

# Revista de

---

# DERECHO

---

## MENSAJE DEL DECANO

Tiempo de cambios

## DOCTRINA

### **ANIDO BONILLA, Raúl**

De la conversión de la comunidad en sociedad

### **ARAMBERRI, Mariano**

La regulación de la objeción de conciencia en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay

### **BECKER PINTO, Gabriela**

**CRUZ DA SILVA, Jéssica;**  
Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo

### **DELL' ACQUA, Georgina;**

### **SPAGNOLO, Florencia**

La importancia de una buena gestión humana empresarial en tiempos de pandemia

## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

### **DELPIAZZO, Carlos E.**

Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del Derecho Administrativo

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

### **VELASCO, Diego**

Comentario de sentencia sobre eutanasia: Corte Superior de Justicia de Lima, Décimo Primer Juzgado Constitucional, sentencia del 22-2-2021

## INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

## TESINAS DE MASTERS

### **BAGNULO CEDREZ, María Eugenia**

Arbitraje de inversión en el sector energético

## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

### **SANGUINETTI, Luciana**

La desheredación como forma de exclusión sucesoria

## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

### **LYNCH, Horacio M.**

¿Resistirá la ética de la abogacía la presión de los cambios de la profesión?: Abogacía y ética en el siglo XXI, Horacio M. Lynch et al

### **PEREIRA CAMPOS, Santiago**

Civil courts coping with Covid-19, Bart Krans y Anna Nylund (coords.), Eleven International Publishing, The Hague, 2021

### **FISCHER CASTELLS, Federico**

Principios de Derecho Administrativo Sancionador, Natalia Veloso Giribaldi, (coord.), Universidad de Montevideo, Montevideo, 2021





*Revista de*  
**DERECHO**

Año XX (Julio 2021), N° 39  
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO  
FACULTAD DE DERECHO

### Política de acceso abierto

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

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

### Indexada en:

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

### Redacción y suscripciones

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

### Contacto de la revista

E-mail: [redaccionfder@um.edu.uy](mailto:redaccionfder@um.edu.uy)  
Canje: [biblioteca@um.edu.uy](mailto:biblioteca@um.edu.uy)

### Página web de la revista

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

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

### Plazo de recepción de originales

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

### Aviso de derechos de autor

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

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

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

### Declaración de privacidad

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

Diseño: Ser Gráficos

Impresión: Ser Gráficos

Depósito legal: 374.615

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

Nº 39 – Julio 2021

*Revista de*  
**DERECHO**

**CONSEJO EDITORIAL**

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

**SECRETARÍA TÉCNICA**

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI

**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



**SUMARIO****MENSAJE DEL DECANO**

Tiempo de cambios ..... 9

**DOCTRINA****RAÚL ANIDO BONILLA**

De la conversión de la comunidad en sociedad ..... 15

**MARIANO ARAMBERRI**

La regulación de la objeción de conciencia en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay ..... 37

**GABRIELA BECKER PINTO****JÉSSICA CRUZ DA SILVA**

Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo ..... 53

**GEORGINA DELL' ACQUA****FLORENCIA SPAGNOLO**

La importancia de una buena gestión humana empresarial en tiempos de pandemia ..... 75

**CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES****CARLOS E. DELPIAZZO**

Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del Derecho Administrativo ..... 97

**JUSISPRUDENCIA COMENTADA****DIEGO VELASCO**

Comentario de sentencia sobre eutanasia: Corte Superior de Justicia de Lima, Décimo Primer Juzgado Constitucional, sentencia del 22-2-2021 ..... 111

**INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y postrados ..... 147

**TESINAS DE MASTERS****MARÍA EUGENIA BAGNULO CEDREZ**

Arbitraje de inversión en el sector energético ..... 183

**MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES****LUCIANA SANGUINETTI**

La desheredación como forma de exclusión sucesoria ..... 221

**NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS****HORACIO M. LYNCH***¿Resistirá la ética de la abogacía la presión de los cambios de la profesión?: Abogacía y ética en el siglo XXI*, LYNCH, Horacio M. et.al. ... 247**SANTIAGO PEREIRA CAMPOS***Civil Courts coping with Covid-19*, KRANS, Bart y NYLUND, Anna (Coords.), Eleven International Publishing, The Hague, 2021 ..... 253**FEDERICO FISCHER CASTELLS***Principios de Derecho Administrativo Sancionador*, de VELOSO GIRIBALDI, Natalia (Coord.), Universidad de Montevideo, Montevideo, 2021 ..... 255







## MENSAJE DEL DECANO

### MENSAJE DEL DECANO

Tiempo de cambios



# Mensaje del decano

## Tiempo de cambios

La pandemia que, hace más de un año, viene generando serias distorsiones y perjuicios de diverso tipo en el mundo, nos ha obligado a todos (gobernantes, empresarios, empleados, familias, instituciones educativas como la nuestra, medios de comunicación, servicios de salud) a adaptarnos, a buscar soluciones creativas para mitigar los daños y salir adelante. La incertidumbre, la falta de información y de experiencia en los problemas que enfrenta la sociedad, derivados de un virus desconocido, han sido una constante, y el “ensayo y error” una herramienta frecuente –a veces la única disponible– en los últimos tiempos. Parece claro que muchos cambios, que la pandemia puso en marcha de forma abrupta, llegaron para quedarse. El desafío ahora parece ser adecuarse, en el menor tiempo posible, a un futuro que llegó antes de lo esperado.

En este proceso hemos sido testigos de varias experiencias exitosas, que constituyen lecciones aprendidas, trasladables a los más diversos ámbitos y circunstancias. Destacamos especialmente dos lecciones. La primera, que la libertad es esencial a la naturaleza humana y que, en general, cuando sin explicaciones convincentes, se pretende coartarla desde el poder, no se logran los objetivos deseados, sino efectos contrarios a los buscados. La segunda, estrechamente vinculada a la primera, que en la adopción de decisiones a todo nivel (de gobierno, judiciales, empresariales, familiares) es indispensable procurar un equilibrio entre *auctoritas* y *potestas*. Entre el poder socialmente reconocido para tomar decisiones que afectan a terceros y el saber socialmente reconocido sobre cuestiones científicas que deben inspirar el sentido de dichas decisiones. Ese delicado equilibrio, ha demostrado ser una herramienta eficiente para enfrentar un escenario de tanta incertidumbre y de cambio como el que nos toca transitar.

Se trata de una forma de gobernar, de tomar decisiones, utilizada desde tiempos de la República Romana, que muchos autores consideran el secreto de su éxito, pero que, como denuncia Hannah Arendt en su libro *Between Past and Future*, parecería haberse esfumado del mundo moderno. Sin embargo, en los últimos tiempos fuimos testigos del trabajo conjunto de gobernantes de muchos países (entre ellos el nuestro) y de los referentes del mundo científico, para la toma de decisiones frente a la epidemia del COVID-19, demostrando que el equilibrio *auctoritas-potestas* sigue siendo relevante y necesario.

Estas lecciones aprendidas deben inspirar también el tiempo de cambios que enfrentamos en la actividad universitaria donde asistimos a un aceleramiento exponencial del proceso de digitalización. Deben incidir también sobre el desafío que nos toca, en el ámbito particular de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, desde febrero de 2021, de suceder al Prof. Nicolás Etcheverry, quien encarnando ese

delicado equilibrio de *auctoritas-potestas* basado en una larga experiencia y en una rigurosidad ética inmejorable, supo liderarla durante tantos años.

Finalmente, esa confianza en la libertad y esa “forma de hacer” nutrida por el equilibrio *auctoritas-potestas* debe inspirar el tiempo de cambios que vive nuestra Revista de Derecho, en su proceso de incorporación de los índices de publicaciones internacionales más prestigiosos, varios de los cuales pueden descubrirse en el número que hoy presentamos.

La Revista de Derecho renueva sus autoridades, incorporando a su Consejo Editorial a renombrados académicos del máximo nivel, nacional y extranjero. Además, suma al equipo a jóvenes profesionales con gran empuje, manteniendo a varios de sus referentes originales. Su trabajo conjunto asegurará el cumplimiento de todos los requisitos y detalles exigidos a una publicación académica según los criterios internacionales más modernos, al tiempo que promoverá el mantenimiento de la impronta original de la Revista, que sus fundadores le otorgaron hace ya casi 40 números y 20 años de publicación ininterrumpida.

En la Sección Doctrina de este número, fiel al estilo y objetivo generalista de una Revista de Facultad de Derecho, el lector se encontrará con trabajos de diversas áreas del Derecho. Un profundo trabajo del Prof. Anido vinculado a la noción jurídica de sociedad y su relación con la comunidad de bienes. Un análisis de Mariano Aramberri sobre un tema de máxima actualidad como es el de la objeción de conciencia frente a las normas de despenalización del aborto. Una investigación comparada sobre sostenibilidad energética de las Dras. Becker y Cruz Da Silva. Y finalmente, un trabajo de Dell'Acqua y Spagnolo, sobre la gestión humana empresarial en tiempos de pandemia.

Asimismo, en la Sección Conferencias y Clases Magistrales de la Revista, podrá encontrarse una brillante exposición del Prof. Carlos Delpiazzo sobre las exigencias éticas que imponen las transformaciones del Derecho Administrativo. Se incluye un comentario, del Prof. Diego Velasco, de la Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima que aporta a la discusión que actualmente tenemos en Uruguay sobre eutanasia. Finalmente, en las secciones reservadas a los estudiantes de la Facultad, publicamos la tesina de Master de la Dra. Bagnulo sobre arbitraje de inversión en el sector energético y una monografía de la estudiante de grado, Luciana Sanguinetti, sobre el tema de la desheredación en el derecho sucesorio.

Miguel Casanova, julio de 2021.







## DOCTRINA

**RAÚL ANIDO BONILLA**

De la conversión de la comunidad en sociedad

**MARIANO ARAMBERRI**

La regulación de la objeción de conciencia en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay

**GABRIELA BECKER PINTO, JÉSSICA CRUZ DA SILVA**

Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo

**GEORGINA DELL' ACQUA, FLORENCIA SPAGNOLO**

La importancia de una buena gestión humana empresarial en tiempos de pandemia





RAÚL ANIDO BONILLA\*

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM), Uruguay.

[raulanido@hotmail.com](mailto:raulanido@hotmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6194-6102>

Recibido: 02/04/2021 - Aceptado: 28/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Anido Bonilla R. (2021). De la conversión de la comunidad en sociedad. *Revista de Derecho*, 20(39), 15-35. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.2>

## De la conversión de la comunidad en sociedad

15

**Resumen:** Las diversas situaciones de comunidad pueden comprender todo tipo de bienes, incluso una empresa comercial o agraria, y los respectivos establecimientos; los que, en principio, se mantendrán en comunidad y se regularán por las reglas que correspondan a la respectiva comunidad, de liquidación, de reparto o aún de mero goce. Pero dichas situaciones pueden derivar a figuras asociativas, y societarias en particular. Determinar, a falta de una voluntad expresa de los comuneros, cuándo, tácitamente, ya se ha transformado total o parcialmente la comunidad en sociedad es el tema de esta monografía..

**Palabras clave:** comunidad – sociedad - conversión – tácita

\* Escribano público. Profesor Titular de “Investigación jurídica y práctica notarial” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay).

## Of the conversion of the community into a society

**Abstract:** The various forms of community may include all types of assets, including a commercial or agricultural company and the respective establishments. All these, in principle, will remain in community and will be governed by the rules that correspond to the respective community, of liquidation, distribution or even of mere enjoyment. However, these forms may lead to associative, and particularly corporate, forms of association. In the absence of an express will of the co-proprietors, determining when the community has already been tacitly or partially transformed into a company is the subject of this essay.

**Key words:** community - company - tacit conversion - tacit

## Conversão da comunidade em sociedade

**Resumo:** As diferentes situações de comunidade podem compreender todo o tipo de bens, incluindo uma empresa comercial ou agrícola, e os respectivos estabelecimentos; os que, em princípio, se manterão em comunidade e se regularão pelas regras que correspondam à respectiva comunidade, de liquidação, de distribuição ou ainda de mero gozo. Mas tais situações podem levar a figuras associativas e societárias em particular. Determinar, na falta de uma vontade expressa das pessoas que fazem parte da comunidade, quando, tacitamente, já se transformou total ou parcialmente em sociedade é o tema desta monografia..

**Palavras-chave:** comunidade – sociedade conversão – tácita

## 1. De la simple comunidad de intereses

En el artículo 1876 del Código Civil se nos dice que “La simple comunidad de bienes o de intereses, aun resultantes de un hecho voluntario de las partes, no constituye una sociedad”. A través de esta disposición se menciona, distinguiéndose, la comunidad de la sociedad, al mismo tiempo que se afirma la insuficiencia de la mera comunidad de bienes o de intereses a fin de determinar el acaecimiento (perfeccionamiento) de una sociedad. De ahí que debemos fijar los índices de tipo que determinen la transformación de la comunidad en sociedad, y si ella se puede verificar a través de declaraciones tácitas de voluntad.

Existe una proximidad entre ambas figuras, más tratándose de una comunidad hereditaria o postganancial que se integra con una empresa agraria que fuera propiedad del causante o un bien que fuera ganancial de la luego disuelta sociedad conyugal, que integra la actual comunidad postganancial. Tanto que se halla en las soluciones contenidas en el artículo 1904 C.Civil que regula la administración de los socios en la sociedad civil normas que también se aplican a situaciones de comunidad. Así Cestau (1986) ha escrito que se aplica a la “indivisión hereditaria”, por extensión, lo dispuesto en dicha disposición “ya que en la opinión corriente lo dispuesto en el citado numeral no lo es en función del *affectus societatis*”. Asimismo, dicho autor afirma que el uso que puede realizar cada comunero, no puede, en principio, ser privativo o excluyente del que los otros tienen derecho a realizar. A lo que se suma que, en materia de comunidad, rige la regla de que ningún comunero puede variar el estado de cosas en forma tal, o en tal magnitud, que la innovación cambie la destinación de las mismas.

Cestau afirmaba que se aplica en esta parte, por analogía, lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 1904 Código Civil a las situaciones de comunidad, en concreto de comunidad hereditaria. Es así que vemos cómo coinciden parcialmente las normas de administración de la sociedad civil con la de comunidad de bienes. Lo que nos advierte acerca de la dificultad en hallar una línea divisoria –índice tipológico entre ambas figuras en caso que falte una declaración expresa de conversión, aún parcial, de la comunidad en sociedad.

## 2. De la comunidad de intereses a la *affectiosocietatis*

Ante tal problema, nos hallamos con que Capilla Roncero (1986) cita, entre los criterios que se han utilizado a tal fin, el que se pretende basar en la existencia de la *affectiosocietatis*; de modo que estando ésta presente la situación se calificará como de sociedad, y, faltando, sólo estaremos ante una comunidad. Sin embargo, dicho autor señala, entre los inconvenientes que hacen poco útil tal criterio, que el índice de tipo que conduce a la determinación de una situación como societaria sea, al mismo tiempo, el que se trate de averiguar (p. 132 y ss.).

Además Capilla Roncero nos dice que dicha postura tiene el inconveniente de basarse en un elemento tan evanescente y de difícil precisión como es la *affectiosocietatis*; nota distintiva del contrato de sociedad que, según numerosas opiniones, ni siquiera existe o no es aislable de los restantes elementos del contrato de sociedad.

No muy alejado del citado criterio de distinción entre comunidad y sociedad, o de conversión de la comunidad en sociedad, hallamos, en la misma doctrina española, posiciones como la de De la Cámara, quien propusiera atender primordialmente a la voluntad de las partes, aun cuando el objeto común sea una empresa mercantil, cuya explotación, de por sí, presupone el ánimo de lucro, para que estemos en presencia de una sociedad (Palazón Garrido, 2003, p. 393). Según su parecer, lo verdaderamente decisivo es que las partes quieran someterse al régimen jurídico preestablecido para la sociedad, lo cual no suscitará ningún problema cuando nos hallemos ante una sociedad típica o ante una atípica pactada expresamente, pero sí ante una sociedad otorgada tácitamente.

De ahí que De la Cámara maneje como índice de tipo el propósito que persigan los comuneros; de modo que si el mismo es el de explotar la empresa en común en forma permanente, excluyendo la idea de interinidad, la sociedad habrá nacido. Es así que para De la Cámara, en su trabajo sobre la explotación agrícola comunitaria (1968), la fijación de un plazo durante el cual deba mantenerse la comunidad, el nombramiento hecho a favor de uno o varios de los comuneros para que actúen como gestores del negocio (“empresa rural” o “establecimiento agrícola o ganadero”) común, la actuación en el tráfico jurídico y comercial bajo una rúbrica colectiva, la asignación y distribución de funciones en la empresa a los diferentes partícipes o la reorganización de aquella de común acuerdo, son factores indicativos de que la *affectiosocietatis* existe, y con ella la sociedad misma (Palazón Garrido, 2003, p. 293).

### 3. De una sociedad otorgada tácitamente

De modo que el índice relevante a fin de delimitar la comunidad de la sociedad será el comportamiento de los comuneros; del cual podremos extraer la voluntad de transformar la comunidad en sociedad. Así como se habla de una *contemplatio domini* tácita o deducida de hechos concluyentes, también se habla en esta materia de una sociedad otorgada tácitamente o derivada de actos concluyentes. Creemos que el otorgamiento de la sociedad, y la conversión de la comunidad en sociedad, puede derivar de actos concluyentes; pero éstos, en cuanto tales, deberán revelar una voluntad clara y cierta (“voluntad expresa”), aunque no manifestada concretamente en una declaración constitutiva del contrato social. En tal sentido recordamos a Heidegger, cuando escribiera que “El ser humano habla. Hablamos despiertos y en sueños. Hablamos continuamente; hablamos incluso cuando no pronunciamos palabra alguna” (Heidegger, 2002, p. 9). Ante ello Martínez Vela (2012) nos advierte de la dificultad que plantea el silencio es descubrir el significado que el mismo tiene en cada contexto (p. 45). Así devienen relevantes “el conjunto de circunstancias” (expresión usada en el artículo 1344 del Código Civil) en que se guarda silencio. Aunque, como advirtiera San Isidoro de Sevilla, no debe confundirse, sino contraponerse, *silentium* y *tenebrae*, significando éste “total carencia de luz” y aquél sólo ausencia total de sonido (Martínez Vela, 2012, p. 45).

Martínez Vela (2012) nos remite a un fragmento de los *Fasti* de Ovidio, en el que relata la historia de una diosa denominada por él, en un primer momento como “Tácita”, y luego como “Muta” (p. 63). En dicho fragmento se nos dice que “...ella suplicaba con el rostro sustituyendo las palabras...”. Y se sustituyen las palabras cuando el dueño de un

bien “estando delante” calle y no contradice” la prenda del mismo otorgada por quien no está legitimado a ello. Como “Tácita” suplicaba con el rostro, el dueño consiente expresamente la prenda por otro de la cosa de que es dueño. Situación que en artículo 2294 de nuestro Código Civil se equipara a ratificación (“...presta su ratificación o estando delante calla y no contradice”). Y, en su caso, los comuneros, sin expresar palabra alguna, con sus actos revelan la conversión de la comunidad en sociedad. Tanto como ocurre en materia de representación voluntaria, en la que DíezPicazo (1979) nos recuerda cómo en la doctrina tradicional se habla de una *contemplatiodomini ex rebus o ex factis* (pp. 246-247). Para lo cual se vuelve relevante el alcance, sentido y significado de la actuación representativa del gestor.

Desde que el alcance, sentido y significado de la actuación de los comuneros se exprese a través del manejo de la explotación, aún a través de la designación de un representante con facultades de administración, se maneja un comportamiento que generará en los terceros la creencia de la existencia de la sociedad, y ligará a los comuneros mediante la doctrina de los actos propios.

#### 4. De la conversión de la comunidad en sociedad mediante actos de innovación

Dicho criterio se corresponde al que en la doctrina italiana postulara Branca (1982), quien afirmara que se permanece en comunidad mientras no se asuman nuevas iniciativas ni se inviertan nuevos capitales (pp. 34-35). Aunque desde ya observamos cómo, a través de una interpretación *contrario sensu*, los índices que maneja dicho autor son la adopción de nuevas iniciativas y la incorporación de capitales a la empresa en comunidad. Lo que bien se puede corresponder a actos de innovación en la empresa; permitiéndonos entender que desde que los actos de conservación y administración en la empresa son acompañados o sustituidos por actos de innovación, como los referidos, estaremos en presencia de la conversión de la comunidad en sociedad. De ahí que se pueda sostener que la conversión de comunidad de empresa a sociedad se verifique simultáneamente al perfeccionamiento o acaecimientos de actos de innovación en la misma que no se puedan calificar ya como de administración.

Desde ya vemos cómo según el autor, De la Cámara o Branca, los actos o negocios jurídicos que determinan la transformación de la comunidad en sociedad no son los mismos; pero siempre, agregamos, se tratará de actos concluyentes que no dejen dudas del otorgamiento de la sociedad. Para lo cual, tomando las expresiones usadas en el Código Civil en materia de aceptación de herencia, podemos decir que los actos puramente conservatorios, los de inspección y administración provisoria urgente no son actos que determinan la transformación, aún parcial, de la comunidad en sociedad; y que, en cambio, sí serán actos concluyentes que determinen dicha transformación aquellos que no se hubieren de otorgar o ejecutar sino a través del simultáneo o previo otorgamiento de una sociedad. Es por ello que de por sí no creemos que la designación de un administrador de la explotación implique la constitución de la sociedad, en cuanto el mismo se puede corresponder íntegramente al administrador de la herencia referido en el artículo 419 del Código General del Proceso; y éste jamás, de por sí, se lo podrá

considerar administrador de una sociedad civil o comercial, como tampoco factor de un establecimiento comercial.

A su vez hallar el índice de tipo de tal transformación en el mero otorgamiento o ejecución de actos de innovación creemos que no es suficiente; en cuanto sostenemos que se debe tratar de actos o negocios que no se tuviere derecho o razón para su otorgamiento o ejecución si no fuera mediante el otorgamiento o la ejecución de un contrato social.

## 5. De los actos de innovación frente a los de administración

Miquel González ha considerado que el ámbito de la administración es económico y no jurídico, por lo que caben en ella los actos de disposición, tales como las ventas de cosas perecederas (Larrondo Lizarraga, 1994, p. 216). De la misma manera, en la empresa, la venta de mercaderías es una actividad que se desenvuelve dentro del ámbito de la ordinaria administración. En tal línea Larrondo Lizarraga (1994) nos advierte que la noción de acto de administración o de extraordinaria administración es fácilmente reconocible desde el punto de vista empírico, pero, en la práctica, es más compleja su delimitación (p. 217). Sin perjuicio de lo cual entiende que, a priori, se está en presencia de un acto de administración, simple administración y ordinaria administración, cuando se realizan actos de conservación y defensa del patrimonio, disfrute o inversión de sus rendimientos y mejoramiento de aquel, de suerte que se emplean normalmente sus elementos patrimoniales conforme a su naturaleza y destino económico, sin que por ello se vea afectada su sustancia. Y, por el contrario, se está en presencia de un acto de disposición, riguroso dominio o extraordinaria administración, cuando se realizan actos de enajenación, renuncia, gravamen o alteración de suerte que se emplean anormalmente sus elementos patrimoniales de manera distinta a su naturaleza y destino económico, disminuyendo o alterando su sustancia.

Ello lleva a que Larrondo Lizarraga afirme que, en definitiva, hay una sutil diferencia entre ambas clasificaciones: la distinción entre actos dispositivos y de administración parte de la consideración objetiva de la naturaleza intrínseca del acto realizado; mientras que la diferencia entre los actos de ordinaria o simple administración y los de extraordinaria administración se sienta en la consideración subjetiva del acto en relación con la persona que lo realiza y el carácter de su actividad.

Por lo cual, desde que sostenemos que el índice de la transformación de la comunidad en sociedad estará marcado por la realización de actos y otorgamiento de negocios cuya razón se halla necesariamente en una causa societaria, necesariamente hemos de atenernos al ligamen de dichos actos o negocios en relación a la persona que lo realiza y al carácter de su actividad. De tal modo, en la clasificación que recoge Larrondo Lizarraga, se vuelve relevante la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración. Pero aún actos de extraordinaria administración, de por sí, no son determinantes de que se ha otorgado un contrato social.

