisis verdaderamente exhaustivo respecto de la validez del Derecho Administrativo Global, supone una serie de cuestiones que exceden el objeto del presente trabajo. Por ello, a fin de establecer un punto de partida, se tomará como concepto de validez el que expone HART en "*The Concept of Law*", que surge a partir de la *regla de reconocimiento*. De la existencia de este concepto fundacional en la teoría de HART se desprenden otras cuestiones relevantes como lo es la existencia misma de un sistema jurídico, condición necesaria para ello la regla de reconocimiento última o criterio de validez supremo que será también analizado.

De acuerdo con HART (1998), en cada sistema normativo hay dos tipos de reglas, las reglas primarias y las reglas secundarias. Las reglas primarias son aquellas que determinan deberes y obligaciones, de cumplimiento directo por los sujetos o ciudadanos. Las reglas secundarias - que interesan a los efectos del presente trabajo se subdividen a su vez en tres tipos, y son "reglas de reglas", o de reglas segundo grado, en el sentido de que refieren a las reglas primarias dado que determinan su creación, modificación, o supresión, identificación y resolución de conflictos o aplicación.

Entonces, las reglas secundarias se subdividen en: (i) reglas de cambio (*rules of change*) regulan procedimientos de creación de nuevas normas, modificando el orden de derechos y obligaciones preexistente, (ii) reglas de jurisdicción (*rules of adjudication*), que son aquellas que proporcionan procesos o mecanismos para resolver conflictos entre

normas, (iii) reglas de reconocimiento (*rules of recognition*) que son aquellas que identifican las normas de un sistema y que por consiguiente, identifican también aquellas que no forman parte del mismo.

No puede concebirse un verdadero sistema normativo sin los dos tipos de normas que mencionamos, por lo que una sociedad en la que existan solamente normas primarias, por ejemplo, no calificaría como sistema en el sentido más intrínseco del término; las reglas no formarían relaciones entre ellas, sin perjuicio de que puedan independientemente ser cumplidas por los sujetos.

Las normas secundarias dotan al sistema jurídico de características tales como dinamismo, eficacia y seguridad jurídica, y es respecto de **la seguridad jurídica** es que aparece la regla de reconocimiento.

b) La regla de reconocimiento y el concepto de validez

El concepto en el que se asienta el sistema de validez de la teoría de Hart es la regla de reconocimiento. Parte de la base conceptual de su antecesor Kelsen, que había formulado el concepto de norma hipotética fundamental. “La regla de reconocimiento es un **hecho social** entendido como una **práctica concordante** por tribunales, funcionarios, y particulares para identificar el derecho válido de un sistema jurídico” (Hart, 1998, p. 13, destacado propio).

Para Hart (1998, p.129): “decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema”. Así las reglas de reconocimiento actúan, en su papel de normas secundarias, como aquellas que permiten identificar qué normas existen y más aún, cuáles son parte del sistema identificado, y cuáles no. A su vez, como se mencionó, al existir variedad o multiplicidad de fuentes de derecho, dichas normas no tienen por qué ser iguales entre sí, y a su vez, dar lugar a nuevas normas también de diferentes características.

Ahora bien, aquí podemos observar la inspiración en el concepto de norma hipotética fundamental de Kelsen que mencionamos anteriormente. La regla de reconocimiento, por sus características, siempre conduce a otra regla de reconocimiento. Esto plantea la cuestión de cómo se determinan realmente los criterios de validez de estas normas de reconocimiento y quién tiene la autoridad para establecerlos. En última instancia, estas también son normas y, por lo tanto, requieren un proceso de validación.

Así, arribamos a la existencia de *regla de reconocimiento última* y al *concepto de criterio de validez supremo*. “...La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es (...) la regla última; y (...) hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo”. (Hart, 1998, p. 137)

Un criterio es **supremo** si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que el inverso de esto no sucede, y la regla de reconocimiento última, acredita su existencia mediante la observación y *obediencia* por los actores del sistema (jueces, funcionarios, ciudadanos).