## 6. De la continuación duradera de una empresa

En la jurisprudencia alemana se han mostrado dudas sobre si la comunidad hereditaria que ejercita una empresa debe ser tratada como sociedad colectiva cuando los herederos han decidido de común acuerdo continuar la misma, no transitoriamente durante un tiempo determinado, sino de forma duradera. Así Palazón Garrido señala cómo la jurisprudencia alemana se ha decidido preferentemente por negar que la mera continuación de la empresa caída en sucesión (herencia) por la comunidad de herederos implique el nacimiento de un vínculo social entre los mismos (Larrondo Lizarraga, 1994, p. 415). En tal sentido Heintzenberg, basándose en el carácter contractual de la sociedad, rechazaba que la comunidad se convirtiera en sociedad sin una decisión de los comuneros al respecto (Palazón Garrido, 2003, pp. 415-416). De ahí que, en ocasiones, de la forma y la duración del ejercicio en común, puede deducirse la existencia tácita de una sociedad; sin embargo, a su parecer, el hecho de que la continuación se lleve a cabo por tiempo superior al plazo fijado en el parágrafo 27 HBG no es suficiente para entender que existe consenso tácito de constitución de sociedad, así como tampoco la adopción de una nueva firma. Es necesario que la empresa haya sido ejercida durante largo tiempo por la comunidad de herederos, y que éstos vean en ella una fuente de ingresos y no un patrimonio abocado a la liquidación. En dicha línea jurisprudencial negativa insisten Capelle y Canaris, quienes sostienen la necesidad de que existan circunstancias suplementarias a la mera actividad de continuación conjunta de una empresa para que pueda hablarse del nacimiento de una sociedad de hecho; aunque entiendan que habrá de estarse al caso concreto, sin que sea posible establecer una regla general.

Vemos cómo en la doctrina alemana, en general, se admite la conversión de la comunidad en sociedad, aunque se es exigente en la determinación de los índices que marquen dicha conversión. Los que pasan por el mantenimiento de la explotación en comunidad y la concreción de actos de innovación o disposición que se alejen de la mera administración de la comunidad. Lo que bien se corresponden a actos que sólo hallan su razón en el previo o simultáneo otorgamiento de un contrato social.

21

## 7. Del criterio de explotación

Encontramos otra corriente doctrinaria que, a fin de determinar la distinción entre la continuación de la mera comunidad y su conversión en sociedad, sostiene se debe acudir a la noción de *explotación*; añadiéndose que esa explotación debe tender a un fin lucrativo. Ello en cuanto se constata que en la comunidad falta el afán de lucro de los comuneros; mientras que en la sociedad los socios colaboran en la explotación económica de la riqueza persiguiendo una ganancia común y partible. Capilla Roncero adhiere al uso de este criterio, ya que entiende que es el carácter dinámico de la sociedad y su dedicación a una explotación económica lo que justifica la diversidad de soluciones adoptadas por el legislador para problemas comunes a la sociedad y a la comunidad (Palazón Garrido, 2003, p. 135). Así el dinamismo de la actividad social justifica las diferencias del régimen de gestión apreciables entre la sociedad y la comunidad. Como también se explica que las normas relativas a las obligaciones de los comuneros, por serlo, valen sólo para el mantenimiento y conservación de la cosa común, comprometiéndose a los comuneros solo por los gastos de conservación.

El criterio de distinción que transita por el concepto de “explotación” será útil cuando los bienes que se hallaren en comunidad previamente no constituyeran una empresa agraria o comercial, en cuyo caso la destinación de los mismos a un fin lucrativo con reparto de las utilidades determinará en nacimiento de una sociedad agraria o comercial; en cuanto dichos actos no encuentran otra razón que el otorgamiento de una sociedad. Ahora, si dicha empresa ya existiera con anterioridad al nacimiento de la situación de comunidad, la destinación de los respectivos bienes a una explotación y el consiguiente fin lucrativo no encuentra ya una necesaria razón en el previo otorgamiento de una sociedad; sino que se explica, en principio, en una situación de comunidad de la explotación, a través de cuyo mantenimiento se observa el otorgamiento de actos mera administración y no de extraordinaria administración.

Como señaláramos, en el art. 1904 C.Civil se lee que

Si no se ha confiado la administración a ninguno de los socios, se entiende que cada una de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas ... sin perjuicio de las reglas que siguen: 1°. Cualquiera socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de los otros...2°. Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros. 3°. Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales. 4°. Ninguno de los socios podrá hacer innovaciones en los inmuebles que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros.

22

De este régimen, propio de las sociedades civiles, al que se entiende vigente en materia de comunidad por el cual, conforme dijera Cestau (1968), los comuneros tienen el derecho de usar y gozar de la cosa común, así como la obligación de contribuir, en proporción a su cuota parte a los gastos del mantenimiento y conservación de la cosa común, y es necesaria la unanimidad a fin de la eficacia de los actos de administración extraordinaria y disposición, no se aprecian diferencias que puedan determinar, basándose en dichos actos, un índice que nos permita transitar con seguridad de la comunidad a la sociedad (p. 42).

A ello agreguemos que, desde que lo que se halla en comunidad es una empresa agraria o comercial, el mismo bien impone la continuación de su explotación como acto de administración a fin del mantenimiento de la misma; por lo que su gestión impone actos en perspectiva dinámica y no meramente estática. De ahí que volvamos a los criterios manejados por Branca y parte de la doctrina alemana, que impone un análisis, atendiendo al caso, que determine la existencia de un patrimonio en liquidación. La mera administración a fin de su posterior partición, o su mantenimiento mediante la modalidad societaria. Y a lo que sostuviéramos: que sólo estaremos en presencia de una conversión de comunidad en sociedad cuando los actos o negocios jurídicos otorgados por los comuneros no tuvieran otra causa que no fuera la de la sociedad.

Ello ya fue advertido por Capilla Roncero, quien señalara que mediante el criterio de la explotación se plantea la distinción entre dos instituciones concebidas como antitéticas, cuando, en realidad, el problema que se plantea parte de la existencia de una amplia zona



de confluencia entre la comunidad y la sociedad civil. Ambas instituciones, como ha dicho Heck, implican “dos formas de organización distintas de las uniones de intereses”; razón por la cual el problema real consiste en delimitar los criterios distintivos que deben inclinar al aplicador del Derecho a someter un determinado supuesto al régimen jurídico de la comunidad o al régimen propio de la sociedad civil. Y la duda sólo se suscita en los supuestos límite, esto es, los que escapan del *id quod plerumque accidit*, guía del legislador al tipificar las instituciones jurídicas.

## 8. De una comunidad de explotación

Dichos criterios de distinción se valoran en su utilidad frente a supuestos dudosos, como lo es el de la comunidad de explotación, dentro de cual se halla la situación de condominio del buque<sup>1</sup>. Sin embargo, en dicho condominio Capilla Roncero (1986) entiende que, a pesar de su nombre, tal figura implica propiamente una comunidad de explotación, lo que justifica bastante las normas dictadas al respecto, entre ellas la presunción de que se trata de una sociedad (p. 137). Y ello con independencia de que, además, se introduzcan variantes en el régimen general de la copropiedad de mero goce, cuando recae sobre un buque. El elemento que interesa resaltar es que su conceptualización como sociedad o comunidad depende fundamentalmente de que exista o no comunidad de explotación por parte de los condóminos. Lo que, a juicio de Capilla Roncero, puede servir con carácter general para los casos dudosos, huérfanos de regulación específica. En tal sentido, como primer supuesto dudoso imaginable, dicho autor señala aquél en que varias personas contribuyen a la construcción de instalaciones, normalmente accesorias, de utilización común o conjunta. Tal ocurre cuando los propietarios de varias fincas colindantes construyen un pozo y sus accesorios –conducciones, maquinarias de bombeo, etc., con la aportación de todos y para su utilización común con fines de regadío en sus respectivas explotaciones agrícolas. O el caso del molino construido en común por varios agricultores, para efectuar en él la molienda del grano producido por sus respectivas explotaciones. O el supuesto del generador de energía eléctrica sufragado por los vecinos de una pequeña aldea. Comparten todos estos casos la característica de implicar a los partícipes en la explotación conjunta de fuentes de recursos o instalaciones productivas que reportan beneficio a la colectividad de los afectados. Y su calificación, seguramente, no plantearía dudas como sociedad en los casos en que estuvieran animados por un específico fin de lucro positivo: esto es, persiguieran, aparte del ahorro o comodidad para los partícipes, obtener ganancias facilitando a terceros, mediante contraprestación, los servicios o bienes en común producidos o aprovechados. Mucho más dudosa se plantea la calificación cuando los únicos beneficiarios de la actividad común fueran los propios partícipes.

Creemos que en la expresión legal “repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan” se comprenden todas las ganancias, utilidades y provechos que la sociedad genere y que fueren susceptible de repartirse; por lo cual los actos de instalación de

<sup>1</sup> El art. 1046 del C. de Comercio bajo el título “De los dueños de los buques, de los partícipes y de los armadores” dispone que “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades (título 3, libro 2), salvo las determinaciones contenidas en el presente título.”

utilización común como molinos, que no se corresponde necesariamente a una situación de comunidad forzada o involuntaria, bien puede corresponderse a una situación societaria. Pero de ello no podemos deducir que en toda situación de comunidad de explotación estemos en presencia de una sociedad.

Entendemos que la existencia de una comunidad de explotación no determina necesariamente el simultáneo perfeccionamiento de una sociedad civil, comercial o agraria; sobre todo si dicha comunidad ha sido generada a través de un hecho no deseado, como la derivada de una sucesión por causa de muerte. Por lo que creemos que, por lo menos, debemos distinguir entre comunidad de origen voluntario y comunidades de origen forzoso o involuntario. Pero a su vez, entre aquéllas creemos que debemos distinguir las que se concretan en situaciones que no se darían de no haberse otorgado, previa o simultáneamente una sociedad, y las que encuentran una razón fuera de la sociedad o la causa societaria. En tal sentido nos manejamos a través de un criterio restrictivo como el que evidenciara la corriente jurisprudencial alemana antes referida; sin perjuicio de que, como ella señalara, debamos estar a las peculiaridades del caso concreto que se presentare.

## 9. De la voluntad de continuar la explotación

24 ■ Sin embargo, Palazón Garrido (2003)<sup>v</sup> sostiene que cuando los coherederos continúan el ejercicio colectivo de la empresa heredada a los fines de un reparto de los beneficios, actuando en el tráfico bajo una rúbrica común, e incluso confiriéndose a uno o varios copartícipes la facultad de administrar la empresa y su representación en el giro comercial, ya se ha constituido un vínculo societario (pp. 421-422). Ello en cuanto la voluntad de continuar el negocio en tales condiciones es índice suficiente de la existencia de *affectediosocietatis*, además, la apariencia creada es la de sociedad. A ello agrega que en los casos en que por inercia o por voluntad expresa o tácita de los coherederos, la comunidad hereditaria se constituye sin más en forma estable y duradera de ejercicio de una empresa heredada, surgirá entre los coherederos un vínculo social; la empresa se entenderá aportada a la sociedad y existirá participación parcial de la herencia, teniendo los herederos socios en la sociedad una cuota proporcional a la que tenían en la herencia. Y ello en cuanto se dan las características esenciales de la sociedad: a) la *affectediosocietatis* consentimiento que hace nacer el contrato, manifestada en la voluntad expresa o tácita de los coherederos de continuar explotando la empresa conjuntamente; b) fondo común constituido por las aportaciones de los socios; c) colaboración por parte de los socios en el ejercicio de una actividad económica común, la cual otorga a la sociedad un aspecto dinámico e implica, según algunos, un elemento psicológico que refleja su interés por el trabajo en conjunto dirigido al buen éxito de la sociedad; d) por último, el ánimo de obtener ganancia.

Nosotros nos mantenemos en la posición antes afirmada. Asimismo creemos que algunas de las situaciones que plantea Palazón no hallan su explicación o razón en una existencia de un vínculo societario. Así la designación de un administrador de la empresa en comunidad no implica necesariamente la admisión de una sociedad en el caso; pues dicho administrador puede perfectamente corresponderse al administrador

que convinieran los herederos o incluso al designado judicialmente. En tal sentido recordamos cómo el art. 419 del Código General del Proceso establece que “Cualquiera de los herederos o el cónyuge supérstite, podrán pedir la administración judicial de la herencia cuando el estado lo exija” y que “La administración de la herencia se regirá por lo dispuesto para las medidas cautelares, en cuanto fuere aplicable”. Pero, sin necesidad de acudir al nombramiento de un administrador de la herencia, bien pueden los comuneros designar voluntariamente de mutuo acuerdo a un administrador de toda la herencia o solo de la empresa agraria que la integra. Pero de ello creemos que no podemos derivar automáticamente la existencia de una sociedad entre ellos, ya que dicho administrador presenta en su ejercicio la misma función y razón que el designado judicialmente. De ahí que bien sí puede acudirse al criterio de interinidad o provisoriedad de la comunidad frente a la permanencia o relativa permanencia de la sociedad.

A su vez Palazón sostiene que, en caso de vacilación, debe optarse por considerar siempre esta figura como sociedad y no como comunidad, pues no cabe duda que el marco adecuado para el ejercicio colectivo de una actividad empresarial es la sociedad y no la comunidad, cuyo objeto natural es el goce y la conservación de un bien común. Es determinante, además, la apariencia que las partes han puesto en marcha y en la cual el tercero puede confiar legítimamente, ya que la opción por la clasificación societaria o comunitaria no es valorativamente neutra y se reviste de una gran trascendencia práctica.

Nosotros creemos lo contrario, que precisamente desde que estamos en una situación de comunidad, a través de su estatuto hemos de entender los respectivos actos; los que, solo se corresponderán a una situación societaria cuando no existiera para su otorgamiento o prolongación una razón que no fuere la existencia de una sociedad.

## 10. De conversión de la comunidad en sociedad como partición parcial

También se ha sostenido que la constitución tácita de la sociedad por la continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial por todos los coherederos sobre la base del negocio heredado constituía partición parcial de la herencia; por lo que las normas a aplicar no pueden ser otras que las de la sociedad, ya que, habiendo existido partición sobre un bien, no puede pedirse otra. Posición en la que tampoco coincidimos, en cuanto no hallamos en la transformación de la comunidad de la empresa en sociedad los índices de tipo de la partición, ya que éstos pasan por la subrogación de la cuota en la comunidad en bienes concretos conforme a criterio de proporcionalidad; y éste, precisamente, no se garantiza en la referida transformación. De modo que estaremos ante un caso de disolución parcial de la comunidad pero por su transformación en sociedad y no por el otorgamiento de una partición parcial.

Se ha afirmado que si solo algunos de los comuneros continúa la actividad empresarial, gestionando la empresa, mientras que los demás permanecen más o menos ajenos a la misma; se hace necesario interpretar la voluntad expresada o deducida de los actos de los no colaboradores. Así, si no participan en la gestión, aunque sí en las pérdidas y las

ganancias, ello no obsta a la existencia de la sociedad, a la que puede entenderse que los no gestores han prestado tácitamente su consentimiento; siendo la voluntad de los mismos que los demás (los gestores) lleven la administración. Pero ello, entendemos, luego de que se hallan índices indubitables que determinen la transformación de la comunidad en sociedad; luego de determinada dicha transformación, atendiendo al caso concreto; es que determinaremos la peculiaridad de la situación societaria advenida. La que bien puede determinar que la administración de la sociedad corresponda a sólo alguno de los socios, que antes fueran comuneros.

Ahora, en el supuesto en que los herederos (comuneros) no participantes en la actividad empresarial tampoco tomen parte en las ganancias y pérdidas, sino que reciban una cantidad fija, independientemente de la marcha de la empresa, se ha dicho por Ragusa Maggiore, en la doctrina italiana, que estaremos ante un arrendamiento de cuota. A lo que Palazón Garrido agrega que será arrendamiento de cuota en la sociedad y no en la comunidad hereditaria, ya que al sustituirse el título hereditario por el contractual de la sociedad (aún tácita), a la que se aporta la empresa heredada en su integridad y no sólo la parte perteneciente a los ejercientes, la comunidad hereditaria se extingue respecto de la empresa, existiendo partición parcial siempre que existan otros bienes integrando la respectiva comunidad.

Ante estas afirmaciones, de nuevo sostenemos que dicha conclusión sólo puede determinarse luego de que nos hallemos ante unos índices de tipo que nos marquen la transformación parcial de la comunidad en sociedad, lo que, bien puede dar lugar a una disolución parcial de la comunidad a través de dicha transformación aún con eficacia similar a la de una partición.

26



## 11. De la comunidad del buque como norma ejemplar

En el caso de la comunidad del buque el texto del artículo 1046 del Código de Comercio determina que es el uso en común del buque el que genera la sociedad respectiva, que se regula por las reglas de las sociedades comerciales. En tal sentido vemos cómo en dicha disposición se recibe la historia que la acompaña, en cuanto desde el D. 14, 1 (*de exercitoria acciones*), y los textos de Ulpiano y Paulo que la acompañaran, se ha puesto de relieve que la situación referida en el mismo no es aquélla en la cual varias personas son cotitulares de la propiedad de un buque, sino aquélla en la cual realizan simultáneamente el *exercitiumnavis*. De ahí que se advirtiera que la figura romana no es una copropiedad de la cosa, sino un *plurimumexercitium*.

Sin embargo, como señalara Brunetti (1928), en el proceso de formación de las disposiciones que se corresponden al referido 1046 de nuestro Código de Comercio aparecen marcadas dos tendencias: la que disciplina el fenómeno en su esencia estructural considerándolo como una aplicación especial del condominio y la que lo disciplina en su aspecto funcional y dinámico como empresa organizada, según las normas propias de las organizaciones económicas que persiguen una finalidad de ganancia (p. 249 y ss.).

De ahí se observa en el Código de Comercio francés de 1807 un condominio que se aparta del condominio ordinario, en cuanto se rige por las mayorías escapando a la

necesaria unanimidad de los condominios y las comunidades; que llega hasta el texto del art. 1047 de nuestro Código de Comercio en que se dispone que “el parecer de la mayoría en el valor de los intereses prevalece contra el de la minoría en los mismos intereses...”.

Frente a textos como los citados Díez-Picazo (1989), tomando afirmaciones de Tantarri, distingue entre la propiedad del buque y la empresa marítima de la que el buque es uno de los instrumentos (pp. 286 y ss.). Por tal vía distingue entre el propietario del buque y el empresario de la gestión económica o de la gestión industrial. De ahí que se sostenga que en textos como el de nuestro 1046 del Código de Comercio se halla el supuesto del condominio del buque, que Díez-Picazo afirma que es la cotitularidad del derecho de propiedad sobre el mismo y para cuya existencia basta esa sola situación, con independencia de la forma que adopte su explotación; y, frente a él, el supuesto de la “sociedad naval”, que se genera cuando los copropietarios (comuneros) explotan conjuntamente la nave común. Y dicha sociedad naval se perfecciona por lo que Díez-Picazo llama “una tácita declaración de voluntad de los compañeros, cuya prueba la ley facilita mediante una presunción”.

De tal modo vemos cómo la solución que alcanza Díez-Picazo para el condominio del buque se corresponde a la mantenida por De la Cámara a fin de determinar la conversión de la comunidad en sociedad, hablándonos de un nacimiento de una sociedad de manera tácita cuando se observe el propósito de explotar la empresa en común en forma permanente, y a la mantenida por autores españoles como Broseta Pont, Font Galán y Rojo.

De modo que es la comunidad de explotación la que determina la presunción de propiedad; lo que se corresponde al texto del artículo 1046 de nuestro Código de Comercio en el que leemos que “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades...”. De ahí que sea el uso común del buque, y no su copropiedad (cotitularidad), el que determina el sometimiento “a las reglas establecidas para las sociedades”. Pero, a diferencia de lo referido por Díez-Picazo, creemos que no estamos ante una presunción; sino ante una norma de remisión. Por lo que nos adentramos en lo que Larenz (1994) llama “aplicación análoga”, lo que significa que los elementos particulares del supuesto de hecho, regulados mediante la remisión, y los de aquel supuesto de hecho a cuyas consecuencias jurídicas se remite, han de ponerse en relación uno con los otros, de modo que a los elementos que se han de considerar igualmente se asocie la misma consecuencia jurídica según la función de cada uno y su posición en la conexión de sentido del supuesto de hecho (p. 254). Por lo que la aplicación de la norma a la que se remite la norma remisiva solo puede ser “análoga”. Pero si bien dicha norma incluye una remisión: “queda sometida a las reglas establecidas para las sociedades”; en ella también se halla una ficción: “Cuando los copartícipes hacen uso común del buque, esa sociedad...”. De modo que vemos la ficción en la identificación del “uso común del buque” con la existencia de una sociedad: “esa sociedad”. De ahí que en dicha norma tengamos junto a la remisión expresa referida una ficción legal que también actúa como remisión. La ficción legal se halla en la equiparación de la comunidad de explotación (“uso común del buque”) con la sociedad. Y, en relación a las mismas, Larenz ha escrito que las ficciones legales tienen como finalidad, normalmente, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho a otro supuesto de hecho; no siendo otra cosa que remisiones ocultas. Lo que

Larenz describe, al tratar las ficciones legales como remisiones, a través del enunciado de que, en lugar de ordenar: las consecuencias jurídicas de S1 valen también para S2, la ley finge que S2 es un caso de S1. Como la ley no contiene enunciados sobre hechos sino órdenes de validez, el legislador no afirma que S2 sea de hecho igual a S1 o un caso de S1, sino que indica que para S2 valen las mismas consecuencias que para S1. Para conseguir esto, dispone que S2 debe ser considerado “como si” fuera un caso de S1. En cambio, si S2 ha de ser considerado como si no fuera un caso de S1, aunque de hecho sea un caso tal, entonces la ley quiere excluir para S2 las consecuencias jurídicas de S1 que de lo contrario sobrevendrían –se trata entonces de una restricción oculta.

Es por ello que no podemos argumentar que en dicho texto se pueda hallar una comunidad de razón con la que se presenta en toda comunidad de explotación. En cuanto en ella hallamos una remisión basada en una ficción.

A su vez la solución que se concreta en el referido texto de nuestro Código de Comercio encuentra sus orígenes en el Derecho marítimo de los países hanseáticos, en una línea institucional que se consagrara en el Código holandés y en la *Handelsgesetzbuch* de 1869. En dichos textos la *Rederei* (sociedad de armamento y de navegación entre los copropietarios del buque) se produce conforme al Código de Comercio alemán “cuando varias personas emplean en el comercio marítimo, en el interés común, un buque del que son copropietarios”.

En relación a la misma “comunidad de buque”, Paz Ares ha afirmado que “la explotación de la empresa por parte de los herederos bajo una razón unificada en el tráfico provoca la conversión de dicha comunidad en una sociedad externa (Palazón Garrido, 2002, 395-396). El contrato de sociedad, si no se ha pactado expresamente, ha de considerarse concertado tácitamente o por hechos concluyentes. El mismo hecho de continuar la explotación significa que hay sociedad.” Tal situación la diferencia de los casos en que la explotación de la empresa por los herederos no sea autónoma y permanente sino meramente conservativa, en espera de que se practique la división, que no puede recalificarse como sociedad. Por lo cual vemos cómo la conversión de la comunidad en sociedad no es automática, sino que necesariamente ha de transcurrir por determinados índices: en este caso el de la permanencia.

Sin embargo, Paz Ares no admite la consideración a las declaraciones de voluntad tácitas, en cuanto a su parecer la llamada “comunidad de bienes” como forma de organización de la empresa colectiva constituye un *monstruum* jurídico. Tales organizaciones, de comunidades sólo tienen el nombre; son sociedades externas y por tanto personificadas. Y contra ello no puede alegarse –continúa que para que haya sociedad es necesario que las partes hayan querido el cambio que deriva, en la condición jurídica de los bienes, de su aportación a la sociedad. Antes bien, la calificación y aun el intento empírico de las partes de permanecer como comunidad no puede prosperar, las relaciones externas han de someterse imperativamente a la normativa societaria.

Creemos que es obvio que una actividad agraria organizada permanente no halla cabida a través de la comunidad de bienes; pero, reiteramos, tampoco podemos caer en la afirmación de que toda comunidad de bienes derive necesariamente en una sociedad.

## 12. De los “negacionistas”

Frente a las posturas que admiten y hasta favorecen una conversión de la comunidad en sociedad, se halla la de quienes niegan el nacimiento de una relación societaria entre los coherederos con motivo del ejercicio colectivo de una empresa común. Entre ellos se ubican Beltrán de Heredia y Castaño, quien exigiera acuerdo expreso de los herederos dirigidos a formar una sociedad, advirtiendo que en caso de duda habrá de entenderse que existe una mera comunidad de la empresa (Palazón Garrido, 2002, 399). Y, en tal sentido Larrondo Lizarraga cita la resolución de la Dirección General de Registros y Notarías de España dictada el 20 de marzo de 1986 que afirmara que

cuando uno o varios bienes inmuebles pertenecen a una pluralidad de sujetos en proindivisión ordinaria, y forman parte de una actividad empresarial realizada en común por los copropietarios, surge una situación que trasciende de la mera copropiedad, pero que no llega a alcanzar personalidad jurídica independiente de la de sus componentes, tanto en el aspecto pasivo, y por ello no surge un patrimonio separado afecto a deudas específicas, como en el aspecto activo en cuanto que la titularidad sobre cada uno de los bienes sigue correspondiendo a los coempresarios por cuotas ideales, y para su disposición deberá estarse a las normas generales del régimen del condominio.” (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1994, p. 479-480).