La obediencia de las reglas del sistema, es la relación entre ciudadano -y el resto de operadores- con el derecho,

En la medida en que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema son obedecidas por el grueso de la población, esto es sin duda todo lo que necesitamos como prueba de que un sistema jurídico existe. (...) pero esta prueba no es todo lo que se necesita para describir las relaciones con el derecho implicadas en la existencia del sistema jurídico (Hart, 1998, p. 142).

Pero ¿qué es en esencia entonces la *obediencia* en Hart? Es, sencillamente, el convencimiento de que tal cosa *debe* hacerse, la “aceptación oficial unificada o compartida”, en la regla de reconocimiento última, donde se determina la validez de otras normas, “**para que ella exista, de alguna manera debe ser considerada desde el punto interno como un criterio común y público**” (Hart, 1998, p. 142, destacado propio).

III. El Derecho Administrativo Global a la luz de lo analizado: validez de las normas en el DAG

A la luz de los puntos relevados, aparecen dos cuestiones que deben analizarse. Como primer punto, ¿existe realmente una regla de reconocimiento última en el Derecho Administrativo Global? y como segundo punto, si la respuesta anterior es negativa ¿puede sostenerse que el Derecho Administrativo Global es un sistema jurídico?

a. ¿Existe una regla de reconocimiento última en el Derecho Administrativo Global?

La existencia de la *regla de reconocimiento última* es una de las condiciones de existencia de un sistema jurídico para Hart (1998): “... dondequiera que se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación” (p. 125).

Las características de la regla de reconocimiento son, (i) el criterio supremo de validez, que establece el criterio por el cual se determina la validez de todas las demás normas en un sistema jurídico; y (ii) aceptación de la misma, u obediencia o cumplimiento, es decir, que todos los participantes del sistema jurídico son conscientes de su existencia y la *aceptan* como el criterio para la validez de las normas.

Para Hart (1998)

En la vida cotidiana de un sistema jurídico, su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como regla (...) en la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, si no que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, **ya sea por tribunales, u otros funcionarios** (destacado propio) (p. 132).

Para entender si la regla de reconocimiento última también aplica en el contexto del Derecho Administrativo Global (DAG), según Kingsbury, Krisch y Stewart², veamos dos ejemplos:

Tratados Internacionales

Por un lado, analizamos la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Esta norma determina los criterios de validez y eficacia (como factores diferenciados) de los Tratados Internacionales. Aquellos tratados que se produzcan de acuerdo a lo que dicte esta norma serán reconocidos como válidos, asimismo, los tribunales internacionales reconocerán y aplicarán este tratado cuando deban dilucidar alguna cuestión relativa a alguna controversia que pueda existir respecto de alguna norma primaria, siguiendo esta norma secundaria.

Normas ISO

Por otro lado, analicemos la producción normativa de otro de los sujetos del Espacio Administrativo Global, la Organización Internacional de Normalización (ISO), es una organización “que reúne a expertos mundiales para que se pongan de acuerdo sobre la mejor manera de hacer las cosas, para todo, desde fabricar productos hasta gestionar procesos.”³ La ISO produce estándares, a los que denominan Normas ISO.

Estas normas son aplicadas respecto de productos, y procedimientos, y son utilizadas como certificaciones de los mismos para determinar que se cumplen ciertos estándares. Cuando se quiere determinar cuál es la regla de reconocimiento que actúa aquí, encontramos ciertos conflictos, ya que no se detalla el proceso por el cual una norma ISO es producida, sin embargo, sí existen ciertos procesos detallados como de certificación, de testeo y por último, de inspección. Podríamos determinar que dichos procesos serían normas de reconocimiento en el esquema planteado por Hart.

247

Problemas y dificultades

Aunque existen normas en el DAG, hay desafíos para identificar una única regla de reconocimiento que abarque todos los actores y normas en este ámbito. La multiplicidad de fuentes y sujetos en el DAG (como Estados, empresas, ONG, etc.) complejiza la identificación de una regla de reconocimiento común. Esto plantea la necesidad de ordenar y clasificar las normas para determinar cuáles son verdaderamente jurídicas y cuáles no.

La elección de las normas ISO no es casual. La ISO es un actor clave en el Espacio Administrativo Global según Kingsbury, Krisch y Stewart. Los estándares establecidos por esta organización facilitan el comercio internacional y pueden ser determinantes en la capacidad de vender en diferentes mercados. Pero ¿quién aplica estas normas? ¿quien las reconoce como tales? Sin duda, la ISO es una organización producto de la

2 Kingsbury, Krisch y Swart postulan que los sujetos de la Administración Global son el amplísimo elenco de los Estados, los individuos, las empresas, las ONG y “otras colectividades”. Para estos autores, “desglosar la dicotomía doméstico-internacional puede llegar a tener repercusiones adicionales sobre el modo en que concebimos a los sujetos de administración global” y continúan “en su concepción tradicional, eran los Estados” (p. 12).

3 Extraído de <https://www.iso.org/es/sobre>.

globalización, y su actuación tiene efectos *constatables* que afectan la vida de múltiples sujetos y crean, de alguna manera, guías que ¿deben? respetarse. En el contexto del derecho administrativo clásico, también pueden influir en la decisión de un Estado de contratar o no con un proveedor. Pero, ¿realmente estas normas constituyen derecho? ¿Forman parte de un sistema jurídico?

La regla de reconocimiento debe ser señalada, reconocida, aplicada por los operadores jurídicos, pero más aún, **debe ser obedecida en el sentido de que existe una común aceptación entre los operadores e integrantes del sistema jurídico de que dicha regla existe y más aún, debe haber consenso acerca de cuál es el criterio que surge de la misma.**

En resumen, mientras que en sistemas jurídicos tradicionales la regla de reconocimiento es clara y aceptada, en el Derecho Administrativo Global, la diversidad de actores y normas hace que sea más complicado identificar una regla de reconocimiento última común.

Es aquí donde la noción de DAG como Derecho y como sistema jurídico se torna débil: no existe un criterio común al que podamos denominar regla de reconocimiento. La multiplicidad de fuentes, de actores, de sujetos, exigen de los juristas la necesidad de ordenarlo y, al hacerlo, determinar cuáles son realmente fenómenos jurídicos y cuales responden únicamente a hechos.

b. ¿Puede el Derecho Administrativo Global entenderse como un sistema jurídico?

“En un sistema jurídico moderno, donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples...” (Hart, 1998, p. 125).

Como viene de mencionarse, no parecería haber un consenso sobre qué es derecho ni que se incluye dentro del mismo en el Derecho Administrativo Global, lo que surge de una ausencia de consenso respecto de las fuentes del mismo. Darnaculleta (2016) lo explicita de la siguiente manera: “... no existe un sistema jurídico global, ... **no todos los sistemas normativos relevantes para el DAG son derecho**” (p. 16). Rodríguez Arana (2010), sostiene “...la ausencia de un sistema de fuentes, de principios, y sobre todo, de un ordenamiento jurídico-administrativo global haya campado a sus anchas durante el tiempo en el que, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia” (p. 16)

Y aquí vale la pena detenerse, porque este punto complementa a la noción planteada anteriormente **respecto de la inexistencia de una regla de reconocimiento en el Derecho Administrativo Global.**

Darnaculleta (2016) entiende que hay una variedad de fenómenos normativos en este fenómeno - que clasifica como político- del Derecho Administrativo Global, habiendo dos tipos básicos: i) armonización de la regulación en un determinado sector de actividad, - así tenemos por ejemplo, en el área de derecho ambiental, finanzas, lavado de activos, lucha contra el terrorismo- ii) regulación de las normas de conducta, formas y procedimientos de actuación de la administración pública global o internacional, estos últimos provenientes

de valores y principios del Derecho Administrativo (especialmente el anglosajón o americano). Así, dentro del fenómeno de la administrativización de espacio global administrativo existen reglas internacionales materialmente administrativas que se aplican a las organizaciones internacionales.

Para las organizaciones internacionales hay un ordenamiento administrativo necesario para funcionamiento, que tiene un contenido puramente organizacional, pero hay un ordenamiento que lo excede, como lo es la aplicación de valores que son propios del Derecho Administrativo a dichas organizaciones. Hay una extensión de las reglas tradicionalmente “nacionales” al espacio jurídico global como lo son los principios (razonabilidad, imparcialidad, proporcionalidad, derecho a un debido proceso), la obligación de motivar las resoluciones, el control de las decisiones. Esto, por ejemplo, está reflejado en el concepto de *accountability*.