A ello el registrador agrega que en virtud del principio de legalidad registral carece de facultades para apreciar por vía tácita una personalidad jurídica en el condominio existente. Al comentar tal jurisprudencia Larrondo Lizarraga afirma que nada obsta a la validez del convenio unánime de los herederos para la continuidad del negocio del causante, pero tal acuerdo no constituye una sociedad civil, ni mercantil, si no reúne los requisitos de éstas, por lo que las relaciones internas entre los partícipes se rigen por las normas de la comunidad.

Por similar senda transitaba Carnelutti (1915); quien afirmara que es erróneo creer que una comunidad no contractual, como lo es la hereditaria, por el simple hecho de concurrir el fin lucrativo, deba ser considerada una sociedad (p. 727). Por ello estimaba errónea la creencia de que la mera circunstancia de la continuación del ejercicio del comercio por los coherederos valga como manifestación de voluntad de constituir una sociedad, pues ello constituye un hecho absolutamente pasivo e irrelevante a los efectos de la sustitución del título hereditario por el contractual: los herederos actúan así porque han heredado una empresa, no porque quieran ponerla en común a través del mecanismo societario. Es por ello que pierde relevancia el tiempo durante el cual se ha continuado el ejercicio de la empresa por los coherederos; en cuanto éstos no pueden ser considerados socios hasta tanto no se demuestre o que han sustituido expresamente el título hereditario de la comunidad por el contractual, o que han alterado las relaciones recíprocas, de tal manera que la sustitución de un título por otro sea presupuesto necesario.

En similar sentido se pronuncia Foschini, quien sostiene que el ejercicio de la actividad económica inherente a la empresa en los límites de la productividad actual de ésta, es una forma de goce de la empresa, desarrollo de los poderes de gestión por parte del grupo de copropietarios en orden a un bien productivo, sin que refleje un propósito colectivo de

desarrollar una actividad social. Para que surja una sociedad entiende que es necesario se realice por los coherederos una serie de actos de los cuales pueda derivarse la voluntad de comprometerse en el sentido del artículo 2247 del *Codice Civile*: aportación a la empresa de otros capitales, modificación de lo relativo a la participación en las ganancias y las pérdidas, dirección colectiva en el ejercicio de la actividad inherente a la empresa, la actuación por cuenta del grupo de coherederos en la constitución de nuevas relaciones en orden a la empresa.

### 13. *Del venire contra factum proprium non potest*

No creemos que, desde que estamos antes contratos consensuales como la sociedad civil aún cuando tenga objeto exclusivamente agrario, se pueda negar una constitución de la misma mediante un otorgamiento oral o tácito. Desde que sabemos que existen negocios que son susceptibles de otorgamiento tácito, como la confirmación o convalidación del negocio anulable. Así recordamos en el artículo 1570 de nuestro Código Civil, en el que leemos que “La ratificación necesaria para subsanar la nulidad, cuando el vicio del acto o contrato es susceptible de este remedio, puede ser *expresa o tácita*.”... “La tácita consiste en la ejecución voluntaria de la obligación”. Fijémonos que para la validez de la confirmación expresa se exige la referencia al contrato celebrado, al defecto de que adolece, y la declaración de voluntad de convalidarlo, o, lo que a ello equivale, la renuncia de la acción para reclamar la nulidad que se halla presente en el contrato (Guillón, 1960, pp. 1195 y ss.). Además recordamos cómo Guillón escribía que la confirmación significa una pura y simple renuncia a la acción de nulidad. De tal modo vemos cómo se admite en nuestro Derecho la conclusión del negocio jurídico consensual *per facta concludentia*. Pero de admitir que el contrato social se pueda perfeccionar mediante un mero otorgamiento oral o tácito, a entender que el mismo se verifica ya por índices como la continuación de la actividad agraria o mercantil o el mero de reparto de utilidades existe una inmensa distancia. Entendemos que sí se puede otorgar tácitamente un contrato social, pero al igual que exige el Código Civil para negocios como la novación (artículo 1530 de nuestro Código Civil) el respectivo consentimiento debe resultar “claramente” de los respectivos actos o negocios “por la incompatibilidad” de los mismos con una mera situación de comunidad.

Díez-Picazo escribía que toda declaración de voluntad constitutiva de un negocio jurídico puede exteriorizarse mediante palabras o mediante signos o instrumentos idóneos en un proceso de comunicación (Díez-Picazo, 1979, p. 156). Los *facta concludentia* no son otra cosa que un vehículo de manifestación de voluntad. Y, esos mismos hechos concluyentes generan la apariencia de la sociedad. Apariencia que es recogida en nuestro Derecho privado en disposiciones como el artículo 21 de la ley 14.701, hablándonos de que “Quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos a su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.” A dichos hechos positivos, conforme los usos del comercio, que generan la creencia de que existe una sociedad en que sus socios son quienes fueran comuneros es que debemos acudir.



En materia de sociedades civiles, nuestro Código Civil en el artículo 1918 establece que “Los socios, en cuanto a sus obligaciones, respecto de terceros, deberán considerarse como si entre ellos no existiese sociedad”. De ahí la oponibilidad a los terceros de la sociedad sino cuando el socio “contrata a nombre de la sociedad” y así lo expresa en el respectivo contrato. Sin embargo la apariencia o no de la sociedad no es, como debe ser, relevante a fin de la determinación de la existencia de la sociedad. Pero la sociedad se perfeccionará mediante actos *per facta concludentia*, siendo irrelevante la apariencia de la misma en relación a terceros: la misma del artículo 1918 del Código Civil.

## 14. De los eclécticos

A su vez, frente a dichas posiciones extremas, surge una postura intermedia por la que se establece la necesidad de atender a la voluntad expresa o tácita de los comuneros. En tal línea se hallan, en la doctrina española Puig Brutau y Albaladejo. Albaladejo se ha pronunciado por la necesidad de atender a la voluntad de las partes, y al modo en que éstas configuran su relación, ya que el ánimo de lucro es elemento que puede estar presente tanto en una como en la otra (Palazón Garrido, 2003, pp. 400-401). Es así que para Albaladejo la sucesión en comunidad de los herederos del difunto titular de una explotación, no es un caso anormal de comunidad, llamado o a desaparecer rápidamente o a convertirse en sociedad, sino que es un caso corriente y de toda la duración que se quiera, en el que como se recibió en comunidad y no se acordó después pasar a la sociedad, sigue siendo de aquélla, por falta de contrato de sociedad y su correspondiente *affectiosocietatis*. Lo mismo que la agrupación creada por acuerdo de unanimidad, inclusive con fin de lucro, seguirá siendo comunidad si no se resuelve convertirla en sociedad mediante el correspondiente contrato. Pero, desde que estemos ante declaraciones de voluntad expresas de la totalidad de los comuneros no cabrá duda de que estamos ante una conversión total o parcial de la comunidad en sociedad. Y, desde que dicha manifestación de voluntad se deriva de actos concluyentes, desde que la sociedad civil aún con objeto exclusivamente agrario es consensual, es perfectamente admisible la configuración del respectivo contrato social mediante tal modalidad.

Pero repetimos: hemos de ser exigentes en la verificación de los índices de tipo de tal conversión, en cuanto sólo serán aquellos que concreten necesariamente la intención de haber otorgado el respectivo contrato social. En tal sentido, y con estos límites, acompañaremos la postura intermedia de Puig Brutau y Albaladejo.

## 15. Del modo de utilización de los bienes

Hasta ahora hemos hablado de los índices de tipo de que revelan de manera clara e inequívoca la existencia de un contrato de sociedad civil aún con objeto exclusivamente agrario. Mientras Capilla Roncero encuentra el criterio de distinción entre comunidad y sociedad, y la existencia del respectivo índice, en el modo de explotación de los respectivos bienes; Galgano lo halla en el modo de utilización de los mismos. Es así que Galgano

(1982) contrapone dos diversos modos de utilización de las cosas: el de la sociedad y el de la comunidad (p. 62).

En el modelo de la sociedad los bienes aportados por las partes se utilizan para el ejercicio en común de una actividad económica a fin de dividirse las utilidades –o beneficios agregamos nosotros; modalidad en la que aún podemos incluir a la asociación agraria en la que el fin de las partes es hacer uso de los medios de producción como instrumento para el ejercicio colectivo de una empresa. Mientras que, en cambio, en el modelo de la comunidad, dicho fin falta, limitándose al mero goce de una o varias cosas. Por ello en la comunidad no se utilizarán los bienes como instrumento para el ejercicio de una empresa.

Dicha postura es explicada por Galgano (1982) afirmando que el ejercicio de la empresa no se agota en el goce de los bienes; sino que existe algo más: existe una compleja actividad en la cual el goce de los bienes constituye solo un elemento (p. 64 y ss.). El ejercicio de una empresa no es solo ejercicio del derecho de propiedad, sino ejercicio de un derecho de libertad en general, y en particular de la libertad de iniciativa económica. De modo que para pasar de la comunidad a la sociedad se tiene que dar algo más que el solo fin de gozar de las cosas; se debe dar el ejercicio colectivo de una actividad de empresa, constituyendo el goce en relación a dicha actividad solo un elemento.

Además Galgano analiza la diversa posición de los bienes según se hallen en sociedad o en comunidad; en cuanto en situación de comunidad sus cotitulares usarán de los bienes conforme al estatuto del derecho de propiedad limitado por otro derecho idéntico cualitativamente, mientras que si dichos bienes se hallan en situación de sociedad se encuentran afectados por un específico vínculo de destino que permite su utilización solo para el ejercicio, en común entre los socios, de la actividad de empresa; excluyendo toda otra utilización. E insiste sobre el vínculo de destino en el caso de la sociedad; la que determina la existencia de un patrimonio autónomo, autonomía de la que carece la mera comunidad. Ello explica normas como el artículo 1922 de nuestro Código Civil que dispone que “los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes sociales, sino en razón de hipoteca constituida por el socio que aportó el inmueble hipotecado”, disposición que no tiene otra razón que la existencia de un patrimonio autónomo en la sociedad civil.

Creemos ciertamente que la explotación agraria conjunta de los bienes que se hallan en comunidad, como la que se corresponda a una comunidad voluntaria determinada por la adquisición conjunta de una finca rural por varias personas, se corresponde a un índice de tipo de la conversión de la comunidad en sociedad; aún cuando se pueda entender que persista la comunidad en relación a la finca y la empresa societaria se genera por el aporte del uso y goce de la finca, a más de otros bienes o industria. Por lo que coexistirá la comunidad sobre la finca y la sociedad en la explotación agraria. Si acudimos al modo de utilización de los bienes que Galgano nos presenta como índice de tipo de la constitución de la sociedad, nos encontramos con que la utilización conjunta y coordinada de los mismos a través de un fin común constituirán un índice de tipo inequívoco de la existencia de una sociedad. Pero, dichos índices de tipo comenzarán a no revelar “necesariamente” la existencia de una sociedad desde que la empresa ya existiera con anterioridad al nacimiento de la comunidad, como en el caso de la sucesión por causa de muerte de un empresario agrario, de modo que, en tal caso, los índices de

tipo referidos ya no nos serán útiles. Por los que será a otros índices de tipo que debemos acudir a fin de hallar actos expresos que revelen necesariamente la conversión de la comunidad de la empresa en sociedad civil.

## 16. De la comunidad y las sociedades sin personería jurídica

La citada postura de Galgano se refiere a toda sociedad, tenga o carezca de personalidad jurídica. Lo que encontramos comprensible. Sin embargo Núñez Iglesias sostiene que la comunidad coexiste con la sociedad cuando ésta no tiene personalidad (Galgano, 1982, p. 156). Tal como sucedía en la *societas* romana, en que la sociedad carecía de personalidad jurídica y cuyo patrimonio era propiedad común de los socios. A ello agrega que cuando sociedad y comunidad coexisten, a pesar del 1669 del Código Civil español<sup>2</sup>, se aplican las normas de la comunidad solo al sustrato patrimonial, o sea, a las relaciones jurídicas reales, pero no a las demás. De modo que a las relaciones obligatorias se aplican las reglas de la sociedad, salvo aquellas que presupongan existencia de un patrimonio separado, como es el caso del artículo 1699 del Código Civil español<sup>3</sup>. Por ello, señala NÚÑEZ IGLESIAS, no se puede ejercer la *actio común dividendo* para extinguir la sociedad, para disolver el vínculo, porque ello tiene sus propias reglas. Pero ¿Para disolver la comunidad, dejando subsistente la sociedad? En el caso de que la comunidad provenga de las aportaciones de los socios y no de las ganancias obtenidas y no repartidas; en el caso de que la sociedad se haya constituido con un fondo real, no parece posible disolver el sustrato patrimonial por medio de la acción divisoria, pues indirectamente se estaría propiciando la extinción de la sociedad.

En principio no creemos que se pueda identificar las sociedades sin personalidad jurídica con la comunidad; siendo la hipótesis que maneja Núñez Iglesias la antes ya referida: la existencia de una comunidad sobre una finca sobre la que se ejerce la actividad agraria conjunta de los condóminos constituyendo una sociedad en la que el aporte lo constituye el uso y goce de la misma –en las respectivas cuotas-. Pero que la sociedad que constituyeran tenga o no personalidad jurídica no cambia nada: se mantiene la situación de comunidad sobre la finca y la sociedad civil o agraria en la explotación. Que la enajenación de la finca determina la extinción de la explotación, al no subrogarse por ninguna otra a tal fin, bien puede determinar la disolución de la sociedad; causal de disolución que compadece en la razón con la prevista en el artículo 1925 de nuestro Código Civil en cuyo texto leemos que “La sociedad se disuelve asimismo ...por la extinción completa de la cosa o cosas que forman su objeto”. Pero, en lo que no debemos caer es en asimilar sociedad sin personalidad con comunidad; en cuanto, se trata, como se estableciera, de dos figuras distinguibles netamente aún en el modo de utilización de los bienes.

2 Esta norma dispone que “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.” “Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.”

3 Norma que establece que “Los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social.”

Núñez Iglesias entiende, para el caso de que exista comunidad en la finca y sociedad en su explotación, que los asociados se han adherido a un fin que les impide demandar la división. Ello en cuanto el ejercicio de la acción de división está impedido en la medida en que frustra el fin del contrato de sociedad; o, lo que es lo mismo, en la medida en que frustra el destino del sustrato patrimonial común; porque lo que es fin para la sociedad es destino para la cosa común.

Sin embargo, nosotros no creemos que el otorgamiento de un contrato de sociedad en tales circunstancias determine un “acto de destinación” de la respectiva finca. En relación al acto de destino (*atto di destinazione*) Mirzia Bianca (2006) ha escrito que el acto de destino clasificado como real es el “acto de organización de los bienes en relación a una unidad funcional” (p. 1178)<sup>4</sup>, el que es generalmente unilateral. Pero, en el caso, no estamos en presencia de un acto real de destino de la finca. El destino societario se refiere a su uso y goce, pero no afecta al mismo derecho de propiedad a través de una afectación jurídica del mismo; ello en cuanto dicha afectación no es real sino meramente obligacional, afectando sólo su uso y goce. Por lo tanto el contrato de sociedad no impedirá la partición judicial o extrajudicial de la finca, y en caso que ella fuere indivisible o no permitiera una cómoda división tampoco impedirá la subasta pública de la misma. En cuanto, desde que el destino se estableciera solo en el ámbito obligacional, y las obligaciones *propter rem* son de número cerrado, el crédito del que es titular la sociedad es inoponible, en principio, al adquirente de la finca en el respectivo remate judicial. En tal sentido recordamos cómo PirainoLeto (1974) ha escrito que las obligaciones *propter rem* activa o pasiva puede ser impuesta por la ley o por los particulares pero solo dentro de los esquemas típicos previstos por la ley (p. 119).

Y, cuando la sociedad se disuelva por cualquiera de las causas que le son propias desaparecerá la comunidad de fin y el destino que ella determinara, por lo cual la acción divisoria desde ese momento sólo se limitará al fondo patrimonial. Sin embargo, desde la disolución de la sociedad, el fondo común que se corresponde al que fuera patrimonio social se afecta a otro destino: la liquidación, a cuyo término únicamente será factible dividirlo entre los antiguos socios. Ahora, desde que el predio en que se asentara la actividad agraria se hallaba afectado a través de un vínculo de derecho real al patrimonio societario, la disolución y liquidación societaria le afectarán; pero, una vez culminada la liquidación, se extinguirá la afectación real de la finca a la explotación agraria societaria.

## Referencias Bibliográficas

- Bianca, M. (2006). *L'atto di destinazione: problema applicativi*. Rivista del notariato.
- Branca, G. (1982) *Comunione. Condominio negliedifici*, Bologna-Roma. ZanichelliEditoreIl Foro Italilano.
- Brunetti, (1928). *La comproprietàdella nave* en Riv. Dir. Comm., Tomo I.

4 Nos habla de un “atto di organizzazione dei beni ad unità funzionale”

- Capilla Roncero, F. (1986). Comentarios a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigido por ALBALADEJO, tomo XXI, vol. 1, Madrid, EDESA.
- Carnelutti, F. (1915). *La azienda commerciale in comunione*. Riv. Dir. Comm., Tomo II.
- Cestau, S. (1986), Indivisión hereditaria. Revista Asociación Escribanos del Uruguay, Tomo 72 (16).
- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, (1994). *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Madrid.
- De La Camara, M. (1968). "La explotación agrícola comunitaria" en "*Estudios en honor del Prof. CastánTobeñas*", Tomo V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- Diez-Picazo, L. (1979). *La representación en el Derecho privado*. Civitas, Madrid.
- Diez-Picazo, L. (1980), *El condominio del buque* en "Estudios de Derecho privado", Civitas, Madrid.
- Galgano, F. (1982). *Le società in genere. Le società di persone*, 2ª edición, Milano Giuffrè editore.
- Gullón, A. (1960). *La confirmación*. Anuario de Derecho Civil, Madrid.
- Heidegger, M. (2002). *De camino al habla*, Barcelona.
- Larenz, K. (1994), *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona.
- Larrondo Lizarraga, (1994). *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- Martínez Vela, J. A. (2012). *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*. Madrid, Dykinson.
- Palazón Garrido, M. L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Piraino Leto, A. (1974), *Contratti atipici e innominati*. Torino, UTET.



MARIANO ARAMBERRI\*

Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR), Uruguay.

mjal@adinet.com.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8463-6628>

Recibido: 30/04/2021 - Aceptado: 25/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Aramberri, M. La regulación de la objeción de conciencia en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay. *Revista de Derecho*, 20(39), (2021): 37-51. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.3>

## La regulación de la objeción de conciencia en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay

37

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objetivo analizar el tratamiento legislativo de la objeción de conciencia contenido en las normas despenalizadoras del aborto en Argentina y Uruguay, mediante un estudio comparativo de algunos de sus aspectos más relevantes.

Se expone una posición crítica de la visión restrictiva del derecho a la objeción de conciencia que proponen las normas analizadas, incluyendo el decreto reglamentario oportunamente dictado por el Poder Ejecutivo de nuestro país que, en su día, recibió el impacto en la línea de flotación que significó el contenido de la sentencia del TCA nro. 586, de año 2015.

Sin perjuicio de la referencia a las prescripciones que surgen de las normas vigentes en ambos márgenes del Plata, se propone una concepción jusnaturalista del derecho a la objeción de conciencia y de ideario. En virtud de ese posicionamiento se concluye que las restricciones que algunas preceptivas legales o reglamentarias pretenden imponer, ceden ante la superioridad de la indispensable protección de la efectividad del derecho humano fundamental esgrimido por el objetor que, en definitiva, mediante el ejercicio del derecho hace saber a quien corresponda que la norma inícuca no lo obliga, y porque no lo obliga no la cumplirá.

**Palabras clave:** aborto, objeción de conciencia, Uruguay, Argentina

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Diplomatura en Derecho de la Salud por la Universidad Austral (Argentina).

## The regulation of conscientious objection in the laws decriminalising abortion in Argentina and Uruguay

**Abstract:** The aim of this paper is to analyse the legislative treatment of conscientious objection contained in the laws decriminalising abortion in Argentina and Uruguay, by a comparative study of some of its most relevant aspects.

It contains a critical position about the restrictive vision these laws have of right of medical staff to refuse participation in abortion for personal belief, including a regulatory decree enacted by the Uruguayan Executive Power which was highly impacted by the TCA's decision number 585 from 2015 and as its force was put in doubt.

Notwithstanding the reference to the appreciations which arise from the current regulations of both countries, it tries to give a natural law perspective of the right to conscientious and ideology objection. According to this position, it concludes that the restrictions some legal or regulatory requirements try to impose, might be hampered by supremacy of the protection of the effectiveness of the fundamental human right that, when put in practice, reflects an essential characteristic of this law which is its no mandatory compliance, and consequently, the objector won't comply.

**Key words:** abortion, conscientious objection, Uruguay, Argentina

## A regulamentação da objeção de consciência nas normas descriminalizadoras do aborto em Argentina e Uruguai

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento legislativo da objeção de consciência contida nas normas descriminalizadoras do aborto na Argentina e Uruguai, mediante um estudo comparativo de alguns de seus aspectos mais relevantes.

Expõe-se uma posição crítica da visão restritiva do direito à objeção de consciência que propõem as normas analisadas, incluindo o decreto regulamentar oportunamente promulgado pelo Poder Executivo de nosso país que, nesse dia, recebeu um alto impacto que significou o conteúdo da sentença do TCA nro. 586, do ano de 2015.

Sem prejuízo da referência às prescrições que surgem das normas vigentes em ambos países, propõe-se uma concepção jusnaturalista do direito à objeção de consciência e de ideologia. De acordo com essa posição, conclui-se que as restrições que algumas normas legais ou regulamentares pretendem impor, cedem ante a superioridade da indispensável proteção da efetividade do direito humano fundamental argumentado pelo objeto que, definitivamente, mediante o exercício do direito, dá a conhecer a quem possa interessar, que a norma iníqua não o obriga e, porque não o obriga, não a cumprirá.

**Palavras-chave:** aborto, objeção de consciência, Uruguai, Argentina



## 1. Presentación y contenido general

La reciente aprobación en la República Argentina de la ley 27.610 sobre la interrupción voluntaria del embarazo y atención postaborto, y la más lejana aprobación en la República Oriental del Uruguay de la ley nro. 18.987 (y su decreto reglamentario) sobre la misma cuestión, inspiradas en los nuevos imperialismos ideológicos – la “nueva agenda de derechos” - de cuya mano vienen no sólo las leyes referidas sino también otros cuerpos normativos parapetados en pomposas nomenclaturas que inducen en engaño, tales como “salud sexual y reproductiva” y “pleno acceso a las prestaciones de salud”, justifican el presente trabajo, que pondrá énfasis en la regulación de la objeción de conciencia.

Es precisamente en consonancia con las corrientes a las que viene de hacerse mención, que se aprueban normas que provocan una verdadera inversión de la antropología de los sistemas jurídicos en que se insertan, soslayando a la persona humana – intrínsecamente digna – del centro de la protección, para amparar pretendidos derechos o libertades que no reconocen otro origen que la necesidad de ser libres para todo aquello que materialmente se puede hacer, como si fuera eso la libertad cuando, en verdad, se acerca al hedonismo, al utilitarismo y al individualismo exacerbado.

Las normas relativas al aborto aprobadas en el Río de la Plata, fruto precisamente de la inversión de la concepción antropológica antes mencionada, provocan cada día el mal moral que significa el descarte del concebido no nacido, que lamentablemente ha quedado al margen de las revoluciones preparadas por algunos pocos para reivindicar derechos. Cada día la aplicación de estas normas genera, lamentablemente, consecuencias irreversibles.

Esos imperialismos ideológicos también traen bajo su manto los proyectos sobre eutanasia y suicidio médicamente asistido que nacen como hongos después de la lluvia en Europa y América Latina, pretendiendo – según los casos - afincarse en los ordenamientos donde aún no existen, o profundizarse donde ya están instalados, naturalizando la “slippery slope” desde el reconocimiento normativo a la ampliación de situaciones en la que resultarían admisibles.