En la búsqueda por estos valores comunes, junto con la administrativización del derecho, podemos quizás, divisar la incipiente búsqueda de una regla de reconocimiento. Al trasladar los principios y valores del Derecho Administrativo, que son los principios y valores de determinado sistema normativo a otro pretendido sistema es un intento de armonización, de homogeneización dentro la multiplicidad de sujetos y normas que se encuentran dispersos.

Pero ante esto existen dificultades. Darnacullea (2016) entiende así,

La principal dificultad estriba, como es lógico, en consensuar el origen y el contenido de los valores y principios que deben aplicarse a las administraciones globales o internacionales. Ya hemos visto que, además de los principios propiamente jurídicos y de los valores incorporados en la práctica de las organizaciones internacionales y en el *soft law*, algunos autores proponen una extensión a la esfera global de los principios y valores derivados del Derecho Administrativo nacional. (p. 31)

La dificultad está en consensuar el origen y contenido de los valores y principios que deben aplicarse a las administraciones globales o internacionales - porque se hace en un régimen de disparidad absoluta y dependiente únicamente de la “voluntad” de cada organización.

Este desafío de consenso se ve reflejado en la falta de un marco normativo uniforme y aceptado globalmente que regule el Derecho Administrativo Global. La disparidad en las normas y principios aplicables a nivel internacional resalta la necesidad de un diálogo continuo y colaborativo entre diferentes sistemas jurídicos y organizaciones. La creación de un marco coherente que integre los principios del Derecho Administrativo nacional con los estándares internacionales podría facilitar una mayor uniformidad y eficacia en la regulación global. Sin embargo, este proceso requiere un equilibrio delicado entre la adaptación a contextos locales específicos y la preservación de valores comunes que promuevan la justicia y la equidad en la administración pública global. La evolución hacia una mayor cohesión en el Derecho Administrativo Global dependerá, en última instancia, de la capacidad de las comunidades jurídicas internacionales para construir consensos y armonizar sus enfoques normativos en un entorno cada vez más interconectado. Sin duda, no es tarea fácil lograr una noción universal de qué debe ser aplicado como derecho.

IV. Por último: el concepto de *accountability*

Por último, es importante señalar en el presente trabajo el concepto de *accountability*. Este término tiene origen en el derecho administrativo anglosajón, y no tiene un equivalente directo en el derecho continental.

De acuerdo con Kingsbury, Krisch y Stewart (2010)

El foco del derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas sustantivas, **sino el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global.** (p. 17)

Mientras que el análisis realizado hasta ahora se ha centrado en la validez, es decir, la existencia y regularidad del DAG como sistema jurídico, la *accountability* se presenta como el concepto de control posterior que asegura la legitimidad de las decisiones. Así, aunque el Derecho Administrativo Global, pueda o no considerarse en sí mismo como un sistema jurídico, es una realidad, y por ello resulta imprescindible dotarla de mecanismos de control, de los cuales Kingsbury, Krisch y Stewart distinguen como fundamentales: la participación procesal y transparencia, decisiones razonadas, y la posibilidad de revisión.

Sin embargo, también deben poner de relieve que los mecanismos de control existentes son aquellos que establecen las propias organizaciones por su cuenta, por lo que resulta también en una diversidad e incertidumbre de enfoques. Rodríguez Arana (2010) señala que "...ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad, y entre otros paradigmas, en la participación" (p. 19) y agrega:

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico administrativo global, y sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, **es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de *accountability* o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina administración democrática.** (destacado propio, RODRIGUEZ ARANA, 2010, p. 19).

El riesgo de que estas nuevas estructuras jurídicas y organizativas eludan el control adecuado destaca la necesidad de fortalecer los sistemas de *accountability* para garantizar una administración democrática genuina. Para que el Derecho Administrativo Global funcione de manera efectiva y legítima, es imperativo consolidar y uniformizar los mecanismos de control, asegurando que el sistema global pueda rendir cuentas de manera transparente y responsable. Aun cuando no exista consenso respecto de su existencia como sistema jurídico.