Consecuentes con sus intenciones “liberalizadoras”, las normas que se proponen y las que se aprueban son resistentes y reticentes al reconocimiento pleno e irrestricto del derecho a la objeción de conciencia para la práctica del aborto y actividades conexas (lo que se verifica en las leyes uruguaya y argentina). Y esa concepción restrictiva que se encuentra en el espíritu de la normativa genera, en muchas situaciones, la “cancelación” de quien se permita expresar su disidencia.

Como ha dicho Alfonso Aguiló (2013), en sus apreciaciones sobre el “progresismo” y la “cancelación”:

Como ocurriera hace dos mil años a los primeros patricios romanos que empezaron a manumitir esclavos, ocurre hoy a quienes se oponen al aborto. Los nadadores a favor de la corriente los anatematizan y escarnecen, los calumnian presentándolos como detractores de los “derechos de la mujer”, los caracterizan como sombríos “retrógrados” que amenazan el progreso social. Pero, como aquellos primeros patricios romanos que reconocieron en cualquier persona una dignidad inalienable, quienes hoy se oponen al aborto no hacen sino velar por ese meollo irrenunciable de humanidad que nos

constituye, que nos permite reconocer como miembro de la familia humana a quien aún no tiene voz para proclamarlo, que nos impone proteger la vida gestante, la más desvalida e inerte, como garantía de nuestra propia supervivencia moral, para que no nos ocurra lo que Marcel Proust denunciaba al describir el clima de corrupción en el que se desenvolvían sus personajes: “Desde hacía tiempo ya no se daban cuenta de lo que podría tener de moral o inmoral la vida que llevaban, porque era la de su ambiente. Nuestra época, para quien lea su historia dentro de dos mil años, parecerá que hubiese hundido estas conciencias tiernas y puras en un ambiente vital que se mostrará entonces como monstruosamente pernicioso y donde, sin embargo, ellas se encontraban a gusto (p. 384).

## 2. Objeción de conciencia. Concepto y fundamento

Son múltiples las definiciones de objeción de conciencia a las que se puede acceder a poco que se profundiza en el estudio de su concepto, características y fundamentos. Sin perjuicio de ello y del valor y riqueza que podemos encontrar en muchas de ellas, es especialmente interesante la que propone Gonzalo Herranz (2007):

La odec es, al lado de la desobediencia civil o la insumisión evasiva, una actitud de disidencia social por la que se rechaza, por razones morales, profesionales o religiosas, lo ordenado por la autoridad o la ley. Lo que distingue a la odec es su carácter pacífico, nunca violento; su fundamento moral y religioso más que político; y su intención final es la de abstenerse de conductas que, aunque socialmente permitidas o administrativamente imperadas, son para el objetor juzgadas como inadmisibles.

La objeción de conciencia es un derecho humano fundamental que deriva del derecho a la libertad religiosa, a la libertad de pensamiento, a la libertad de conciencia y a la libertad de expresión. Su existencia y, por lo tanto, la posibilidad de su ejercicio no está, de manera alguna, “condicionada” a su reconocimiento por parte del derecho positivo en la medida que es una consecuencia directa de la dignidad intrínseca de la persona humana y, como tal, está amparada en la concepción jusnaturalista que inspira la Constitución uruguaya y también la argentina. De manera pues que, si bien es preferible que la objeción de conciencia se encuentre expresamente recogida en las normas de derecho positivo, lo cierto es que dicho reconocimiento normativo no es, sustancialmente, una “concesión graciosa” del Estado a favor de las personas físicas y morales (o jurídicas), puesto que el derecho a la objeción de conciencia y de ideario preexiste a la organización estatal. El Estado (o los organismos internacionales, según los casos), mediante el reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia lo que hacen es, precisamente, reconocer y declarar su existencia, no constituirlo ni crearlo.

El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe reconocer motivaciones axiológicas, filosóficas, éticas o religiosas en virtud de las cuales el objetor se encuentra colocado ante un grave conflicto de conciencia entre el imperativo que le impone la prestación que se le requiere, y la prescripción de “...una ley que él no se dicta a si mismo,

pero a la que debe obedecer, y cuya voz resuena, cuando es necesario, en los oídos de su corazón advirtiéndole que debe practicar el bien y evitar el mal” (Montano, 2016, p. 2).

Por otra parte, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia (en cualquier ámbito) no puede ser objeto de valoración por parte del Estado, como una especie de requisito de admisibilidad, so pena de incurrir en una flagrante e ilegítima restricción del referido derecho humano fundamental, reconocido no solo en tratados internacionales sino además en los artículos 7, 54, 72 y 332 de la Constitución uruguaya y 14 y 19 de la Constitución argentina, sin perjuicio de profusa normativa de menor rango. En este sentido se ha pronunciado con su habitual claridad Carmen Asiaín Pereira (2015), según se transcribe a continuación:

El juicio acerca de la plausibilidad o conveniencia de la motivación en que el objetor de conciencia funda su rechazo al cumplimiento de la prestación no corresponde al Estado neutral, sino solo la constatación del hecho de la existencia – debidamente acreditada – de dicha motivación en cuestiones de conciencia.

Corresponde al Estado a través de sus órganos y al decisor en conflictos entre conciencia y norma jurídica en general no solo abstenerse de invadir la esfera privada e íntima en donde se dilucida el juicio moral por el objetor, sino aún garantizar el libre goce y ejercicio de tal derecho por el objetor, en el caso concreto en que el conflicto se produce (p. 162).

Sin perjuicio de que es recurrente la noción según la cual el ejercicio de la objeción de conciencia implica “...el derecho de incumplir una obligación legal, cuando de dicho incumplimiento no se deriva un daño directo inevitable por otros medios, a un tercero o a un interés público imperioso” (Toller, 2010, p. 3), parece razonable sostener que, en puridad, la norma inicua o injusta a los ojos del objetor carece de eficacia obligacional o vinculante a su respecto. Y por esa razón, no se incumple propiamente la norma inicua, puesto que no se incumple lo que no obliga. Y con la manifestación de la objeción de conciencia, lo que el objetor hace en definitiva es hacer saber a quien corresponda que esa norma no lo obliga, y por lo tanto no debe cumplirla y no la cumplirá, porque no es necesario cumplir lo que no me obliga.

En suma, en nuestro tiempo el derecho humano fundamental a la objeción de conciencia, cobra relevancia especial a la luz del pluralismo que se instala en nuestras sociedades en diversos ámbitos, sin perjuicio que en el marco del derecho de la salud la cuestión siempre vigente de la objeción de conciencia debe ser tratada con especial dedicación. Y requiere que las personas involucradas estén dispuestas a formarse sin pausa y con responsabilidad, para el mejor y más acabado cumplimiento de sus deberes. Seguramente esta realidad es que la que condujo a José Ramón Ayllón (1998), hace ya más de veinte años, a afirmar que “...un profesional de la medicina y de la enfermería debe ser un profesional de la ética. ¿Por qué? Porque la ética es la ciencia, el arte, la obligación de respetar la dignidad humana, y la enfermera y el médico tocan el nervio de la dignidad humana cada vez que tienen en sus manos una persona enferma”.

### 3. Regulación de la objeción de conciencia (y de ideario) en las normas de aborto uruguayana y argentina.

En el presente capítulo abordaré algunos aspectos relevantes de la regulación de la objeción de conciencia (y de ideario) presente en las normas sobre el aborto aprobadas en Uruguay y Argentina.

Incluiré, como vengo de referir, el análisis de lo vinculado a la objeción de ideario institucional en el entendido de que lo dicho más arriba sobre la objeción de conciencia es aplicable a las instituciones asistenciales en la medida en que, sucintamente, estas son el resultado de la asociación de determinado grupo de personas que se reúnen o se vinculan para el cumplimiento de determinados fines, y las convicciones éticas, filosóficas y/o religiosas que esas personas físicas tienen en común y que determinan su norma de conducta, impregnan el ideario y el accionar de la persona jurídica que conforman. No existe, por tanto, justificación alguna para que, en definitiva, los derechos de las personas físicas sean respetados solo cuando actúan individualmente y se dejen sin efecto, con pretendida impunidad, cuando unen esfuerzos para conseguir objetivos comunes a través de la conformación de una persona jurídica cuyo ideario plasman y detallan con claridad. Por lo dicho, se aboga por la plena vigencia del derecho a la objeción de ideario que, si bien es reconocida expresamente por las normas reguladoras del aborto en nuestros países, dicho reconocimiento no goza, como se verá, de “plenitud” ni claridad conceptual.

Antes de ingresar en la comparación de algunos aspectos vinculados a la regulación de la objeción de conciencia en las normas relativas al aborto en ambos márgenes del Plata, es interesante tener presente que, en opinión de Toller (2021), la ley argentina es la más extrema, integralmente considerada, del mundo occidental. Sin perjuicio de ello, veremos que, en algunos aspectos de la regulación de la objeción de conciencia, la norma uruguayana es aún menos garantista que la argentina, aunque no prevé expresamente sanciones penales, como lo hace ésta última, mediante tipificaciones “abiertas” que solo generan desconcierto, incertidumbre y temor en el objetor, transformándolo poco menos que en José K., el memorable personaje de la novela de Kafka.

Por otra parte, es necesario tener presente que, en Uruguay, a diferencia de lo sucedido hasta el momento en Argentina, la ley de aborto fue oportunamente reglamentada a través de la aprobación del decreto 375/12, de fecha 22 de noviembre de 2012. Varios artículos del referido decreto fueron impugnados ante el TCA (Tribunal de lo Contencioso Administrativo) (órgano jurisdiccional de máximo rango, competente para juzgar la adecuación a derecho de los actos administrativos) por un grupo de médicos ginecólogos que se consideraron agraviados por los imperativos resistidos, lo que culminó con el dictado de la sentencia nro. 586, de fecha 11 de agosto de 2015, que se pronunció acogiendo parcialmente la demanda, anulando con efectos generales y absolutos buena parte de las normas impugnadas. Es necesario tener presente que el uso por parte del TCA de la facultad de anular con efectos generales y absolutos el acto administrativo impugnado, o, en el caso, algunos de los artículos del decreto reglamentario que fueron objeto de impugnación, es absolutamente excepcional, y para ello se explicitan las razones en el propio dispositivo jurisdiccional que se dicta “...amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada” (Considerando XI, párrafo 8 de la sentencia).

Los aspectos relativos a la objeción de conciencia que se analizarán a la luz de la regulación surgida en nuestros países, son los que se vinculan con el elenco de personas a las que se les “autoriza” el ejercicio del derecho, los actos concretos pasibles de objeción, las formalidades para la expresión de la objeción de conciencia, la obligación de derivar y, en relación a las personas jurídicas, los aspectos conceptuales que emergen de la normativa, así como ciertos cercenamientos al ejercicio del derecho que se relevan de la lectura de la normativa.

### 3.1. Las personas “autorizadas” a ejercer el derecho a la objeción de conciencia

Es preciso, antes que nada, tener en cuenta lo dicho en relación a que el derecho a la objeción de conciencia no requiere – necesariamente – reconocimiento de parte del Estado, por lo que la limitación en el elenco de las personas a las que expresamente se les reconoce el derecho a manifestar eficazmente su objeción de conciencia debe ceder ante la jerarquía de “derecho humano fundamental” inherente a la condición de persona humana del objetor. Claro, habrá que estar preparado luego para que, en caso de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por una persona no expresamente referida en el elenco de los “habilitados”, ese trabajador enfrente consecuencias indeseadas de diversa naturaleza (administrativas, judiciales) y requiera adecuada defensa.

La ley argentina, nro. 27.610, es sumamente restrictiva en este punto y en su artículo 10 reconoce el derecho a la objeción de conciencia, exclusivamente, a los profesionales de la salud que deban intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo, pretendiendo conculcar el derecho, por ejemplo, a personal de enfermería, ecografistas, instrumentistas y aún personal administrativo, sin perjuicio de que este derecho se ha reconocido en normas específicas que regulan ciertas profesiones.

Varios autores han alzado su voz, denunciando la improcedencia de la regulación referida. Entre ellos, Jorge Nicolás Laferriere (2021), en los siguientes términos:

Esta redacción es poco feliz, pues podría querer interpretarse como limitando la objeción a algunos profesionales únicamente. En realidad, todos aquellos que de alguna forma participan de un aborto pueden ser objetores a tenor de las normas antes invocadas y de otras disposiciones (enfermeras y enfermeros, genetistas, ecografistas, farmacéuticos, instrumentistas, trabajadores sociales, etc.). En este sentido, así como el art. 19 señala que todo el personal de salud se ha de capacitar sobre el aborto, también todo el personal de salud debería poder ser objetor (p. 112).

En Uruguay, la norma relativa a la cuestión en análisis es el artículo 11 de la ley 18.987, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia a los médicos ginecólogos y el personal de salud. Como puede apreciarse, la norma de rango legal es más amplia que la preceptiva contenida en el artículo 10 de la ley argentina.

Sin perjuicio de ello, el primer inciso del artículo 29 del decreto 375/2012, reglamentario de la ley 18.987, desnaturalizó la prescripción legal, y restringió el derecho a objetar de conciencia al “personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo”.

La norma contenida en el decreto reglamentario que viene de mencionarse, resultó anulada por la sentencia del TCA antes referida, en virtud de que "...este inciso 1° del artículo 29 del Decreto 375, reiterando lo expuesto en el artículo anterior, limita la objeción de conciencia al personal médico y técnico "...que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo... (subrayado del Redactor), desde que, como señalan los accionantes, el texto legal no efectúa distinción alguna entre acciones directas e indirectas" (Considerando IX, párrafo 5 de la sentencia).

Resulta interesante tener en cuenta que los actores peticionaron la anulación del inciso 1° del artículo 29 del reglamento, manifestando que en virtud de que la ley reconoce el derecho a la objeción de conciencia a todo el personal de salud, deben considerarse incluidos los clínicos, paraclínicos y personal administrativo. No obstante, el TCA solo acogió la pretensión de considerar amparados por el derecho a la objeción de conciencia a los médicos que debieran intervenir directa o indirectamente en la interrupción del embarazo, y por razones "formales" excluyó a los clínicos, paraclínicos y administrativos, ya que relevó la falta de legitimación activa de los médicos ginecólogos accionantes, para pretender por profesionales o trabajadores que no fueran ginecólogos. Sin perjuicio de la falta de "locus standi" observada por el TCA como óbice para el acogimiento pleno de la pretensión anulatoria tal como fue deducida, el órgano jurisdiccional expone un pronunciamiento que implica el fondo de la cuestión relativa a la situación de los otros profesionales, manifestando: "Como se ha visto en el Considerando anterior, el artículo reconoce el derecho de objeción de conciencia no sólo a los médicos, sino, además, al "...personal de salud..", por lo que le asiste razón a la parte actora que, en el supuesto legal, están comprendidos los clínicos, paraclínicos y el personal administrativo..." (Considerando IX párrafo 3 de la sentencia).

44

Esta particularidad del pronunciamiento jurisdiccional se vincula con el hecho de que el TCA, en el mismo fallo, desestimó la pretensión anulatoria relativa al artículo 30 del decreto reglamentario, que excluye expresamente del derecho a objetar de conciencia al personal administrativo, operativo y demás personal que no tenga intervención directa en el acto médico respectivo. El Tribunal debió desestimar la pretensión anulatoria relativa a este artículo, precisamente, por la falta de legitimación activa de los actores, que eran en su totalidad, médicos ginecólogos y, por tanto, impugnaban una norma que nos les alcanzaba en su esfera personal. Pero, como se vio, el TCA (aun desestimando la pretensión) no se privó de formular el pronunciamiento transcripto sobre el fondo de la cuestión (el derecho de objeción de conciencia del personal de la salud), lo que ha llevado a ASIAIN PEREIRA (2016) a sostener que, a pesar de la vigencia formal del artículo 30 del reglamento, otros trabajadores de la salud están habilitados a ejercer el derecho a la objeción de conciencia:

Entendemos que de todas formas podrán los paramédicos y demás personal de la salud esgrimir objeción de conciencia, ya en aplicación del principio de legalidad, ya en aplicación directa de la Constitución, habida cuenta de que el acto administrativo debe conciliarse con la normativa supraordenada y que el intérprete y aplicador del derecho deberá aplicar la norma superior y no el acto administrativo que la contradice (p. 36).

Evidentemente, en la posición de ASIAIN PEREIRA que se comparte, todas las personas involucradas de forma mediata o inmediata con la interrupción voluntaria del

embarazo tienen derecho a manifestar su objeción de conciencia. Y dentro del elenco del personas que eventualmente manifestarán su objeción de conciencia debemos incluir al abogado que se desempeña en relación de dependencia en una institución de asistencia médica, al que se le requiere por sus superiores, por ejemplo, la confección de los contratos de trabajo de los médicos ginecólogos que se desempeñarán en la interrupción de embarazos, o la redacción de acuerdos de compra de fármacos abortivos (teniendo presente que, eventualmente, podrá estarse ante una situación de acto de doble efecto, en cuyo caso el juicio práctico deberá ser más cuidadoso aun).

### 3.2. Los procedimientos pasibles de objeción de conciencia

La ley argentina establece que los profesionales de la salud que deban intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo, tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia (art. 11).

Dicha norma ha sufrido una inaceptable ampliación a través del dictado de la “Guía de implementación de la interrupción voluntaria del embarazo en la provincia de Buenos Aires” que ha vedado el derecho a la objeción de conciencia a las personas que desarrollan tareas de ecografía o toma de presión arterial.

Esta improcedente regulación ha merecido el justo reproche de María Marta Didier (2021), en los siguientes términos:

...es preciso subrayar que en este punto la reglamentación también se excede de la ley e incurre además en el vicio de incompetencia, al ejemplificar que tipo de prácticas se deben considerar como objetables, entrometiéndose en la conciencia del objetor, indicando que objeciones serían correctas y cuáles incorrectas, lo que contradice de modo manifiesto el contenido esencial del derecho (p. 2).

45

En el derecho uruguayo, el inciso 1 del artículo 28 del decreto reglamentario pretendió limitar ilegítimamente el derecho a la objeción de conciencia, restringiéndolo al procedimiento previsto en el inciso 5 del artículo 3 de la ley 18.987 (es decir, el que prevé la inmediata coordinación del procedimiento abortivo, una vez cumplida por la mujer – y no por la persona gestante, como dice la ley argentina - la etapa de reflexión que la misma norma prescribe).

Dicho inciso 1 del artículo 28 fue objeto de impugnación ante el TCA, en el marco del accionamiento deducido por los médicos ginecólogos y resultó anulado. El Tribunal, en forma clara y contundente, afirma que “el decreto es notoriamente limitativo del derecho a la objeción de conciencia” y que, “A juicio del tribunal y como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía: “...La acepción legal “procedimiento” debe entenderse omnicompreensiva de todas las etapas necesarias para la práctica del aborto y no sólo del acto concreto de la ejecución de aquél” (CONSIDERANDO VIII párrafos 12 y 13 de la sentencia).

Evidentemente de lo expuesto surge que, en el estado actual de cosas, en Uruguay gozamos – si bien como fruto de un pronunciamiento jurisdiccional – de una situación más favorable que en Argentina en relación a las actividades respecto de las cuales resulta adaptado a la norma la formulación de la objeción de conciencia.

### 3.3. Las formalidades para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia

La ley argentina guarda silencio en relación a las formalidades que debe reunir el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Sin perjuicio de ello, resulta aconsejable que el objetor manifieste su objeción de conciencia por un medio fehaciente, detallando con precisión y profundidad los fundamentos de la misma. En efecto, es parte sustancial de la garantía de inalterabilidad del contenido del derecho a la objeción de conciencia manifestar con claridad y precisión cuáles son los fundamentos de tal actitud, y que dichos fundamentos no sean dados a conocer a terceras personas en modo alguno, siendo especialmente improcedentes, por ejemplo, instrumentos tales como los “registros” de objetores de conciencia.

La ley uruguaya, por su parte, tampoco se pronuncia en forma expresa respecto de ninguna fórmula especial para el ejercicio del derecho. No obstante, el artículo 31 del decreto reglamentario estableció que la objeción de conciencia debe presentarse por escrito dirigido a la Dirección Técnica de cada Institución en la que se desempeñe.

Este artículo del reglamento fue objeto de impugnación ante el TCA, pero la misma fue desestimada, en el entendido que la norma referida en nada exorbita el texto legal, y que la presentación escrita de la objeción de conciencia es la forma que aporta certeza plena de la posición sustentada por parte del objetor.

Evidentemente que la posición asumida por el TCA resulta plenamente compatible en virtud de que la obligación de presentar la objeción de conciencia por escrito no resulta violatoria del derecho.

Sin perjuicio de ello, con posterioridad al dictado de la sentencia nro. 586 y en pretendido apego a la misma, el Ministerio de Salud Pública dictó una serie de ordenanzas tendientes a regular aspectos vinculados a la ley de aborto, entre ellos la nro. 274/16, de fecha 26 de abril de 2016.

Esta ordenanza tiene la particularidad de que crea un “formulario de declaración de objeción de conciencia” sumamente escueto, en el que el objetor debe declarar y hacer constar para qué procedimiento concreto presenta su objeción, es decir, si para la consulta inicial, si para la consulta en equipo interdisciplinario y/o para la consulta de resolución (o las tres, acumulativamente). Si bien el formulario respeta la posibilidad de objetar para todas las etapas del procedimiento previstas en la ley (en concordancia con la sentencia del TCA), lo cierto es que no prevé la posibilidad de que el objetor se explaye en relación a los fundamentos de su objeción lo cual, como fue dicho, integra la garantía de inalterabilidad del contenido del derecho.

En mi modesta opinión, a pesar de la regulación estricta del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia materializada en un formulario, nada impediría al objetor presentar adjunta una nota en la que deje claros los fundamentos de su objeción, con el objetivo de que dichos fundamentos se conozcan por la Dirección Técnica y, a la vez, no puedan ser exteriorizados a terceras personas.



### 3.4. La obligación de derivar

Los artículos 10 y 11 de la ley argentina preceptúan la obligación de derivar que grava al profesional objetor de conciencia (art. 10, lit. b) y a los efectores de salud que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo (art. 11).

La obligación de “derivar de buena fe a la paciente” para que otro médico se encargue de su “asistencia” resulta inadmisibles y representa el desconocimiento pleno y manifiesto de la garantía de inalterabilidad del contenido del derecho, obligando – o pretendiendo obligar – al médico a cooperar con un acto que riñe con el dictado de su conciencia hasta el extremo. Evidentemente, el objetor se encuentra plenamente en condiciones, desde la sustantividad y esencia de su derecho, de plantear la objeción de conciencia contra la pretendida obligación de derivar. Así, la norma que prevé la obligación de derivar de buena fe tiene destinatarios concretos que son, precisamente, los objetores. Sin perjuicio de ello, esa norma dirigida a regir la actuación de los objetores de conciencia, puede ser también objeto del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y, por tanto, sustraerse a su cumplimiento.

Ha sido en este sentido que se ha pronunciado Laferriere, al hacer constar que “... resulta criticable que se obligue al objetor a derivar a la paciente. Tal derivación constituye un acto que puede significar una forma de cooperación con la acción objetada” (Laferriere, 2021, p. 113).

Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta que la obligación de derivar pone sobre las espaldas del objetor una obligación de cumplimiento imposible, puesto que no existen – ni deben existir – registros públicos de objetores, por lo que no está obligado a saber quién sería la persona apropiada para recibir a la paciente.

Los efectores de salud que no cuenten con profesionales para realizar el aborto, resultan obligados a derivar a la paciente a un efector que “realice la prestación”, debiendo además “garantizar” la realización de la práctica. Es claro que estamos ante una nueva obligación de cumplimiento imposible, concretamente en lo que se refiere a la “garantía” de realización de la práctica, ya que el efector que deriva no tiene medios para controlar (garantizar) el efectivo cumplimiento del acto abortivo, ya que se desarrolla, precisamente, fuera de su establecimiento.

La regulación de la obligación de derivar contenida en la norma argentina resulta francamente contrapuesta con el derecho humano fundamental de objeción de conciencia, pretendiendo obligar, en definitiva, a las personas objetoras “...a hacer indirectamente lo que no se quiere hacer directamente” (Montano, 2016, p. 23).

Por su parte, la ley uruguaya nada dice respecto de la obligación de derivar. No obstante, el decreto reglamentario – insólitamente – contiene una prescripción concreta al respecto en el inciso segundo del artículo 29 que, a diferencia del primer inciso de dicho artículo, permanece vigente.

En efecto, dicho inciso segundo establece que “el ejercicio de la objeción de conciencia obliga al médico a derivar personalmente a la paciente a otro médico de manera de asegurar la continuidad de la atención inmediata a la misma”.

Resulta insólito que el decreto reglamentario de la ley 18.987 se despache “reglamentando” un instituto no previsto en la ley que reglamenta.

En Uruguay, la obligación de derivar no se encuentra plasmada en la ley de aborto, sino que la regulación de la misma la encontramos en la ley 19.286 que recoge el “Código de Ética Médica”. Concretamente, el artículo 36 de esta norma establece que “El médico tiene derecho a abstenerse de hacer prácticas contrarias a su conciencia ética, aunque estén autorizadas por la ley. En este caso tiene la obligación de derivar al paciente a otro médico”.

Como surge de lo reseñado, tanto la legislación uruguaya como la argentina contienen regulaciones relativas a la obligación de derivar, siendo más hostiles con el ejercicio efectivo del derecho a la objeción de conciencia las previstas en la ley argentina. No obstante, el centro de la cuestión radica en que la pretendida obligación de derivar – que debería ser objetada de conciencia – desconoce la sustancia de la objeción, en tanto obligaría a la persona a cooperar con el acto que considera intrínsecamente malo.

Respecto del reproche moral que merece la acción de “cooperar”, y especialmente en relación a quienes ejercen el derecho a la objeción de conciencia en ejercicio de su libertad religiosa siendo católicos, ha sido clara la Carta “Samaritanus Bonus” de la Congregación para la Doctrina de la Fe (2020), en conceptos que, si bien se vierten en relación a la eutanasia y suicidio médicamente asistido, son plenamente aplicables al objeto del presente estudio:

Toda cooperación formal o material inmediata a tal acto es un pecado grave contra la vida humana: “Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata, en efecto, de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad”. Por lo tanto, la eutanasia es un acto homicida que ningún fin puede legitimar y que no tolera ninguna forma de complicidad o colaboración, activa o pasiva (pár. 4).

### 3.5. La consideración de la objeción de ideario de las instituciones

El artículo 11 de la ley argentina regula la situación de los establecimientos de salud, sin reconocer propiamente – a pesar de lo que surge del acápite del artículo – el derecho a la objeción de ideario en virtud de que, como ha dicho Toller (2020), la norma (que al momento del comentario aun no estaba aprobada) violenta los derechos de las instituciones de salud privadas “...al considerar que la excepción a la práctica es por suma de objetores individuales y no por principios de sus idearios...” (p. 5).

Lo dicho surge con claridad de la referencia de la norma a los efectores “...que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio a la objeción de conciencia...”. Es decir que la norma no reconoce con la claridad que se hubiera deseado el derecho a la objeción de ideario de las instituciones, sino que simplemente se refiere a ellas como las que no cuentan con profesionales para la realización del aborto, a raíz del ejercicio del derecho de objeción de conciencia.

Esto, sin perjuicio de otras consideraciones que podrían formularse, violenta manifiestamente el derecho a la objeción de ideario.

La ley uruguaya, en cambio, refiere en su artículo 10 a las instituciones “...que tengan objeciones de ideario, preexistentes a la vigencia de esta ley, con respecto a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo...”, mención que determina a

Asiaín (2015) a considerar que la ley de aborto "...da carta de ciudadanía en el derecho uruguayo a la "objección de ideario – término acuñado y proporcionado por la academia – que había sido largamente negada por las autoridades administrativas en el debate que precedió a la expedición de la ley" (p. 173).

Sin perjuicio de esa buena noticia, es ostensiblemente violatorio del derecho a la objeción de ideario que el mismo se reconozca exclusivamente a aquellas instituciones que tuvieran esa objeción en forma previa a la aprobación de la ley, obturando así la posibilidad de expresar la eventual "objección sobrevenida" por parte de instituciones existentes, o aun al nacimiento de nuevas instituciones que sostengan un ideario que impida realizar o cooperar con el crimen del aborto. Esta solución normativa tan manifiestamente violatoria del derecho a la objeción de conciencia de las instituciones (objección de ideario), llevó a Asiaín a enseñar con su claridad habitual que la ley "... consagra la anticoncepción de instituciones confesionales al limitar la objeción de ideario a las instituciones preexistentes a la ley, con lo cual veda la erección de nuevas instituciones confesionales que pretendan conducirse en coherencia con sus principios si estos se oponen a la práctica del aborto" (Asiaín, 2016, p. 173).

En adición a lo dicho, la norma que impide la expresión de la objeción de conciencia sobrevenida termina afectando, asimismo, los derechos de las personas que se reúnen y asocian con la intención de cumplir una actividad, y que ya no podrán hacerlo si pretenden ser fieles a los postulados que determinan su nueva forma de entender cuestiones, por ejemplo, religiosas o axiológicas.

## 4. Conclusiones

Los aspectos analizados y las comparaciones efectuadas entre las normas argentina y uruguayas, no pretenden agotar las posibilidades de estudio. Podrían analizarse muchos otros aspectos pero, por razones de espacio, esa tarea quedará para otra oportunidad.

Expuesto todo lo que antecede, se impone concluir en que las normas dictadas en los países del Río de la Plata para regular el aborto y hacer que lo que hasta ayer era delito, hoy sea un derecho (Toller, 2020), si bien reconocen el derecho a la objeción de conciencia de las personas y, de alguna manera, la objeción de ideario, lo hacen mostrándose "presas" de los imperialismos ideológicos que las determinan y a los que representan, según los cuales resulta necesario restringir todo lo que sea posible el ejercicio de la libertad religiosa, de conciencia, de pensamiento y de expresión.

En Argentina, será necesario ser muy firmes en la defensa de las personas que, eventualmente, vean desconocidos sus derechos, especialmente en aplicación de tipos penales "abiertos", claramente inconstitucionales.

En Uruguay ha quedado camino por recorrer, cuyos senderos han sido fijados por la sentencia del TCA analizada en el presente trabajo. Es claro que de acuerdo a la posición del TCA, ciertos trabajadores de la salud que no estén dispuestos, por razones de conciencia, a cumplir la práctica del aborto, tienen expedito el camino para impetrar del Tribunal el dictado de una sentencia que los ampare. Lo mismo para las instituciones de salud a las que sobrevenga la objeción de conciencia, y aun personas físicas interesadas

en generar, por ejemplo, una nueva institución confesional, con clara explicitación de ideario, que pretenda accionar en consonancia con sus principios.

Es indispensable no ceder ni un ápice en la lucha por la dignidad de la persona humana, y es éste uno de los desafíos que hoy tenemos por delante. No es el único, se avecinan otras batallas que ya comienzan a librarse (eutanasia, suicidio médicamente asistido), volviendo a enfrentar – sin violencia de nuestra parte – a los militantes infatigables por la dignidad de la persona con quienes, lamentablemente, están asociados al hedonismo y el utilitarismo.

## Referencias Bibliográficas

Aguiló, A. (2013). *¿Es razonable ser creyente?*, Madrid, Editorial Palabra.

Asiain Pereira, C. (2015). Nota de jurisprudencia. Objeción de Conciencia. Tribunal de máximo rango anula con efectos generales y absolutos decreto que lo restringía. *Revista de Derecho Público, Año 24, Número 28, diciembre 2015.*

Asiain Pereira, C. (2016). Objeción de conciencia y libertad de conciencia. Normativa vigente en la salud en Uruguay. *Revista de Derecho. 2da. Época, Año 12 N°14 - diciembre 2016. Universidad Católica del Uruguay.*

Ayllón, J. R. (13 de noviembre de 1998). Presupuestos antropológicos de la bioética. Conferencia en el Simposio: Conflictos bioéticos y personal sanitario, Palencia, España. <https://www.almudi.org/articulos-antiguos/7264-presupuestos-antropologicos-de-la-bioetica-jose-ramon-ayllon>

Congregación para la Doctrina de la Fe (2020), Carta “Samaritanus Bonus”. <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2020/09/22/carta.html>

Didier, M. M. (2021). La ley 27.610 sobre aborto y la Guía de aplicación en la Provincia de Buenos Aires: algunos excesos reglamentarios. *Centro de Bioética persona & familia.* <https://centrodebioetica.org/la-ley-27-610-sobre-aborto-y-la-guia-de-aplicacion-en-la-provincia-de-buenos-aires-algunos-excesos-reglamentarios/>

Herranz, G. (2 de mayo de 2007). La objeción de conciencia. Conferencia pronunciada en el Curso sobre Derecho Sanitario. Real Academia de Medicina de Andalucía Oriental. Granada, España. <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/conferencias-sobre-etica-medica-de-gonzalo-herranz/la-objeccion-de-conciencia>

Laferriere, J. (2021). Ley de aborto comentada. *Centro de Bioética persona & familia.* <https://centrodebioetica.org/libro-electronico-ley-de-aborto-comentada-analisis-critico-de-la-ley-27610/>

Montano, P. (2016). *Objeción de Conciencia.* Revista de Instituto de Derecho Penal Número 7. <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/171> - FCU.

Toller, F. (3 de junio de 2010). Presentación ante el Senado de la Nación. *Versión taquigráfica Cámara de Senadores de la Nación.* <https://www.senado.gov.ar/upload/8814.pdf>

Toller, F. (2020). Análisis del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. *Revista La Ley, Año 85, Número 6, diciembre 2020.*

Toller, F. (25 de febrero de 2021). Derecho a la Objeción de Conciencia: cuestiones constitucionales, convencionales y legales. Conferencia dictada en el Seminario organizado por convenio entre Abogados por la Vida Santa Fe y Universidad Católica de Santa Fe.



GABRIELA BECKER PINTO

Universidad Universidad de la Empresa (UDE), Uruguay.

[gabriela.bp@hotmail.com](mailto:gabriela.bp@hotmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0879-7726>

JÉSSICA CRUZ DA SILVA

Universidad Universidad de la Empresa (UDE), Uruguay.

[je.cruzasilva@gmail.com](mailto:je.cruzasilva@gmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0831-180X>

Recibido: 30/04/2021 - Aceptado: 25/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Becker Pinto, G. y Cruz da Silva, J. (2021). Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo. *Revista de Derecho*, 20(39), 53-73. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.4>

## Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo

53

**Resumen:** La presente investigación estuvo motivada por el propósito – como objetivo general del trabajo de investigación – de examinar el escenario jurídico de la Energía Nuclear entre Brasil y Uruguay bajo el sesgo del Transconstitucionalismo y Transición Energética, a partir de la convivencia analítica entre fiscalización y emprendimiento estatal- empresas propias ante el Paradigma de Sostenibilidad e Integración Regional. En el período académico, temas complementarios como la transición energética y la seguridad pública se desarrollaron de manera antagónica, denotando la necesidad de una triple hélice de acción entre tres actores principales del desarrollo: el Estado, la Academia y la Producción de Servicios a través de políticas públicas. Se concluye que el plan uruguayo buscaba ante todo impulsar la innovación conducente al desarrollo e independencia energética interna del país, logrando estratégicamente su seguridad energética con base en el atractivo político, y que el potencial exploratorio brasileño se concentra desde el momento en que se puede mitigar estigmas y pensar en el recurso nuclear como una fuente complementaria que permite satisfacer la demanda interna y una menor dependencia de las fuentes de agua.

**Palabras clave:** Energía nuclear, Transconstitucionalismo, Seguridad, Transición

## Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo

**Abstract:** The present investigation was motivated by the purpose – as a general objective of the research work – to examine the legal scenario of Nuclear Energy between Brazil and Uruguay under the bias of Transconstitutionalism and Energy Transition, based on the analytical coexistence between inspection and State entrepreneurship before the Paradigm of Sustainability and Regional Integration. In the academic period, complementary themes such as energy transition and public security developed in an antagonistic manner, denoting the need for a triple helix of action between three main development actors: the State, the Academy, and the Production of Services through policies public. It is concluded that the Uruguayan plan sought above all to foster innovation leading to the country's internal energy development and independence, strategically achieving its energy security based on political attractiveness, and that the Brazilian exploration potential is concentrated from the moment in which that it can mitigate stigmas and think of the nuclear resource as a complementary source that makes it possible to meet domestic demand and less dependence on water sources.

**Key words:** Nuclear Energy, Transconstitutionalism, Security, Transition

54

## Sostenibilidad energética: el potencial de transición nuclear brasileño y el transconstitucionalismo uruguayo

**Resumo:** A presente investigação motivou-se pelo propósito – como objetivo geral do trabalho de pesquisa – de perscrutar o cenário jurídico da Energia Nuclear entre Brasil e Uruguai sob o viés do Transconstitucionalismo e da Transição Energética, a partir da coexistência analítica entre a fiscalização e o empreendedorismo Estatais perante o Paradigma da Sustentabilidade e da Integração Regional. No sopesar acadêmico, temas complementares como transição energética e segurança pública desenvolveram-se de maneira antagônica, denotando a necessidade de uma tripla hélice de atuação entre três principais atores de desenvolvimento: o Estado, a Academia, e a Produção de Serviços por intermédio de políticas públicas. Conclui-se que o plano Uruguai procurou sobretudo fomentar a inovação acarretando o desenvolvimento energético interno e a independência do país, alcançando de forma estratégica sua segurança energética pautada no atrativo político, e que o potencial de exploração Brasileiro concentra-se a partir do momento em que este conseguir mitigar estigmas e pensar o recurso nuclear como fonte complementar que possibilite o atendimento à demanda interna e a menor dependência de fontes hídricas.

**Palavras-chave:** Energia Nuclear, Transconstitucionalismo, Segurança, Transição



## 1. Introducción

Frente a un período de grandes turbulencias políticas, económicas e incluso de desafíos sociales que se han producido en los últimos años, hemos visto importantes debates sobre la agenda internacional que se han convertido en objetivos para la priorización de las naciones. El desarrollo sostenible y sus implicaciones para el sector energético siguen encabezando la lista, debido a la gran carga sobre el medio ambiente y los constantes cambios climáticos derivados del modelo económico en el que vivimos. La perspectiva de un futuro sostenible con menos emisiones de contaminantes a la atmósfera nos hace cuestionar las formas y tipologías para llegar a un modelo de desarrollo, que utilice energías que nos permitan brindar niveles satisfactorios de calidad de vida a las próximas generaciones.

Pensando en este recurso, surge la tan temida e incomprendida energía nuclear, que, si bien es una de las principales fuentes de energía del mundo y se extrae a través de la ruptura del átomo de uranio, tiene un acalorado debate en torno a los medios - las plantas y sus Riesgos más allá de los umbrales del debate sobre energía y seguridad nacional - y propósitos de su uso - pacíficos o no. Ciertamente, cualquier fuente de energía puede presentar sus dualidades en cuanto a su uso, sus finalidades y sus posibles implicaciones en el ámbito jurídico y de seguridad, ya sea en un ámbito más amplio - la seguridad internacional, o en un ámbito más intrínseco - la seguridad energética.

Se propone, entonces, cuestionar los aspectos legales y constitucionales que se pueden utilizar o incluso que ya forman parte del plan de desarrollo de la energía nuclear en Brasil, considerando que, si bien es una fuente no renovable, el uranio es parte de una de las riquezas ofrecidas en suelo brasileño, con un gran potencial para asumir el papel de energía complementaria a las fuentes renovables, además de ser una opción para reducir, en términos relativos, el uso de fuentes fósiles.

Sin embargo, la propuesta es utilizar como modelo, al menos a efectos de inspiración, el caso del vecino sudamericano, Uruguay, aunque menos en su número de habitantes y en temas territoriales, puede enseñarnos en grandes materias, principalmente, cuando buscamos temas específicos y pudimos extraer buenas prácticas de aplicación y el potencial que aún se puede explorar en términos de crecimiento, desarrollo tecnológico e innovación en materia de bajas emisiones de carbono.

Sin embargo, la premisa rectora de este trabajo fue que se asumiría que las estrategias delineadas en el Plan Energético de Uruguay (PE 2005-2030), que guiaron a Uruguay hacia el 'BIG PUSH', podrían servir de modelo como forma de ayudar para esbozar impulsos o incluso inspirar a Brasil en el desarrollo de la Energía Nuclear, como factor exponencial, no solo de transición sino también de seguridad energética.

La metodología utilizada en este trabajo será cualitativa, en la que se decidió buscar fuentes no exhaustivas del proceso de transición de ambos países, teniendo en cuenta los aspectos territoriales, geopolíticos y tecnológicos involucrados. Para ello se realizaron investigaciones, relevamientos y análisis de textos, artículos, proyectos de reforma constitucional, legislación, Políticas Energéticas y sus estrategias, además de documentos oficiales tanto de gobiernos, entidades, organismos y agencias internacionales. El enfoque de este proyecto se basa en contenido histórico, concentrado en el período 2015 – 2020, aunque los Planes de Energía están proyectados hasta el año 2050.

Se observa que, de ninguna manera nuestra intención de comparar ambos países es incomparable en características y culturas, sin embargo, aunque diferente en innumerables aspectos, se cree que el modelo uruguayo, que contiene los lineamientos y estrategias delineados en el Plan Energético de Uruguay 2005 – 2030, con el que diseñó espléndidamente su camino hacia la transición energética utilizando energías renovables, además del potencial de mercado y entorno empresarial, avanzó hacia una economía baja en carbono (low carbon) y pleno desarrollo y concienciación de su población y debería ser utilizado como una fuente inspiradora o al menos visto como un puente a recorrer en términos estratégicos por Brasil con respecto a la adopción de la Energía Nuclear como fuente de la transición.

## 2. La energía nuclear como fuente de energía limpia

### 2.1. ¿Qué es la energía nuclear?

La Energía Nuclear se puede definir como la energía liberada de reacciones en cadena que se desarrollan en el núcleo de los átomos y que se convierten en energía eléctrica, ya sea por fisión o fusión de radioisótopos. (LEHTO, 2007). Así, los radioisótopos pueden denominarse como el conjunto de átomos con núcleos inestables que implican emisión de radiación (BRASIL, 2018). Estas radiaciones ocurren a través de estas fisiones o fusiones nucleares, que son básicamente procesos de liberación de energía química. Sin embargo, la fisión consiste en la fisión de un radioisótopo utilizando neutrones libres. La fusión, por otro lado, resulta de la unión de átomos. Así, en ambos procesos, surge un nuevo elemento químico que genera un nivel masivo de energía (BRAGA, 2019a). Por tanto, este conglomerado fenomenológico posterior a la desintegración nuclear, debido a la inestabilidad presente en el núcleo de estos **átomos, da como resultado la producción de partículas (alfa y beta) o radiación (gamma) definiendo lo que se puede conceptualizar como radiactividad.**

El conjunto de fuentes utilizadas para crear energía en un locus territorial dado puede denominarse matriz energética (ENERGÉTICA, 2019). Las matrices energéticas están reguladas por normas especiales, que prevén la conducta de las personas naturales y jurídicas en relación con determinadas actividades que impliquen manipulación y/o exposición a materiales y productos radiactivos, ya sean de origen natural o procesado (BRAGA, 2019a). Es este conjunto de reglas el que configura el campo de acción de la denominada Ley Nuclear.

Así, la energía nuclear realiza el trabajo de una fuerza y puede verse con un conjunto de factores, es decir, además de los energéticos, económicos y ecológicos. Según Naciones Unidas, el desarrollo sostenible está vinculado a la satisfacción de las necesidades del presente sin el compromiso de las generaciones futuras (ORGANIZATION, 2019). Ya que, según (CRUZ; BODNAR; FERRER, 2012), la sustentabilidad consiste en un paradigma metajurídico que guía la sociedad global y la actuación del intérprete del Derecho en el tercer milenio. Por eso la figura del transconstitucionalismo en este campo es tan importante, ya que permea soluciones a problemas jurídico-constitucionales que se presentan simultáneamente a diferentes órdenes. Por tanto, los deseos perseguidos en esta transición energética se ennoblecen.

## 2.2. El contexto de la transición energética

El agotamiento y la sobrecarga del medio ambiente, producto del actual modelo de desarrollo mundial y derivado de las más diversas actividades económicas, principalmente en el aspecto de exploración de recursos, son solo las “caras” derivadas de la emisión de GEI (Gases de Efecto Invernadero) como Reflejo de esto, preocupaciones alarmantes sobre el calentamiento global ya están mostrando sus rasgos en eventos y eventos climáticos extremos y cada vez más frecuentes (REIS, 2015).

En consecuencia, las discusiones sobre el medio ambiente y los tipos de recursos para la generación de energía que componen la matriz energética mundial, asumen un peso ascendente en la agenda política de los Estados, especialmente después de la década del 90. Contrario a esta explosión sostenible, encontramos, aunque de manera desproporcionada, la dependencia de estos mismos Estados (SANTOS, 2016) de los sectores energéticos, los cuales se apoyan firmemente en la explotación de combustibles fósiles, que a su vez generan profusos impactos al agotamiento ambiental. Además de este choque, se debe tener en cuenta el rol de nuevos actores que generan un cambio drástico, no solo en la forma en que se explotan los recursos naturales sino sobre todo en la forma de participación de los consumidores y competitividad en el sector energético para el mundo y nuevas formas de generación.

Por tanto, en este escenario se presenta una nueva fase de la transición energética, construyendo y contribuyendo a nuevos patrones de consumo que implican en procesos tecnológicos más avanzados y que cumplen esencialmente la Era de la transición, teniendo como principal motor los cambios climáticos que conducen a un desarrollo económico más sostenible.

La transición energética que estamos atravesando en este momento es el resultado de otras versiones que hemos ido atravesando a lo largo de los siglos, con ello una transmutación significativa del paradigma energético geopolítico vivido hasta el momento.

Asistimos a una profunda transición energética, tanto para los escenarios de oferta y demanda, en la forma de energía que llega a los consumidores, como para los factores que determinan la influencia y las relaciones de poder entre naciones y regiones. [...] La transición energética que vivimos hoy, bajo diferentes formas y ritmos, tiene unas características inéditas. Es el primero con el clima como impulso motivador. Necesariamente tendrá que ser más intenso y más rápido que las transiciones anteriores, si queremos lograr los objetivos establecidos en 2015 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en París. (Camargo, 2020, p.10).

En este contexto, la transición energética puede entenderse como un cambio de paradoja. Si antes la primacía energética se basaba en un contexto esencialmente económico, hoy se nos lleva a repensar todo este modelo de desarrollo y reformularlo. Si bien hemos sido testigos de varias fases de la transición desde las Revoluciones Industriales I y II, que hoy presenciamos, nos lleva directamente a una nueva visión, cuya preocupación es esencialmente ambiental y sustentable.

### 2.3. La energía nuclear como fuente de energía limpia y potencial para la transición energética

La perspectiva de un futuro sostenible con menos emisiones de contaminantes a la atmósfera nos hace cuestionar las formas y tipologías para llegar a un modelo de desarrollo, que utilice energías que nos permitan brindar niveles satisfactorios de calidad de vida a las próximas generaciones.

Así, autores y varios técnicos del área reconocen a la energía nuclear como una poderosa fuente capaz de cubrir necesidades en una matriz energética, siendo considerada, por tanto, una fuente limpia, especialmente por emitir índices de carbono ínfimos en la atmósfera. En este sentido, el OIEA (Organismo Internacional de Energía Atómica), destaca que:

La energía nuclear ya aporta alrededor del 10% de la electricidad mundial, pero contribuye con casi el 30% de toda la matriz eléctrica baja en carbono. La energía nuclear seguirá siendo esencial para lograr un futuro con bajas emisiones de carbono, que los líderes mundiales acuerdan perseguir. (OIEA, 2020, p.1) (Nuestra traducción).

Desde este punto de vista, la ABEN (Asociación Brasileña de Energía Nuclear), reitera el pensamiento de que esta fuente de energía no solo contribuye fuertemente al avance de las medidas para lograr menores niveles de emisiones de carbono, sino que además considera que el desarrollo de la energía nuclear es parte de la forma comprobada de crear energía asequible y con bajas emisiones de carbono, así como de crear empleos y cadenas de suministro locales de alto valor a largo plazo. (ABEN, 2020).

Adicionalmente, por su capacidad y alta densidad energética en potencia instalada (MW) por área reducida y ocupada, las centrales nucleares pueden instalarse relativamente cerca de los núcleos urbanos, lo que conlleva a una mayor preservación de áreas sensibles y hacen de este recurso la principal fuente de energía. generación con reducción de impactos ambientales y sociales significativos, incluso proporcionando el avance local del espacio de su instalación. Por tanto, la adopción de la energía nuclear como fuente generadora y participante activo en la matriz energética global, puede verse como una estrategia de amplificación y desarrollo nacional, además de, por supuesto, altamente sostenible.

Por ello, el papel de la energía nuclear puede entenderse como motor de la transición y un nuevo enfoque a pensar, no solo en términos de generación, sino como un nuevo horizonte que emerge para el desarrollo económico sostenible, basado en nuevas tecnologías destinadas específicamente para el sesgo bajo en carbono. Además, el recurso extraído del uranio puede considerarse una fuente propulsora que permite mejorar el proceso de quema de átomos y aumentar los estándares de seguridad.