IV. Conclusiones

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1) El Derecho Administrativo Global es un *fenómeno* normativo y regulador que hoy en día ha tomado gran relevancia, impulsado por el fenómeno fáctico de la globalización, que obliga a la interconexión entre sujetos.
- 2) De estas interconexiones, los Estados dejan de ser mediadores necesarios para dar lugar a la interacción directa entre diversos sujetos, por ejemplo, ONG- particulares, u Organismos internacionales-empresas. Muchas veces, estas interacciones se dan en el marco de normativa creada por multiplicidad de sujetos, por lo que surge el cuestionamiento de si ello crea en su conjunto un verdadero sistema jurídico.
- 3) Por lo tanto, se ha pretendido llevar al campo de la Teoría General del Derecho y analizar si existe en este sistema normativo una regla de reconocimiento última, con las características atribuidas por H.L.A. Hart, concluyendo que al día de hoy, no se halla la misma.
- 4) A raíz de lo anterior, tampoco se sostiene que el Derecho Administrativo Global sea un verdadero sistema normativo.
- 5) Por último, se reivindica la importancia del concepto de *accountability*, como bastión de contralor y organizador de este fenómeno regulador.

Para concluir, creo conveniente citar a Darnaculleta (2016):

Como se ha apuntado, no existe un consenso sobre qué se entiende por Derecho y qué se entiende por Administración en el espacio jurídico global. Y probablemente ello es debido a la inexistencia de un sistema jurídico global y de una administración pública global. En términos más precisos, sospecho que el Derecho Administrativo Global no es Derecho, constato que la noción de Administración Pública Global es problemática y sostengo que es discutible incluso la tan popular dimensión global de este nuevo Derecho Administrativo. (p. 34).

251

Referencias bibliográficas

- Aguilar Valdez, O. (2011) *Sobre las fuentes y principios del Derecho global de las contrataciones públicas*, en Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Año 23, N° 75, pág. 15 y sigtes.
- Darnaculleta Gardella, M. (2016) *El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?* en Revista de Administración Pública, número 199, Madrid 2016 págs. 11-50.
- Delpiazzo, C. (2016) *Universalización de derechos, Economía disruptiva y Derecho Administrativo Global* en Revista de Derecho Público, Año 25, número 50, pág. 27-54.
- Kingsbury, B. y otros, (2010) *El surgimiento del Derecho Administrativo Global* en Revista de Derecho Público de Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Hart, H.L.A. (1998) *El Concepto del Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Rodríguez Arana, J. (2010) *El Derecho Administrativo Global: un derecho principal* en *Revista Andaluza de Administración Pública*, número 76, Sevilla, pág. 15-68.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

BARRERA, JORGE

Reseña de la actualización del libro: *“Código Penal uruguayo y Leyes Complementarias – Comentado”* de Miguel Langón (†) y Pedro Montano (Coord.)



*Reseña de la actualización del libro:
“Código Penal uruguayo y Leyes
Complementarias – Comentado” de
Miguel Langón (†) y Pedro Montano
(Coord.), Fundación de Cultura
Universitaria, Montevideo, 2024.*

Jorge Barrera

Universidad de Montevideo (Uruguay)

jbarrera@estudiobarrera.com.uy

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-7633-2874>

Este 2024 nos deja como invaluable regalo la nueva edición del ya emblemático “Código Penal” comentado por el Prof. Miguel Langón, que desde su primera edición hace ya más de una década se volvió de forma inmediata en una herramienta de referencia para abogados, jueces, fiscales y estudiantes de derecho en nuestro país.

Para esta nueva edición el Dr. Pedro Montano conformó y dirigió con esmero, dedicación, compromiso y rigurosidad un excelente equipo que amalgamó experiencia y juventud, integrado por quien escribe, por el Dr. Santiago Peluffo y el Dr. Joaquín Arigón, dejando como resultado la única obra completamente actualizada a octubre de 2024, que analiza la totalidad de las disposiciones normativas vigentes en nuestro país, tanto en lo vinculado a la denominada “Parte General” del Derecho Penal, como a la denominada “Parte Especial”.