En definitiva, la aplicación de este mineral como recurso energético natural, si se idealiza como puente inspirador entre el cruce del calentamiento global y la escasez de recursos para el desarrollo sostenible, servirá de estímulo para la conformación de nuevas alternativas y complementarias, limpias. y bases consistentes que posibiliten no solo el proyecto global bajo en carbono, sino que también promuevan la promoción de la innovación, la competitividad y el surgimiento de nuevos actores en el mercado,

capaces de conducir a una reformulación del sistema, especialmente en los aspectos tecnológicos, geopolíticos y relacionados con la búsqueda de la seguridad energética.

### 3. Energía Nuclear en Brasil

#### 3.1. Energía nuclear en Brasil y su contexto histórico

Las décadas que siguieron a 1930 fueron sumamente importantes para el desarrollo de la física brasileña moderna, ya que albergaría importantes eventos, entre ellos la creación de la Facultad de Filosofía, Ciencias y Letras de la Universidad de São Paulo, y la exportación secreta y el sistema. de arenas monazíticas para Estados Unidos (DE BIASI, 1979), lo cual corroboró en un ambiente cooperativo en relación al Proyecto Manhattan de ese país, el cual, fue lanzado en la responsabilidad de la construcción de una bomba atómica que utilizaría los desarrollos en la tecnología de la reproducción de Fisión nuclear durante la Segunda Guerra Mundial.

En este contexto, el debate sobre el posible uso y preservación de sus propios recursos naturales para la producción de energía atómica y la elaboración de proyectos oficiales se inició en Brasil a mediados de 1945. Así, proveedor de materias primas a Estados Unidos, el país suministró hasta la década de 1950 abundantes cantidades de minerales atómicos de los que es rico. Y, con la implementación del principio de compensación específica, por cada exportación de minerales estratégicos, se produjo una transferencia de tecnología útil destinada a mejorar el sector nuclear nacional (INGULSTAD; LIXINSKI, 2013).

El estudio de Dimis da Costa Braga (2019) es muy oportuno cuando señala que, ante la demostración de la dificultad para obtener tecnología en el exterior, el país buscó seguir los avances internacionales en el sector. Y, por tanto, dejó de buscar exclusivamente la adquisición de tecnología autóctona del exterior, ya sea para la producción de uranio metálico, bien, para el desarrollo de su enriquecimiento (2019b, s.p.).

Porque, fue en el contexto del uso bélico de la tecnología nuclear que Brasil buscó establecer los primeros pasos hacia la creación de un centro espacial brasileño y, a fines de la década de 1960, este centro pasó a llamarse INPE (Instituto Nacional de Investigaciones Espaciales), cuyo El objetivo principal fue diseñar y ejecutar la construcción de un cohete lanzador de satélites (BRAGA, 2019b).

Como no había ninguna industria que desarrollara o aplicara los resultados de estas investigaciones realizadas en el INPE y otras agencias hasta entonces, según una retrospectiva brasileña dilucidada por estudiosos, en 1951 la creación del CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), y A propuesta de este Consejo, entraron en escena varios otros centros de investigación dedicados exclusivamente a la física nuclear. Entre ellos, el rigor de la época es evidente, el IEA (Instituto de Energía Atómica), ubicado en el estado de São Paulo y el IPR (Instituto de Investigaciones Radiactivas) instalado junto a la Universidad Federal de Minas Gerais, en el estado de Minas Gerais, ambos en el período de 1953. En 1960 se crea el Laboratorio de Dosimetría, transformado posteriormente, en 1971, en el Instituto de Radioprotección y Dosimetría. En los años siguientes, en 1963, se creó el IEN (Instituto de Ingeniería Nuclear), en el estado de Río de Janeiro, y, finalmente, este ciclo culminó con la institución de CBTN

(Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear), que incorpora el IPR de Minas Gerais, que luego se denominaría CDTN (Centro de Desarrollo Tecnológico Nuclear), vinculado al CNEN, con la Universidad Federal de Minas Gerais, en el estado de Minas Gerais. Es crucial reflexionar que, en este momento, por lo tanto, el locus territorial nuclear brasileño ha superado una expansión considerable (DE BIASI, 1979).

Con la adquisición de 03 (tres) centrifugadoras de Alemania, interceptadas por tropas de ocupación inglesas a pedido del gobierno estadounidense y solo liberadas después de demostrar que enriquecerían muy pocas cantidades de uranio y, con honorarios mínimos (BRAGA, 2019b), se llevaron a cabo intereses académicos en junto con acciones políticas estratégicas para apalancar el sector atómico brasileño.

Según el esquema histórico de la época, los propósitos nucleares no eran exclusivamente pacíficos en el país, ni tampoco en otras naciones. Así, en un contexto de combate al carácter clandestino de las operaciones de Brasil en el exterior, considerando la obligación de que todos los compromisos en materia nuclear pasen al escrutinio del Congreso Nacional, y de suspensión a las exportaciones de uranio, torio, compuestos, minerales u otro país estratégico. material, se constituyó CNEN (Comisión Nacional de Energía Nuclear) (GIROTTI, 1984).

Asimismo, según Dimis da Costa Braga (2019), se creía que la Energía Nuclear por proceso de fisión llegaría a jugar, ya a mediados de la década de 1970, un papel preponderante en la generación de electricidad global, y se dieron grandes pasos en el sentido de expandirla. (2019a, s.p.) Sin embargo, posterior a este optimismo nuclear, emergen las poblaciones de los países más desarrollados y democráticos, una desconfianza simultánea tangente a los peligros derivados de las actividades nucleares (MACHADO, 1980).

Como una forma de garantizar la seguridad, proteger el medio ambiente, participar en los procesos de toma de decisiones e instituir salvaguardias efectivas para las actividades nucleares a escala global, nació el OIEA (BRAGA, 2019b).

### 3.2. Programa nuclear brasileño

Las bases del Programa Nuclear Brasileño se establecieron durante el período del régimen de gobierno militar, adornado por temas sensibles y estratégicos. El Programa, se enfatiza, tenía negocios en el país con Estados Unidos y, de manera secuencial, con el Acuerdo Nuclear Brasil – Alemania.

Firmado en junio de 1975, el Acuerdo Brasil – Alemania preveía la instalación de 08 (ocho) centrales nucleares, la creación de empresas de prospección y exploración de uranio, fabricación de elementos combustibles, fabricación de componentes pesados para plantas y reactores, reprocesamiento de combustible irradiado, enriquecimiento de uranio, y, toda la creación de una verdadera industria nuclear (BRAGA, 2019b). Sin embargo, se estigmatizó por dar cuenta de una pérdida económica con un costo natural superior al del sector privado en el país, subvencionado por la nueva industria nuclear.

Aunque Brasil sufrió los boicots y los intereses económicos y estratégicos de estas naciones, la historia ha demostrado que incluso siguiendo caminos tan incómodos, la nación finalmente detuvo el ciclo completo del combustible nuclear. Y, por cierto,

sucedió no solo con el desarrollo de su propia tecnología, sino también con la firma de estos acuerdos internacionales.

A partir de la década del 90, el Programa sufrió flexibilidades y fue desmantelado, lo que le permitió distanciarse, en la perspectiva de la integración económica y energética con los países del MERCOSUR (Mercado Común del Sur). Entre 1991 y 1994, el país se adhirió a regímenes internacionales de no proliferación nuclear, aceptó amplias salvaguardias internacionales, incluidas las del OIEA, y le siguió un componente del área latinoamericana libre de armas nucleares (PATTI, 2014).

### 3.3. Plantas de energía nuclear de Angra

El paradigma que se creó alrededor de las centrales nucleares brasileñas proviene de los estigmas utilizados dentro del propio Programa Nuclear Brasileño. Esta última, que inicialmente contemplaba la elaboración de 08 (ocho) centrales nucleares (BRANDÃO, 2008), en cuanto se quedara con una sostenibilidad económica afectada por las perturbaciones ocurridas en las primeras edificaciones.

La construcción de la Central Nuclear Angra I, en el estado de Río de Janeiro, marcó la primera fase del Programa y obtuvo la licencia para iniciar operaciones en diciembre de 1984.

Sin embargo, sufrió varias interrupciones, incluso por orden judicial y fue inaugurado oficialmente en 1985. Con un reactor PWR (reactor de agua a presión), tecnología suministrada por la empresa estadounidense Westinghouse, cuenta con 657 MW de potencia instalada. Sin embargo, desde el preámbulo de las operaciones de Angra I, hubo frecuentes fugas de material radiactivo a través de las varillas que almacenan el combustible fósil dentro del reactor nuclear y fallas en el manejo del material de la Planta (BERMANN, 2002).

El otorgamiento de la licencia para la construcción de la Central Nuclear Angra II se dio en 1981, sin embargo, un largo lapso la separó de su inauguración oficial. La licencia para iniciar operaciones no se otorgó hasta marzo de 2000, pero fue en el período de julio de 2011 cuando la Planta finalmente logró iniciar sus actividades. Con un reactor PWR, tecnología suministrada por la empresa alemana KWU, presenta 1.350 KW de potencia neta (PATTI, 2014).

El programa nuclear se revitalizó a principios de la década de 2000. En 1998, el Congreso aprobó la reactivación de proyectos para la construcción de una planta industrial que tenía como objetivo producir combustible nuclear y alentó la colaboración entre los centros de investigación de la Armada y la industria nuclear. Se racionalizó la gestión de la Central Nuclear Angra I y las posteriores y surgió una nueva empresa pública denominada Eletronuclear de la fusión de Furnas y Nuclen, siendo filial de Eletrobrás.

Por tanto, quedó definitivamente constituido el proyecto de construcción de la Central Nuclear de Angra III. Sin embargo, debido al escenario nacional, aún no ha terminado. Pero de una forma u otra, es innegable el triunfo de que Brasil tenga dos Plantas Nucleares muy eficientes que son consideradas patrimonio nacional, ya que logró conquistar el dominio de la tecnología del uranio enriquecido.

## 4. La energía nuclear en Brasil y Uruguay desde el punto de vista legal y de seguridad

### 4.1. Ley constitucional brasileña

El sistema legal brasileño otorga un rol de centralidad constitucional en materia energética, en particular, el tratamiento que le da la legislatura nacional a las actividades nucleares. Se puede decir, en este diapasón, que la ley ha sido el mecanismo utilizado para mantener el control estatal sobre estas operaciones y la dependencia del sector eléctrico para el financiamiento público (BRAGA, 2019a).

La primera disposición expresada en materia nuclear está contenida en la Enmienda Constitucional núm. 1/1969 a la Constitución de 1967, inmediatamente en su artículo 8, inciso XVII: “Compete à União: [...] XVII – legislar sobre: [...] i) águas, telecomunicações, serviço postal e energia (elétrica, térmica, nuclear ou qualquer outra).” (BRASIL, 1969, s.p.) El Subcomité Temático de Salud, Seguridad y Medio Ambiente emitió instrucciones normativas en su artículo 70, en el que la opinión del relator tendía a restringir el uso de Energía Nuclear en el territorio nacional: “Proíbe-se no Território Nacional a instalação e funcionamento de reatores nucleares, exceto para finalidades Científicas. [...] As demais atividades nucleares serão exercidas mediante controle do Poder Público, assegurando-se a fiscalização supletiva pelas entidades representativas da sociedade civil.” (BRAGA, 2019a)

Según Dimis da Costa Braga (2019), no se puede negar que el marco democrático de 1988 estableció muchos preceptos encaminados a garantizar la máxima participación de la sociedad en términos de deliberación participativa en el proceso de toma de decisiones en materia de generación eléctrica. (2019, s.p.) El artículo 225 de la Carta Magna es oportuno cuando establece el medio ambiente como derecho y principio fundamental, requiriendo en su inciso IV, previo estudio preliminar de impacto ambiental y amplia publicidad para la instalación de obras o actividades que potencialmente causen degradación del medio ambiente.

En relación a la explotación de fuentes de energía, gran parte de estas estaban abiertas a la acción tanto del Estado como de entidades privadas. Lo que se puede observar con el artículo 21 de la Constitución Federal de 1988, “Compete à União: XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;” (BRASIL, 1988)

Sin embargo, es interesante notar que en el ámbito nuclear, a diferencia de los demás, quedó relegado a la dependencia del Estado. Su empleo fue restringido y colocado en condición centralizada en la Unión, dependiente del financiamiento estatal y condicionado a la expansión del sector a la autorización del Poder Legislativo, según lo dispuesto en los artículos 21 y 22 de la Constitución Federal de 1988:

Compete à União: [...] XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do



Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de Radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (Redação dada pela Emenda Constitucional no 49, de 2006) c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de Radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (Redação dada pela Emenda Constitucional no 49, de 2006) d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Redação dada pela Emenda Constitucional no 49, de 2006). (BRASIL, 1988)

La Carta Fundamental es, por tanto, competencia exclusiva de la Unión para la gestión y el desarrollo de las actividades nucleares en todas sus fases, incluida la legislación. Esta rigidez constitucional es importante y continúa estableciendo la competencia exclusiva del Congreso Nacional para aprobar también iniciativas del Poder Ejecutivo. Sin embargo, el temor reside en esta nube de ignorancia en el campo nuclear brasileño, que puede desechar la opción termonuclear sin ponderar otros debates e instituciones sociales.

El propio rol que actualmente ocupa la CNEN como máximo órgano rector en el manejo nuclear debe ser visto con cautela, una vez delegada la competencia del Congreso Nacional, ha adquirido tal potestad con la exclusiva responsabilidad de inspección, planificación, supervisión, investigación científica e instrucción normativa nacional del sector. Sin embargo, es innegable que la actualización normativa es de suma importancia en este escenario y que las leyes infraconstitucionales continúan dictando las grandes reservas y urgencias en el contexto legal nuclear.

Uno de los grandes aspectos a discutir en el ámbito nuclear es la priorización de la investigación regulatoria dentro de una agencia reguladora como la CNEN. A partir de estas premisas, pueden surgir caminos más eficientes y democráticos en el campo energético y fortalecer el Estado de Derecho Democrático en su conjunto. (HEILBRON; COSTA, 2017)

63

## 4.2. Transconstitucionalismo uruguayo

El uso de energía nuclear en Uruguay está prohibido por la Ley n. 16.832, promulgada en 1997, que regula la actualización del Sistema Eléctrico Nacional y crea la Unidad Reguladora de Energía (HONTY, 2011). La presente orden prevé la prohibición en su artículo 27 y destaca que ningún agente del mercado eléctrico mayorista podrá suscribir contratos de suministro eléctrico utilizando generadores nucleares o generadores extranjeros, ya que las plantas contaminarían el territorio nacional.

A pesar de la comprensión legislativa contemporánea, el país se basó en numerosos esfuerzos institucionales y normativos para estructurar el sector nuclear. La creación de la Autoridad Nacional Reguladora de Radioprotección, a través de la Ley n. 17.930, 2005; la Comisión Nacional de Energía Atómica y la Dirección Nacional de Tecnología Nuclear, mediante Ley núm. 15.809, 1986; el Centro de Investigadores Nucleares, en 1966; y, la concesión de una prestación de jubilación a personas que realizaban actividades laborales expuestas a radiación de rayos X o manipulación de elementos radiactivos son ejemplos iniciales.

Finalmente, en 1964, se compró un pequeño reactor nuclear a los Estados Unidos para investigación y entrenamiento personal. Sin embargo, a través de la dialéctica construida

por los accidentes de Chernobyl (Ucrania), Goiânia y cesio-137 (Brasil), y Fukushima I (Japón), se encendieron los debates en el ámbito político y social uruguayo (HONTY, 2011). Mientras el gobierno iniciaba una fase de evaluación de la energía nuclear, se contrataron especialistas para consultar a la población y evaluar los recursos humanos y la tecnología disponible. Con la creciente inversión en energías renovables (eólica, biomasa, solar fotovoltaica, termosolar, hidráulica y biocombustibles) y la exploración de la presencia de petróleo en el país, el debate nuclear pasó a un segundo plano y bajo un nuevo paradigma de sostenibilidad y uso pacífico.

Si bien los argumentos en contra del uso nuclear se superponen en la monetización exhaustiva y los requisitos de seguridad internacional, plantea factores importantes para la descarbonización de la generación eléctrica, ya que se combina con tecnologías renovables intermitentes con facilidad, ya que no dependen de las condiciones climáticas y generan energía en todo momento.

El análisis de alto desempeño energético en Uruguay considera tres factores importantes: el desempeño y liderazgo de las empresas públicas como generadoras de servicios, la cultura uruguaya de respeto al medio ambiente y el entorno regulatorio. La materialización de la idea de ciudades inteligentes proviene de un buen desempeño en la generación de servicios. (PRESUPUESTO, 2019)

Este estudio de probabilidades también destaca la importancia del Estado para orientar y brindar bienestar a los ciudadanos a través de políticas públicas orientadas a la calidad de vida, y no a favorecer decisiones coyunturales. Es decir, aunque sea tenue, debe existir un límite entre el Estado que supervisa y el mismo Estado que asume.

El sector energético uruguayo ha experimentado varios cambios en los últimos años, la energía se ha convertido en un peso enorme en las cuentas nacionales, ya que su consumo se ha incrementado exponencialmente. Esto también generó una gran preocupación en el escenario normativo, cuya legislación se preocupó por establecer un uso más racional y sostenible de estas energías. Un gran ejemplo de esto es la institución de la Ley de Eficiencia Energética n. 18.597, 2009 y la Política Energética acordada entre todos los partidos políticos (PEDROUZO, 2014).

Actualmente, la eficiencia es definida por la doctrina administrativa uruguaya como la proporcionalidad razonable entre la actividad realizada y los medios empleados en relación a los resultados perseguidos y obtenidos, siendo una traducción del principio de arraigo constitucional. La ley, por tanto, ha buscado reflejarse en un instrumento de impacto a nivel de política energética, económica y medioambiental. De esta manera, ha estructurado y regulado un sistema de actores estatales y no estatales con diferentes grados de responsabilidad, obligaciones y restricciones para proteger el interés común.

El análisis sobre la regulación de la institucionalidad normativa del sector energético es importante para determinar si se enfrenta a una norma de actuación (jerarquía normativa inferior - referirse a principios en sentido estricto y las reglas) o una norma final (jerarquía normativa superior - referirse a la Constitución y la ley), y comprender cuál es el margen de discrecionalidad con el que la Administración tiene para dictar sus decisiones.

Como diría el reconocido jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, "No se puede describir realísticamente un sistema social, sin referirse al orden jurídico aplicable a él. Por eso ha

dicho con toda razón recientemente Georges Burdeau; ‘en voulant demeurer juristes, nous faisons preuve de réalisme’’. (ESPIELL, 1968, p. 15)

#### 4.3. Los desafíos de la energía nuclear como cuestión de seguridad pública

Así, como señala el autor brasileño Guilherme de Souza Nucci (2016), en su obra ‘Direitos Humanos versus Segurança Pública’, los derechos humanos son inherentes a la naturaleza humana y confieren una individualidad real al ser para el logro de condiciones dignas de supervivencia, y de esa manera. manera en que están abrazados por el manto de la ley natural y también positiva. La dignidad humana, por tanto, se entrelaza aquí y corresponderá al Estado proteger tanto al individuo en lo que respecta a la vida, la libertad, la dignidad y, en especial, el orden público y la seguridad. Tales condiciones, aunque específicas, son inseparables en su conjunto y tienen como objetivo proteger al individuo incluso de las acciones del propio Estado. (2016, s.p.)

La seguridad pública, generalmente vista con un sesgo antagónico a los derechos humanos, necesita interactuar con estos derechos. Si bien es un deber del Estado, también es una obligación comunitaria. La seguridad pública, al ser vista como un derecho común de todos y como una política pública, por lo tanto, debe ser perseguida por toda la comunidad. Dado que la concentración entre los cuerpos policiales estatales, el Ministerio Público y el Poder Judicial para este fin es fundamental.

#### 4.4. Seguridad energética y sus desafíos

A pesar de los desafíos observados en los campos legal y de seguridad pública, se agrega a la discusión un tema ampliamente discutido llamado Seguridad Energética.

Este término, aunque consagrado por la OIEA, aún tiene discusiones sobre parámetros y sobre todo la amplitud de su concepto, muchas veces enfrentándose al término de seguridad internacional – que nos lleva a un orden jurídico global – o incluso como una extensión de ella.

Creada básicamente como un mecanismo de protección para los países consumidores de energía, que dependían del petróleo suministrado por la OPEP (Organización Mundial del Petróleo), la OIEA instituyó el concepto de Seguridad Energética, definiéndolo como la disponibilidad ininterrumpida de fuentes de energía a un precio asequible. Este término se solidificó en un momento en que el mundo acababa de atravesar otra fase de transición energética, del carbón al petróleo, y principalmente, con la crisis del petróleo que siguió. El Organismo aún segmenta este concepto en dos aspectos: largo y corto plazo.

La seguridad energética tiene muchos aspectos: la seguridad energética a largo plazo se trata principalmente de inversiones oportunas para suministrar energía de acuerdo con los desarrollos económicos y las necesidades ambientales. Por otro lado, la seguridad energética a corto plazo se centra en la capacidad del sistema eléctrico para reaccionar rápidamente ante cambios repentinos en el equilibrio entre oferta y demanda. (OIEA, 1973 s.p., nuestra traducción).

En el primer aspecto, se asume la seguridad energética cuando las inversiones logran seguir la evolución de las demandas ambientales, es decir, seguir los procesos en los que es necesario llevar a cabo el proceso de transición energética y, principalmente, el desarrollo económico del país. Mientras que, el segundo aspecto, se centra en la capacidad del Estado para reaccionar en el suministro de energía doméstica aun cuando existan desequilibrios, cambios y afluencias a la oferta y demanda nacional.

Sin embargo, según el autor Alexandre Nina (2020), el desafío de la Seguridad Energética sienta precedentes y complejidades más allá de lo esperado, en el que, por “disponibilidad ininterrumpida”, es posible comprender posibles interrupciones en el suministro y pueden ser causas de innumerables variables, intencionales o no, que afecten a la infraestructura energética, como los eventos climáticos. Por tanto, de este contexto de complejidad del término y entendimiento colectivo de la seguridad energética, surge un nuevo enfoque para la mitigación de riesgos, incorporando al concepto, indicadores que permiten “visualizar”, en términos más prácticos, el avance o amenaza, a la seguridad. vulnerabilidad de los países, que aquí destacamos como: las tasas de diversificación de la matriz energética; la relación entre importación y demanda interna; la capacidad de utilizar fuentes alternativas disponibles en lugar de depender de otras fuentes; o incluso la capacidad de desarrollar planes estratégicos que apunten a minimizar la tasa de interdependencia energética. (2020, n.p.)

## 5. Perspectivas de la energía nuclear en Brasil y el modelo uruguayo de transición y seguridad energética

### 5.1. Perspectivas nucleares como factor potencial para la transición y seguridad energética brasileñas

La matriz energética brasileña es considerada una de las más diversificadas del mundo y cuenta con abundantes y completamente diversos recursos naturales en su territorio, aunque la base primaria del conjunto se basa mayoritariamente en centrales hidroeléctricas. Si bien, luego de la crisis del agua ocurrida en Brasil, en 2014, su modelo energético se ha expandido algo, también se destaca la necesidad de inversión y enfoque en otras fuentes de energía alternativas y complementarias.

Ante esto y ante los desafíos que plantea el escenario ante el agotamiento ambiental y el cambio climático constante, se compone un amplio modelo de incertidumbres para el tema del agua, ya que, entonces, surge la necesidad de una diversificación estratégica de la matriz, en el que este trabajo sugiere como perspectiva a considerar, la energía nuclear, en tiene destacado su potencial de manera sublime:

Sua elevada capacidade, da ordem de 90%, traduz-se numa geração de base firme que propicia a confiança e a segurança de abastecimento necessárias para a utilização expressiva de fontes renováveis variáveis, como a solar e eólica. Ainda, importa destacar que [...] os turbogeradores das nucleares, contribuem, significativamente, para a estabilidade do sistema, compensando oscilações transitórias da rede, mantendo a frequência dentro de padrões adequados. (ALBUQUERQUE, 2020, p.31)

La preocupación, sin embargo, se refiere a la explotación nuclear puesta en un modelo que sea capaz de superar el estigma heredado del negativismo y entrar en el uso de esta fuente como potencial creciente de los factores de transición y seguridad energética. Si bien este estigma no termina, el país se enfoca en la estrategia de expansión a través de su influencia externa, comenzando por la exportación de uranio en forma de commodities.

Sin embargo, Brasil, que ocupa la posición 09 (nueve) entre las mayores reservas de uranio del mundo, tiene mapeado solo el 30% del territorio nacional, con una previsión de reanudar las operaciones de prospección geológica a fines de 2020. Según el Ministro de Minas e Energía, Bento Albuquerque (2020), la reanudación es la primera fase para consolidar nuestra propuesta de hacer de Brasil autosuficiente y exportador de uranio. Cabe señalar también que, según Reis (2015), Brasil, además de tener una de las mayores reservas de uranio y poseer el dominio tecnológico de todo el ciclo de enriquecimiento de esta fuente, el país tiene solo 1,9 GW de generación de energía. energía y sólo el 1,3% de toda la matriz energética está ocupada por energía nuclear, que tiene operaciones concentradas en las plantas Angra 1 y 2, con la expectativa de ampliar esta matriz a 3,39 GW con la planta Angra 3. (ALBUQUERQUE, 2020)

Este argumento cobra validez, asumiendo que el país utiliza su influencia en la exportación de productos primarios para volverse autosuficiente y ampliar su credencial exportadora, con el objetivo de explorar mejor las fuentes disponibles y accesibles en el territorio nacional, incluyendo contribuir a la formación de precios. en el escenario internacional, dada su dimensión de riqueza – explorada y aún por explorar – de este mineral.

En este aspecto y, con base en las perspectivas de futuro del Programa Nuclear Brasileño, la fabricación de componentes que complementan el ciclo del combustible y la regulación y fortalecimiento de sus acciones, además de la autosuficiencia en la producción de radioisótopos y radiactivos. fuentes, se destaca. Por lo tanto, se revela un panorama estratégico de inversiones inversiones para incrementar la participación brasileña en el dominio del ciclo del combustible, atendiendo la demanda interna y la reanudación de las exportaciones. (DORILEO, 2020)

Cuando ampliamos el alcance de las perspectivas de la energía nuclear, comparándola con otras fuentes de energía, podemos entender el predominio de otros mercados superpuestos a la expansión de las termoeléctricas, esto sucede, básicamente porque el foco está en expandir el mercado renovable mientras, teóricamente, opera. en el desarrollo de tecnologías nucleares, eficaces y seguras que permitan esta relativa expansión. Por ello, actualmente se aplica el modelo de expansión y enfoque en “mercados asociados a la tecnología nuclear, como medicina nuclear, radioisótopos, control de plagas, irradiación de alimentos, marcadores de erosión, defensa (submarino de propulsión nuclear), desalación, generación, generación, hidrógeno, etc.” (ENERGÉTICA, 2019, p. 127).

## 5.2. El caso uruguayo como modelo de transición y seguridad energética

La necesidad de producir un plan energético diversificado que converja con sus objetivos, hace que el Estado se enfoque en el mejor uso de los recursos internos y promueva la oferta de un modelo de desarrollo ascendente y cree condiciones favorables para un cambio de paradigma, incorporando nuevos medios energéticos

para compatibilizar una evolución convergente con los nuevos retos medioambientales. Puede aclarar que el Plan Estratégico de Energía debe:

criar condições para a mudança do modelo energético atual favorecendo a maior contribuição das energias renováveis, da hídrica, da eólica, solar, biomassa, da energia nuclear, dos biocombustíveis e do hidrogênio, de forma a compatibilizar o desenvolvimento com a proteção do ambiente e a redução das emissões de gases com efeito de estufa. (SANTOS et al, 2016, p. 5)

Adicionalmente, hay que destacar la necesidad de mirar los desafíos y oportunidades a través de este plan estratégico, considerando que la elaboración de estas políticas tiene el principal alcance de evitar la exposición del Estado a riesgos y debe, necesariamente, tomar en cuenta aspectos esenciales y esencial, si no intuitiva, la conveniencia de diversificar el origen de los recursos, las fuentes de energía adquiridas, las rutas y modos de transporte, o incluso la distribución espacial de la infraestructura energética interna.

Podemos mencionar en este caso a Uruguay, que recientemente atravesó intensas inversiones para llevar a cabo el proceso de transición luego de un severo período de colapso en el sector energético, en el cual hubo varias interrupciones en el suministro energético nacional. Este proceso de desarrollo de una matriz más limpia se debió a la búsqueda uruguaya de seguridad energética.

Para ello, fueron necesarias varias etapas y desarrollos masivos incluidos en su Plan Estratégico de 'Política Energética 2005-2030'. El cual utilizó los conceptos y aspectos previamente resaltados sobre el fortalecimiento de la visión de largo plazo, proyectando un futuro predecible sobre su modelo, complementando y convergiendo con planes para implementar un nuevo marco institucional y regulatorio consistente con el establecimiento de lineamientos estratégicos, operativos y sobre todo inclusivo que satisfaga su potencial de demanda nacional. (CORRÊA; MALDONADO; VAZ, 2012). O resultado de esta política de transición, basada en lograr su propio crecimiento y lograr su emancipación energética, Uruguay logró no solo el título de país con el mayor porcentaje de energía eólica generada en América ocupando la 3ª posición en el mundo, como por otro lado, invirtió el papel de un excelente comprador y se convirtió en el exportador.

En consecuencia, el modelo uruguayo puede verse como un punto de partida o incluso el cruce del puente para reducir su vulnerabilidad interna y energética, lo que ha transformado su indisponibilidad en oportunidades de evolución hacia una política energética basada en la maximización de su independencia y en la aplicación de inversiones con nuevos parámetros en cuanto al aprovechamiento de la tecnología eólica que comprende la oferta, el proceso de transformación energética y la satisfacción de la demanda interna y externa.

En vista de esto, cuando lo miramos desde esta perspectiva, logramos una mejor visión para evaluar y comprender el potencial nuclear como cualquier otra fuente de energía – como el ejemplo del caso uruguayo y su expansión con foco en la energía eólica – que, puede ser visto como un recurso adicional y complementario a la matriz de países, en los que la preocupación en relación al uso de fuentes internas de energía va más allá del enfoque del miedo y entra en los umbrales de la seguridad energética, especialmente en lo que se refiere a su apoyo para una nueva fase de transición.

Por eso, cuando explicamos el plan de transición uruguayo, entendemos las especificaciones de cada recurso, sin embargo, no nos limitamos a eso. Buscamos analizar y acercar el debate para observar en qué medida Brasil avanza en sus estrategias y el potencial natural que tiene internamente, que actualmente está desaprovechado por la falta de desarrollo tecnológico, falta de recursos estratégicos o incluso por un cierto ‘preconcepción’ debido a la falta de comprensión y al temor de un mal uso de esta fuente. De esta manera, el aporte del Plan Energético Uruguayo nos permite repensar nuevas formas de explorar internamente el contenido de nuestro verdadero potencial, que hasta ahora había estado latente.

De esta manera, vale la pena proponer un diagnóstico a partir de las lecciones aprendidas del modelo de transición uruguayo, como la articulación de instrumentos de gobernanza, además de una alianza institucional en los ámbitos ambiental, legislativo, regulatorio y regulatorio, además de posibilitar y ampliar el acceso a la información por parte de la población, para que puedan beneficiarse de este abanico de posibilidades asumido cuando tratamos al uranio como una fuente indispensable para la transición y un recurso tan expresivo como otras fuentes, incluso renovables (solar y eólica, específicamente).

## 6. Algunas reflexiones finales

Ante un mundo en constante transición, debido a las nuevas necesidades ambientales y climáticas, aquí se pretendía plantear los debates sobre el uranio, sus funcionalidades y sus desafíos en el ámbito legal y de seguridad, sin embargo, cabe destacar el descubrimiento de un nuevo conciencia sobre el potencial de este recurso, destacando que esta fuente, así como otros recursos energéticos, incluidos los renovables, incorpora en su alcance incertidumbres de transición provocadas básicamente por su proceso tecnológico y adaptación a su matriz. Sin embargo, este es considerado un recurso natural con un alto potencial de crecimiento, siendo fundamental para el proceso de desarrollo y generación de energía.

Así, creemos que es necesario para el desarrollo de este trabajo considerar no solo la agilidad, sino el proceso de transición energética brasileña, su contexto histórico y su desarrollo en el tiempo, enfocándose en el nivel de desarrollo de la energía nuclear y sus perspectivas basado en un escenario actual, regido por incertidumbres e inconsistencias importantes en diferentes áreas, ya sean económicas, sustentables o ambientales.

Con eso, nos dimos cuenta de que, si bien la transición y la seguridad energética son temas prácticamente complementarios, estos en cierto punto, se vuelven, en cierto modo, antagónicos entre sí. Es decir, al mismo tiempo que el factor ambiental es un rostro que propone una emergencia de transición, este mismo factor puede ser un punto de atención si se observa por el ángulo de (in) disponibilidad de recursos, los cuales son más limpios y accesibles además a ser sostenibles y eficientes que proporcionen la oferta en términos satisfactorios de la demanda local.

Sin embargo, la importancia de la ponderación es necesaria para que podamos realizar un análisis crítico en el que se pretenda mejorar los resultados en relación a la seguridad

pública y energética que se colocan como el principal espectro que acecha al manejo de la energía nuclear en su conjunto.

En suma, además de los factores que se traslapan al uso de la energía nuclear, buscamos observar el plan de transición de Uruguay, descrito en el documento del Plan de Energía (PE, 2005 – 2030), que, en un corto período de tiempo, se convirtió en el gigante mundial de la transición energética, implementando decretos y resoluciones en su sistema interno que le permitirían el título de liderazgo global y, sobre todo, el rol de pionero en temas renovables. Este estudio contribuyó a una visión de buenas prácticas de conciliación, gobernanza y gestión interconectada que apalancó el proceso y tuvo éxito en esta nueva etapa de la transición energética y sobre todo en las áreas de seguridad e integración de la población y expansión del entorno empresarial.

Implementado de manera socialmente inclusiva, el plan uruguayo buscó sobre todo impulsar la innovación, que conduzca al desarrollo energético interno y la independencia del país, logrando estratégicamente su seguridad energética basada en el atractivo político, fiscal y económico, desprendiéndose de las fuentes fósiles y abandonando, en consecuencia, a la relativa volatilidad de sus precios. Con base en estos parámetros, se analizó el caso actual de Brasil, llegando a una breve conclusión que, si bien el país tiene potencial para apalancar el uso del uranio, aún existen necesidades internas por atender, como el apoyo a la inversión, la sociedad de integración y el las propias entidades gubernamentales.

En definitiva, existe un potencial de exploración en relación con Brasil desde el momento en que logra mitigar los estigmas y pensar en el recurso nuclear como una fuente complementaria que permite satisfacer la demanda interna y una menor dependencia de las fuentes de agua, garantizando así, consecuente seguridad energética.

70  
■

## Referencias bibliográficas

- Aben. (2020). Carta aberta ao setor energético. *Associação Brasileira de Energia Nuclear*, 2020 (723). Recuperado de <http://www.aben.com.br/Arquivos/723/723.pdf>
- Albuquerque, B. C. L. (2020). *Energia nuclear: oportunidades para o Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais.
- Andrade, A. M. R. (2015). O programa da autonomia do ciclo de combustível nuclear no Brasil. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, Año 12 (29), pp. 609-896.
- Bermann, C. (2002). *Energia no Brasil: para que? Para quem?* (2.<sup>a</sup> ed.) São Paulo: Livraria da Física.
- Braga, D. C. (2019a). *Energia nuclear entre o paradigma da sustentabilidade e da transnacionalidade: possibilidades jurídicas para sua expansão na matriz elétrica brasileira no terceiro milênio*. Itajaí: Univali.
- Braga, D. C. (2019b). *Energia nuclear e meio ambiente: princípios da precaução e da prevenção*. Curitiba: Editora Appris.



- Braga, D. C. (2014). *O modelo de regulação do Programa Nuclear Brasileiro e suas implicações com os princípios da precaução e da prevenção*. Manaus: Universidade do Estado do Amazonas.
- Brandão, R. V. M. (2008). *O negócio do século: o acordo de cooperação nuclear Brasil – Alemanha*. Niterói: Universidade Federal Fluminense.
- Brasil. (1969). Emenda Constitucional n. 01/1969: Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Recuperada de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Recuperada de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Brasil (2018). Decreto n. 9.600/2018: Consolida as diretrizes sobre a Política Nuclear Brasileira. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Recuperada de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9600.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9600.htm)
- Brasil. I. N. (2020). Brasil retoma produção de urânio. *Indústrias Nucleares do Brasil*, 20 (01). Recuperado de <https://www.gov.br/pt-br/noticias/energia-minerais-e-combustiveis/2020/12/brasil-retoma-producao-de-uranio>
- Camargo, J. M. T. (2020). *A Geopolítica da energia em transição*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais.
- Corrêa, K. C.; Maldonado, M. U.; VAZ, C. R. (2012). Os desafios da transição energética das Usinas Eólicas no Uruguai. *XXII ENGEMA*, 22 (384). Recuperado de <https://engemausp.submissao.com.br/22/arquivos/384.pdf>
- Cruz, P. M.; Bodnar, Z.; Ferrer, G. R. (2012). *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: Editora Univali.
- De Biasi, R. (1979). *A energia nuclear no Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército.
- Dorileo, I. L. (2020). Existe um lugar para a energia nuclear na transição energética (?) *Agência Canal Energia*, 12 (01). Recuperado de [http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/12\\_dorileo\\_2020\\_07\\_28.pdf](http://gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/12_dorileo_2020_07_28.pdf)
- Energética, E. P. (2019). Matriz Energética e Elétrica. *ABC de Energia*, 19 (01). Recuperado de <http://epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>
- Espiell, H. G. (1968). El Problema del Método en el Derecho Constitucional. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. *Revista de al Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año X (3), pp. 02-20.
- Girotti, C. A. (1984). *Estado nuclear no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense.
- Gramkow, C.; Simões, P. B. S.; Kreimerman, R. (2019). *Big Push Energético do Uruguai*. Santiago: Comissão Econômica Para América Latina.
- Helmreich, J. E.; Ores, G. R. (1981). *The Diplomacy of Uranium Acquisition*. Princeton: Princeton University Press.

- Heilbron, S. R. C. L.; Costa, S. R. R. (2017). A importância da pesquisa regulatória para um órgão regulador no setor nuclear. *Revista Internacional de Ciências*, Año 01 (07). Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/ric>
- Honty, G. (2011). Energía nuclear en América Latina: el día después. *Nueva Sociedad*, Año 2011 (234), pp. 251-355.
- Oiea. (2020). *Climate Change and Nuclear Power*. Viena: Organismo Internacional de Energía Atómica.
- Presupuesto, O. P. (2019). *Hacia una Estrategia Nacional de Desarrollo, Uruguay 2050 – Presente y futuro de las energías renovables en Uruguay*. Montevideo: Oficina de Planeamiento y Presupuesto.
- IEA. (2020). Energy security: Ensuring the uninterrupted availability of energy sources at an affordable price. *International Energy Agency*, 20 (01). Recuperado de <https://www.iea.org/areas-of-work/ensuring-energy-security>
- Ingulstad, M.; Lixinski, L. (2013). Raw Materials, Race, and Legal Regimes: The Development of the Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources in the Americas. *World History Bulletin*, Año 2013 (XXIX), pp. 34-39.
- Lehto, J. (2017). *Basics of Nuclear Physics and of Radiation Detection and Measurement*. Norway: University of Oslo.
- Losekann, L.; Tavares, F. B. (2019). *Política Energética no BRICS: Desafios da Transição Energética*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.
- Machado, A. D. (1980). *Energia Nuclear e Sociedade*. São Paulo: Paz e Terra.
- Malheiros, T. (1993). *Brasil – A Bomba Oculta*. Rio de Janeiro: Gryphus.
- Meitner, L.; Frisch, O. R. (1939). Disintegration of Uranium by Neutrons: a new type of nuclear reaction. *Nature*, 1939 (143). Recuperado de <https://www.nature.com/nature/volumes/143/issues/3615>
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- Nina, A. (2020). *A Diplomacia brasileira e a Segurança Energética Nacional*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão.
- Nucci, G. S. (2016). *Direitos Humanos versus Segurança Pública*. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional.
- Nunes, H. M. (2019). O Desafio está lançado: O Brasil em busca da integração energética Sul-Americana (2000-2010), *Retratos Sul-americanos: perspectivas brasileiras sobre história e política externa* (pp. 705-732). Brasília: Centro Universitário de Brasília.
- Organization, U. N. (2019). World Commission on Environment and Development report. *United Nations Organization*, 20 (01). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>
- Patti, C. (2014). *O Programa Nuclear Brasileiro: uma história oral*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

- Petrouzo, M. C. V. (2014). *Derecho de La Energía*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Reis, C. M. (2015). *Diversificação da Matriz Energética Brasileira – Caminho para a Segurança Energética em Bases Sustentáveis*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais.
- Santos, T. et al. (2016). MERCOSUL 2+ e Segurança Energética: Uma Análise Comparada das Interpretações do Conceito e das Políticas Energéticas Nacionais. *Congresso Acadêmico sobre Defesa Nacional, 2016 (01)*. Recuperado de [https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino\\_e\\_pesquisa/defesa\\_academia/cadn/artigos/XIII\\_cadnmercossul\\_2\\_e\\_seguranca\\_energetica\\_uma\\_analise\\_comparada\\_das\\_interpretacoes\\_do\\_conceito\\_e\\_das\\_politicas\\_energeticas\\_nacionais.pdf](https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/artigos/XIII_cadnmercossul_2_e_seguranca_energetica_uma_analise_comparada_das_interpretacoes_do_conceito_e_das_politicas_energeticas_nacionais.pdf)
- Stoiber, C.; Baer, A.; Pelzer, N.; Tonhauser, W. (2006). *Manual de Derecho Nuclear*. Austria: Organismo Internacional de Energía Atómica.



GEORGINA DELL' ACQUA

Universidad de la República (UDELAR), Uruguay.

[georGINAdellacqua@gmail.com](mailto:georGINAdellacqua@gmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8620-9769>

FLORENCIA SPAGNOLO

Universidad de la República (UDELAR), Uruguay.

[florenciaspagnoloeguren@gmail.com](mailto:florenciaspagnoloeguren@gmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5865-5454>

Recibido: 30/04/2021 - Aceptado: 18/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Dell'Acqua, G. y Spagnolo, F. (2021). La importancia de una buena gestión  
humana empresarial en tiempos de pandemia. *Revista de Derecho*,  
20(39), 75-93. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.5>

## La importancia de una buena gestión humana empresarial en tiempos de pandemia

75

**Resumen:** La pandemia ocasionada por el COVID-19, ha impactado en las sociedades, generando importantes e impensables modificaciones en todos los ámbitos de nuestras vidas.

La situación que se nos ha presentado de forma ineludible ha llevado a que paulatinamente -y en algunos casos de forma abrupta- debamos enfrentarnos y adaptarnos a esta “nueva realidad”. En medio de un período de grandes desafíos, el ámbito laboral y el mundo empresarial han sido, particularmente, escenario de grandes transformaciones.

En este contexto, las empresas, necesitadas de nuevas formas de organización y funcionamiento, han debido readaptarse estructuralmente de manera constante, siendo la buena gestión humana empresarial la clave para sobrellevar la situación de crisis y mitigar sus impactos negativos.

**Palabras clave:** gestión humana, organización empresarial, empresa, pandemia, personas.

## The importance of a human approach to people management during a pandemic

**Abstract:** The COVID-19 pandemic has impacted societies causing important and unthinkable changes in our daily lives.

The need to adapt to this new reality has been an inevitable situation, gradual and in some cases abrupt. During these challenging times, the workplace and the business world have particularly been stages for significant changes.

In this context, businesses are in need of exploring new ways of functioning and organizing themselves. As a result, companies have had to constantly change structurally. The key for overcoming, managing and mitigating a crisis situation and its negative impacts is by having a good and human approach to people management in the workplace.

**Key words:** people management, business organization, company, pandemic, people.

76

## A importância de uma boa gestão humana empresarial em tempos de pandemia

**Resumo:** A pandemia causada pelo COVID-19, tem impactado a sociedade, gerando importantes e impensáveis modificações em todos os âmbitos das nossas vidas.

A situação que nos foi apresentada de forma inevitável, paulatinamente, e em alguns casos de forma abrupta, nos levou a nos adaptar a uma nova realidade". Em meio a tantos desafios, o ambiente corporativo e o mundo empresarial, particularmente, tem sofrido grandes transformações.

Nesse contexto, as empresas sentiram a necessidade de implementar novas formas de organização e funcionamento, necessitando se readaptar constantemente em relação à sua estrutura. A gestão humana empresarial tornou-se a principal ferramenta para superar as situações de crise e minimizar os seus impactos negativos.

**Palavras- chave:** Gestão humana, organização empresarial, empresa, pandemia, pessoas

## 1. Introducción

El presente trabajo, pretende llevar a cabo un análisis crítico respecto a cómo las empresas sobrellevaron las consecuencias generadas por la pandemia ocasionada por el COVID-19 (en adelante, la "Pandemia"), y demostrar la relevancia de una buena gestión humana en las acciones y medidas adoptadas por las organizaciones empresariales.

Analizaremos en primer lugar, las principales normas laborales que como consecuencia de la Pandemia entraron en vigencia en nuestro país, y, en segundo lugar, partiendo de conceptos claves, indagaremos y analizaremos las medidas llevadas a cabo desde diversos departamentos de recursos humanos de empresas durante la Pandemia. Nos focalizamos, además, en la explosión cuantitativa e implementación ineludible del teletrabajo y, en la incierta e inestable vuelta a la presencialidad laboral, la cual se ha visto alterada según el estado de la Pandemia.

De esta forma, partiendo de los conceptos y problemas mencionados, pretendemos destacar la importancia de una buena gestión humana empresarial, como clave no solo para el correcto y normal funcionamiento de una empresa, sino también para sobrellevar una crisis mundial tan inesperada y con tan importantes consecuencias en todos los ámbitos como la que ha sido ocasionada por la Pandemia.

## 2. Objetivo

Por tanto y así planteado el problema a analizar, el presente trabajo tiene como objetivo abarcar una investigación explicativa sobre las buenas prácticas en la gestión de personas, basándonos fundamentalmente en la metodología denominada: "método del caso".

El método del caso se puede definir como la descripción narrativa que hace un grupo de observadores de una determinada situación de la vida real, incidente o suceso, que envuelve una o más decisiones.

El propósito de este método es dar la oportunidad de adquirir un entendimiento generalizado de los problemas que se pueden encontrar, desarrollando habilidades y destrezas para su solución, identificando y contrastando casos reales y actuales para establecer generalizaciones extensibles<sup>1</sup>.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo es analizar las consecuencias más relevantes que ha ocasionado la Pandemia en el ámbito empresarial, y demostrar a través del "método del caso", la gran importancia de una buena gestión humana dentro de las organizaciones empresariales para sobrellevar las crisis que se le presenten.

1 López Astudillo, Andrés. (3 de diciembre de 2008). El Método de Casos. [Entrada en un blog]. Recuperado de: <https://www.icesi.edu.co/blogs/metododecaso/files/2008/12/elmetododecasos11.pdf>

### 3. Justificación

La presente investigación resulta relevante en estos momentos debido al gran impacto que ha causado la Pandemia en la sociedad toda y particularmente, en el ámbito empresarial en el cual nos enfocamos. Por tal motivo, consideramos relevante reseñar las novedades y modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico uruguayo, recopilando un importante número de normas dictadas como consecuencia de la Pandemia que se encuentran vinculadas a las buenas prácticas de gestión humana de personas. Demostrando así, la importancia de que las mismas sean consideradas y adoptadas por las empresas.

Lo acontecido y las consecuencias que se han desencadenado con la Pandemia, son sucesos nuevos e impactantes en mayor o menor medida para todos. Consideramos que, en esta instancia, es importante contar con análisis y aportes diversos para estudiar la situación actual, la nueva realidad que se nos presenta, y repensar las actitudes, acciones o medidas adoptadas. Es relevante conocer diversos puntos de vista, y contar con fundamentos doctrinarios y análisis de distintos autores para analizar y procesar lo que ha sucedido y cómo seguiremos avanzando.

Por tanto, el presente trabajo busca aportar a la discusión actual y futura la relevancia de una buena gestión humana en una empresa y más aún en una situación de emergencia como la que ha acaecido. Específicamente, se procurará realizar un aporte que profundice en el análisis de ejemplos, situaciones y reflexiones compartidas por diversas empresas uruguayas, dentro del marco teórico de la gestión humana responsable. Buscamos aportar de este modo, un análisis crítico de las consecuencias generadas por la Pandemia, y de cómo las empresas han sobrellevado las repentinas modificaciones que debieron adoptar, centrándonos como se adelantó, en la trascendencia de una buena gestión humana.