Ese equipo asumió con energía, seriedad y también con mucha alegría, el importantísimo desafío de realizar un profundo relevamiento de todas las leyes con contenido penal sancionadas desde el año 2018 a la actualidad. Dentro de las leyes sancionadas se destacan: i) la Ley N° 19.643, del 20/07/2018 denominada “Ley de Prevención y Combate de la Trata de Personas”, que dio nueva redacción al artículo 280 del Código Penal, y agregó a ese cuerpo normativo los artículos 280 BIS a 280 QUINQUIES, creando, entre otras, las figuras de esclavitud sexual y unión matrimonial o concubinaria forzada o servil; ii) la Ley N° 19.889, del 09/07/2020, denominada “Ley de Urgente Consideración” (LUC), que realizó importantes modificaciones a la parte general del Código Penal, como al artículo 26 (legítima defensa) y al 89 (de la penalidad de los cómplices), modificó varias leyes especiales como el Decreto-Ley 14.294 sobre estupefacientes, y creó nuevas figuras en nuestro ordenamiento jurídico penal como la de resistencia al arresto y agravio a la autoridad policial (art. 173 BIS y 173 TER, CPU, respectivamente); iii) la Ley N° 20.327, del 23/08/2024, denominada Ley de “Prevención y Represión de la Ciberdelincuencia”, que introdujo a nuestro ordenamiento jurídico los delitos de Acoso Telemático (art. 288 BIS, CPU), Fraude Informático (art. 347 BIS,

CPU) y Daño Informático (art. 358 QUATER, CPU), entre otros ; iv) la Ley N° 20.347, del 19/09/2024, denominada "Enriquecimiento Ilícito. Figura Delictiva", que incorporó a nuestro Código Penal la figura de Enriquecimiento Ilícito en el artículo 159 BIS; v) la Ley N° 20.353, de 19/09/2024, denominada "Robo de Vehículos. Reducción y Prevención", que creó la figura de Clonación de Vehículo Automotor (art. 250 BIS, CPU), modificó las circunstancias agravantes especiales del delito de hurto (art. 341 CPU) y del delito de receptación (art. 350 BIS, CPU).

Todas estas leyes, en conjunto con muchas otras sancionadas en los últimos años, fueron analizadas en profundidad y comentadas desde la óptica de los más recientes avances doctrinales a nivel nacional e internacional, conjuntamente con los desarrollos jurisprudenciales vernáculos más recientes.

A su vez, esta nueva edición de tan emblemática obra se vio enriquecida desde otro punto de vista: la adaptación del lenguaje técnico al del actual proceso penal que rige en nuestro país, el denominado Nuevo Código del Proceso Penal, sancionado a través de la Ley N° 19.293 y que comenzara a regir el 1° de noviembre de 2017. Debemos recordar que la obra fue escrita por el autor originalmente en plena regencia del Decreto-Ley N° 15.032, por lo que pululaban en su interior referencias a términos ya en desuso. Ello determinó la realización de una exhaustiva revisión de todo el contenido de la obra en aras de actualizar su lenguaje técnico procesal, brindando así al público una herramienta actualizada desde todos los puntos de vista.

Al igual que en todas y cada una de sus ediciones anteriores, esta obra está destinada a consolidarse concomitantemente como un instrumento invaluable para todos los operadores del sistema de justicia penal y para todos los profesionales del derecho, así como una importante guía para los profesores de Derecho Penal en nuestro país, y como la principal herramienta manualística disponible para aquellos estudiantes que aspiran a la más alta calidad técnica en su formación.

Nuestra Universidad continúa así una línea de trabajo y de pensamiento comprometida con la excelencia técnica, con el sistema de justicia y con la formación de los futuros juristas.

No quisiera cerrar estas líneas sin recordar al Prof. Gonzalo Ayré, quien hasta el último de sus días en la tierra trabajó incansablemente en la cátedra de Derecho Penal de nuestra Universidad, y cuyo talento, dedicación y profesionalismo, sirvieron como gran inspiración de esta nueva obra.

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.

259

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.

263

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), 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 Montevideú.

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 Montevideú, 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.

267

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.