78



### 4. Desarrollo

#### 4.1. Normas promulgadas en Uruguay en materia laboral a efectos de afrontar la Pandemia

El Gobierno Uruguayo dispuso una serie de medidas tras decretar el estado de emergencia nacional mediante el Decreto N° 93/2020 de fecha 13 de marzo de 2020, a consecuencia de la constatación de los primeros casos de COVID-19 en nuestro país. Implementando inmediatamente una serie de medidas a cargo de los distintos Ministerios.

Ante el fuerte impacto producido por la Pandemia, el Poder Ejecutivo, las autoridades departamentales, los entes autónomos, servicios descentralizados y demás organismos públicos, han dictado una serie de normas con efectos inmediatos sobre las empresas uruguayas. A continuación, detallaremos algunas de ellas, limitándose el presente trabajo, a las implicancias laborales de las mismas.

El Decreto N°94/2020 amplía las medidas dispuestas por el Decreto N°93/2020, exhortando -entre otras medidas- a todos los empleadores a instrumentar y promover el teletrabajo o "*home office*" -trabajadores realiza sus tareas desde sus domicilios-en todos los casos que sea posible, disponiendo que deberán suministrarse los elementos



necesarios para realizar las tareas, así como adoptar procedimientos preventivos y de protección en el lugar de trabajo por parte del empleador. Adicionalmente, se autorizó en forma transitoria y excepcional a todo el personal de las Zonas Francas a que también pueda realizar su actividad en esta modalidad.

Complementariamente, se estableció que tendrán derecho a ampararse en el subsidio por enfermedad, todos aquellos trabajadores mayores de 65 años y todas aquellas personas obligadas a guardar un régimen de aislamiento, y que estén comprendidas en el régimen de subsidio por enfermedad a cargo del BPS, según lo dispuesto por los Decretos N°94/2020, N°109/2020, N°149/020 y N°191/020.

Respecto a las empresas que continuaron con su actividad, y en las que los trabajadores en parte o en su totalidad, se desempeñaron de forma presencial, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (“MTSS”) estableció, a través de las Resoluciones N°52/020 y N°54/020, recomendaciones respecto al establecimiento de medidas de prevención y control, así como la confección de Protocolos, bajo pautas expresas para evitar el contagio y propagación del COVID-19.

Asimismo, se mantuvo el régimen general de subsidio por desempleo abonado por el Banco de Previsión Social y adicionalmente, se dispuso la creación de un régimen especial de subsidio por desempleo para los sectores de comercio en general; comercio minorista de alimentación; hoteles, restaurantes y bares; servicios culturales y de esparcimiento, y agencias de viajes; flexibilizando el sistema en atención a los referidos rubros fuertemente golpeados por la Pandemia. Todo ello, mediante las Resoluciones N° 143/020, 163/020, 524/020, 525/020, 526/020, 539/020 y 593/020 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Además, se procuró contemplar la situación de los artistas nacionales, creándose por Decreto N° 192/2020 un subsidio mensual transitorio.

En cuanto a la licencia, el 20 de marzo de 2020 el MTSS resolvió autorizar con carácter excepcional el adelanto de la licencia a generarse en el año 2020. Estableciéndose como requisito que exista un acuerdo entre trabajador y empleador, que sea por un período no menor a 10 días, y que se encuentre fundado en la emergencia sanitaria decretada en el país, debiendo además estar redactado por escrito y comunicado ante la Inspección General de Trabajo y Seguridad Social.

Respecto al subsidio por desempleo, el MTSS dispuso mediante la Resolución N° 143/2020 de 18 de marzo de 2020 (ampliada por la Resolución de fecha 20 de marzo de 2020) una flexibilización al sistema de suspensión parcial de actividad, mediante un régimen transitorio y excepcional de seguro por desempleo, régimen aplicable a todos los sectores de actividad que tengan derecho al régimen general del subsidio por desempleo.

## 4.2. Proyecto de ley del Teletrabajo

Consideramos que cabe dedicar un apartado distinto a este proyecto de ley del teletrabajo (en adelante, el “Proyecto de Ley”). Previo a la Pandemia, no existía en Uruguay una legislación especial que regulara el teletrabajo; entendiéndose por tal al teletrabajador subordinado, que se encuentra en una relación de trabajo o empleo y le es aplicable, en consecuencia, toda la normativa laboral de tutela del trabajo.

Sin embargo, el Teletrabajo no es nuevo en el Uruguay, sino que nos encontramos ante una práctica llevada a cabo desde hace ya varios años en el sector informático. Precisamente, en el año 2010 la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y el Conocimiento (“AGESIC”), realizó una encuesta sobre el Uso de Tecnologías de la Información de donde resultó que en el año 2016 existían aproximadamente 100.000 teletrabajadores<sup>2</sup>.

En abril de 2020, impulsado por la Pandemia, ingresó al Parlamento un Proyecto de Ley de Teletrabajo presentado por la Senadora Carmen Sanguinetti. El Teletrabajo, sin perjuicio de las diversas definiciones que encontramos en la literatura del Derecho Laboral, es en definitiva una forma de organización y/o de realización del trabajo, por tanto, una forma de organización empresarial. Como tal, se encuentra en constante crecimiento, siendo su incidencia cada vez más notoria y dado que la Pandemia lo ha proyectado exponencialmente. En palabras de la Senadora Sanguinetti “de alguna manera, se ha puesto en práctica un experimento de teletrabajo a escala mundial”<sup>3</sup>.

El Proyecto de Ley pretende acompañar la realidad actual del país -realidad también mundial-, reconociendo la profunda transformación que implica la adopción de esta modalidad de trabajo y la necesidad de incorporar una regulación que garantice los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral.<sup>4</sup>

### 4.3. Marco teórico

Toda crisis conlleva grandes oportunidades. Vivimos actualmente en la “Era de la Información”, caracterizada por el surgimiento continuo de nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales implican una constante asimilación y adaptación.

El año 2020, será sin dudas inolvidable y recordado por la crisis afrontada a nivel mundial producto de la Pandemia. Esta situación, ha desafiado profundamente toda la estructura social y económica, pero particularmente, nos enfocaremos en los desafíos que ha implicado en la estructura y fuerza laboral.

Para introducirnos en el tema, destacamos la reflexión inicial que nos brindó una de las empresas que hemos entrevistado para analizar el problema planteado<sup>5</sup>: “...Desde diciembre de 2019 en adelante, nuestro mundo cambió. El surgimiento y la posterior expansión del COVID-19 alteró las relaciones humanas y la forma en que vivimos, impactando de manera transversal en todas las industrias en mayor o menor medida...debido al carácter regional del Grupo...el COVID-19 es la primera situación excepcional que impacta en la organización en su totalidad, afectando a todas las oficinas y plantas de la compañía...Estábamos acostumbrados a tener temblores en Chile, lluvias intensas en Perú y huracanes en Centroamérica, pero nunca un fenómeno tan común a todos los países que integran el Grupo....”.

2 Cámara Senadores - Sanguinetti Masjuan, Carmen. (2020). *Teletrabajo*. [Proyecto de Ley]. Recuperado de: [https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145860/ficha\\_completa](https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145860/ficha_completa)

3 Cámara Senadores - Sanguinetti Masjuan, Carmen. (2020). *Teletrabajo*. [Proyecto de Ley]. Recuperado de: [https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145860/ficha\\_completa](https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145860/ficha_completa)

4 El Proyecto de Ley se encuentra a estudio de la Comisión de Asuntos Laborales y Seguridad Social del Parlamento. Última fecha de consulta 27 de abril de 2021.

5 Empresa multinacional Latinoamericana dedicada al rubro de farmacéutica, en adelante, “Empresa 1”.

Así las cosas, buscaremos demostrar a través de determinados ejemplos y reflexiones doctrinarias, la relevancia en tiempo de crisis de una buena gestión humana para reconstruir y repensar la estructura de una organización empresarial. Destacaremos la importancia de promover e incentivar un conjunto de valores y buenas prácticas en la gestión de personas, como vehículo para impulsar las relaciones y potenciar los equipos de trabajo, y así mantener la empresa activa y por qué no de forma exitosa. Nos encontramos ante conceptos, acciones y valores que claramente, no aplican y se dimensionan únicamente en tiempo de crisis, pero que si en estas épocas toman aún mayor relevancia.

Con ello en mente, nos parece adecuado comenzar enmarcando, y adelantando, una primera reflexión: la crisis desencadenó y obligó a generar cambios en las culturas organizacionales, uno de los retos más arduos que enfrenta una organización. Sin embargo, la complejidad de la crisis implica inexorablemente su revitalización para poder sobrellevarla, y, por tanto, el cambio en la cultura organizacional se hace ineludible.

#### 4.3.1. La cultura organizacional

Inicialmente, corresponde detenernos en definir lo que entendemos por organización empresarial. La organización empresarial como sinónimo de empresa a los efectos del presente análisis, puede entenderse como una “... forma de organización que obedece a intereses, lógicas y dinámicas propias del enfoque orientado al mercado, cuyos propósitos principales radican en el incremento de beneficios económicos para sus propietarios” (Valencia, 2017, p. 107).

Las organizaciones empresariales, portan cierta cultura organizacional que las determina y caracteriza. El “cómo hacemos las cosas aquí”, encuentra diversas definiciones, la cultura organizacional refiere a los valores compartidos, creencias y normas que tienen los miembros de la organización, definida, por ejemplo, como: “...la raíz de la cuestión reside en la cultura, que tiene una decisiva repercusión en la capacidad de los grupos para hacer cosas de forma colectiva...” (Friedman, Groot, y Christensen Perry, 1996, págs. 5 y 6).

Autores como Warren Bennis y Burt Nanus prefieren la denominación “arquitectura social”, conceptualizada como “...un intangible, pero gobierna la manera en que actúa la gente, los valores y las normas que sutilmente se transmiten a grupos e individuos y la construcción de lazos de compromiso mutuo en una compañía...” (Bennis y Nanus, 1985, Págs. 110-111). Esta definición de “arquitectura organizacional” implica cambio y construcción, y que los líderes puedan actuar sobre ella, concepto que se presenta como más flexible ante la definición de “cultura organizacional”, por lo que entendemos que es aplicable al tema que nos ocupa.

Ante la Pandemia, las empresas debieron moldear, construir o reconstruir esa arquitectura social y organizacional, con el fin de lograr los cambios requeridos y a efectos de adaptarse a la coyuntura actual, cambiar su forma de hacer las cosas, alcanzar los objetivos planteados y que la empresa logre obtener o mantener su posición en el mercado. Por ello, nuestro interés en partir de su noción.

Conceptualmente, se entiende que la cultura organizacional puede verse reflejada en las creencias de los miembros de la organización, las cuales sustentan un entramado de

valores y conceptos propios de cada organización en particular, son el sustento y base de la cultura que se lleva adelante. Ha sido también definida como:

Según Denison (1996) la cultura se sustenta en los valores, creencias y suposiciones de los miembros de una organización. Es decir, cuando hablamos de CO, nos referimos a los significados inherentes a las acciones, procedimientos y protocolos del comercio y discurso organizacional. James et al. (2007) describieron la cultura como “las creencias normativas (es decir, los valores del sistema) (Chung y Espinoza, 2020, p. 362).

Así, hay quienes entienden que la cultura organizacional refiere:

Al entorno formal y las normas que caracterizan a una organización específica, así como su comportamiento informal y los fenómenos sociales que ocurren entre los individuos de una organización. El estudio de la cultura organizacional generalmente incluye la exploración de características intangibles, como entendimientos, creencias y valores compartidos, y las muchas formas en que la cultura influye en el comportamiento humano (Mercadal, 2020).

Vemos, además, cómo el contexto y la realidad que atraviesa la organización, determinan e influyen en su cultura:

Los elementos sociales, geográficos e históricos también determinan cómo evolucionan las culturas organizacionales. (...) Las barreras económicas, legales y políticas se superponen cada vez más en el entorno actual, y la diversidad cultural surge como un desafío central para el éxito organizacional (Mercadal, 2020).

Partiendo de las definiciones reseñadas, observamos también cómo diversos autores han analizado el concepto de cultura organizacional, y cómo confluyen en ella diversas relaciones y lo que esto implica en la organización empresarial:

De antemano debe considerarse que las empresas antes que tener una cultura organizacional, son en sí mismas (Aguirre y Rodríguez, 1995) unas complejas culturas, constituidas históricamente en un fluir constante de relaciones que han acumulado un sinnúmero de producciones colectivas de sentido, que es compartido. (...) la cultura empresarial consiste en el conjunto de asunciones más o menos compartidas por los miembros del grupo. (...) Se manifiesta en rituales, símbolos, normas y lenguaje. La cultura define el tipo de comportamiento que es apropiado en una organización o grupo de organizaciones (...). De esta manera, la cultura de una organización sirve para integrar a sus miembros en el colectivo. Es decir, cumple la función de servir de soporte para crear identidades organizacionales en la medida en que cada miembro internaliza los componentes esenciales de una cultura particular. Estos componentes se suelen internalizar de manera diferenciada por cada miembro (López Posada, 2016, pp. 20 – 28).

#### 4.3.2. Los condicionamientos del cambio

Claro está, que el entorno que rodea a las organizaciones empresariales, su contexto, se modifica y sufre alteraciones, las cuales generan consecuencias en mayor o menor medida en su estructura, organización y/o cultura. Lo importante es ver cómo esa organización empresarial resuelve y enfrenta esos cambios, siendo que, en algunas oportunidades, son inevitables de afrontar y se deben tomar decisiones y medidas que se adapten a esas modificaciones o incluso nuevas realidades.

La forma, las decisiones adoptadas, la comunicación, el cómo se enfrentan los cambios inevitables del entorno que rodea a la empresa, es sumamente relevante para su desarrollo e incluso para su supervivencia.

Drucker señala sobre el cambio: *“La institución tradicional está diseñada para la continuidad. Todas las instituciones existentes (...) deben, por tanto, hacer esfuerzos especiales para ser receptivas al cambio y ser capaces de cambiar...”* (Drucker, 2002, p. 90). Es inevitable adaptarse y ser capaces de asumir los cambios que acontecen.

La docilidad y de cierta forma, el acatamiento por parte de una empresa de los cambios que acontecen en su entorno, de cualquier índole, le permite mantenerse viva e incluso con mayor éxito. Tal como señalan Víctor Chung y Jenny Espinoza: *“La adaptabilidad muestra el grado en que una organización puede alterar la conducta con la finalidad de sobrevivir a los cambios del entorno.”* (Chung y Espinoza, 2020, pp. 362).

En este sentido, conceptualizar e identificar la cultura organizacional de la empresa, resulta relevante a los efectos de este análisis, por cuanto indudablemente las organizaciones empresariales, uruguayas y del mundo, han debido readaptar y repensar su cultura organizacional para afrontar la situación de crisis ante la Pandemia. Los mencionados autores, han continuado señalando que:

En muchos casos, el tipo de liderazgo requerido para cambiar la cultura es transformador porque el cambio de cultura necesita una energía y un compromiso enorme para lograr resultados. Bass ha declarado que para que una cultura organizacional se vuelva más transformadora, la alta dirección debe articular los cambios que se requieren. Los comportamientos de los líderes de alto nivel se convierten en símbolos de la nueva cultura de la organización (Chung y Espinoza, 2020, p. 363).

Destacando así, la importancia de quien lidera la empresa y de cómo resuelve adaptarse ante el cambio.

Señalan además que *“...La cultura ayuda a la organización a lograr una buena gestión sobre la base del compromiso de sus empleados. La cultura organizacional tiene un impacto motivador para que los beneficiarios mejoren su propio desempeño y el de la organización.”* (Chung y Espinoza, 2020, p. 367).

Siendo que, el cambio y el adaptarse al mismo, no es sencillo, un cambio efectivo y positivo, debe ser realizado de forma rápida, con una veloz modificación de actitud. Una modificación en la actitud y mentalidad de los participantes, llevada a cabo mediante acciones y medidas concretas, determinadas, claras, y con motivos nítidos.

En el marco de una organización empresarial, es importante conocer el valor humano, las personas que serán parte y protagonistas de ese cambio institucional, a quienes se les deberá transmitir confianza y seguridad en las modificaciones que se realizan.

Un concepto que vale destacar, y que es un valor al cual se le debe dar prioridad en estos cambios, es el de empatía. Distintos conceptos sobre qué entendemos por empatía han sido expresados por diversos autores: “*En palabras de Richaud de Minzi (2009): “la empatía involucra no solo la experiencia afectiva del estado emocional real o inferido de otra persona, sino, además, algún reconocimiento y comprensión mínimos del estado emocional del otro” (p. 188). Para Gerdes y Segal (2009) una actitud o acción empática constituye en sí misma una respuesta prosocial.*” (Gómez-Tabares y Narváez, 2020, p. 128).

Sin perjuicio de que no existe un concepto único o consensuado de empatía, podemos definirla como la capacidad de comprender o entender al otro, desprendiéndose de los valores, sentimientos o creencias propios, así como de los prejuicios.

Según la Real Academia Española, la empatía es un “1. f. Sentimiento de identificación con algo o alguien.” o una “2. f. Capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos” (Real Academia Española, s.f., definición 1 y 2). La empatía se encuentra vinculada estrechamente a la comprensión del otro y de su entorno, a través de un proceso empático, despojado de creencias, opiniones, valores, cultura y caracteres de la personalidad propios.

Por tal motivo, es importante reconocer la relevancia que toma el valor de la empatía en una organización empresarial, donde interactúan distintas personas, y donde suceden diversos acontecimientos. Es un valor de suma importancia no solo en el día a día de los seres humanos, sino también de las empresas y organizaciones, más aún como un importante sustento en tiempos de cambios.

Veamos, además, que la rapidez y eficacia con que se llevan adelante los cambios o adaptaciones a la realidad contextual, evitan posibles efectos colaterales, que pueden desencadenar cambios aún más complejos para sobrellevar la empresa. Por ello, es importante tomar decisiones y resolverlas a tiempo.

Cabe reconocer y enfatizar, que el cambio o modificaciones generarán dudas y temores, propios de los cambios y más aún considerando que conllevan cargas y emociones externas, ocasionadas por el mismo cambio, pero a otras escalas, fuera de la empresa, pero que también construyen y afectan directamente a las personas, piezas claves de las empresas y de su vitalidad.

Tal como señala el Profesor Juan José García: “*Siempre nos enfrentamos en la vida con algunas cuestiones que pueden identificarse como “mal tiempo”. Por buena, o próspera, que sea una situación nunca dejamos de estar de algún modo en tiempo de crisis. Por lo pronto son tiempos de crecimiento, y eso comporta habitualmente cambios importantes, muchas veces incómodos: en definitiva, crisis*” (García, 2015, p. 21).

Por estas razones, es importante que ese cambio en la empresa y en su organización, que además se encuentra afectada por cambios externos a la misma que también afectan a las personas que la componen - como ya se dijo-, venga acompañado de cierto sustento emocional y humano. Mediante acciones o medidas tomadas por la empresa, que buscan directamente apoyar, sostener y escuchar a las personas.

Así, se explica claramente:

La emergencia y la auto-organización son características inherentes de los seres vivos, y por ende de las organizaciones empresariales, dado que están conformadas por agentes y conjuntos de agentes autónomos que interactúan permanentemente modificando el comportamiento del todo. En estos sistemas, el comportamiento de cada agente es dictaminado por esquemas (Gell-Mann, 1994) o modelos internos (Holland, 1992) que determinan la acción a seguir en un momento determinado (Bohórquez Arévalo, 2013, p. 261).

#### 4.4. Buenas prácticas de gestión humana empresarial durante la pandemia

##### 4.4.1. La importancia de transmitir confianza y ser transparentes ante situaciones de crisis por parte de los directivos

El rol que ocupan los directivos de una organización empresarial en tiempos de cambios y crisis es muy relevante. Siendo que, además, su actitud y accionar deben de servir de ejemplo en la organización, provocando efectos positivos en las personas, y generando confianza. Cuando hablamos de actitudes y acciones, nos referimos a intentar mantener una actitud positiva frente a todo lo que vendrá, una actitud de responsabilidad que se replique en las personas, una actitud de mejora continua y de cooperación, tender a la transformación en equipo.

Es a través de este valor tan importante como lo es la confianza, que se inspira a las personas y se impone por sí solo el liderazgo, que moviliza a través del ejemplo. De este modo, en tiempos de cambios y de asumir nuevas realidades, es importante transmitir a través de los líderes de la organización tranquilidad, confianza y coherencia. Demostrar a las personas coherencia entre lo que se dice y lo que se lleva a cabo, cumpliendo con lo que se expresa, y demostrando también que los planteos y decisiones son ciertos, reales. Sólo cuando se dirige bien, se inspira confianza y optimismo.

Así, destacamos lo señalado por ONU Mujeres Uruguay en el informe realizado en el marco de la Pandemia sobre *“Respuesta con igualdad de género en el ámbito laboral”*, donde se indica en las sugerencias a adoptar por las empresas y centros de trabajo dentro del rol de los líderes: *“Enviar, desde el liderazgo de la empresa, un claro mensaje a todo el personal que reconozca la carga de cuidados generada por el contexto actual. No se pedirá a nadie lo imposible. Esto es un posicionamiento fundamental que además tendrá un efecto tranquilizador en las personas”*. Destacando la importancia de inspirar confianza y tranquilidad a las personas, a través de mensajes directos y claros, y centrándose en objetivos posibles y concretos.

No menos importante, es asumir los errores, o que el camino o decisión elegida no fue la mejor opción. Asumir eventuales errores y desaciertos, así como también tener la serenidad suficiente para aceptar que existen modificaciones o adaptaciones que no se podrán realizar, y poner el foco y entusiasmo en lo que sí es posible modificar y ajustar. Estos aspectos y valoraciones destacan un valor relevante de un líder o directivo, como ser la capacidad de discernir entre lo que es posible y lo que no lo es.

En este marco, una de las empresas que hemos entrevistado<sup>6</sup> destacó la importancia de activar rápidamente una vez llegada la Pandemia, la “digitalización de los procesos”, a fin de asegurar la estabilidad de los colaboradores a través de la continuidad de sus tareas. Este punto, en tiempo de crisis, resultó clave para aportar confianza a los trabajadores y demostrar justamente estabilidad.

Debemos tener presente que, sin perjuicio de encontrarnos en este caso ante una empresa de tecnología y telecomunicaciones, reorganizar y modificar la estructura de la organización tan profundamente en cuestión de días o semanas, implicó un laborioso trabajo de gestión y organización, que llevaron adelante principalmente y en conjunto, el Departamento de Recursos Humanos y el Departamento de Tecnología. Reparemos aquí, en lo que significa poder enviar a tantos trabajadores, de un día para el otro, a trabajar desde sus hogares de forma equipada, para así poder seguir adelante en sus tareas y mantener sus puestos de trabajo.

#### 4.4.2. Relevancia de una comunicación directa en tiempos de cambios

Uno de los puntos sobre el que reflexionamos luego de la entrevista realizada a la Empresa 2, fue la importancia de comunicar de forma directa, clara y personalmente a los colaboradores sobre la situación actual, los cambios que se esperan en el trabajo y lo que se espera de cada uno. Esta comunicación debe ser diferente, si las empresas pretenden que las personas modifiquen la forma en la que realizan sus tareas, deben cambiar la forma en que se comunican con ellos (Larki y Larkin, 1996).

En el caso de una de las empresas que hemos entrevistado<sup>7</sup>, los responsables de Recursos Humanos y directivos a la hora de comunicarse y dirigirse a sus colaboradores para lograr motivarlos hicieron fuerte hincapié en los valores sociales de la tarea y en lo que se esperaba de ellos, dado que se encontraban en la primera línea de acción frente a la Pandemia; se habla de responsabilidad social y de compromiso extraordinario.

En efecto, a veces a las empresas les “urge” o se les presenta como irresistible enmarcar cualquier cambio en el ámbito del trabajo en un valor, pero se debe tener presente que la única forma efectiva de comunicar un valor es actuando acorde a dicho valor y dando a otros el incentivo para hacer lo mismo. Los valores son mejor comunicados a través de acciones, por eso creemos que fueron valorables las prácticas de gestión implementadas en la Empresa 2 en términos de incentivo para los colaboradores, en tanto se enmarca el cambio en el valor social de la tarea y se retribuye de manera conforme.

En el caso de la Empresa 1, se enfatizó la importancia que tuvo para el Departamento de Recursos Humanos el estar cerca de los colaboradores, realizando llamadas semanales a todos los trabajadores, como herramienta clave para detectar quiénes necesitaban apoyo y poder fortalecer de esa forma el acompañamiento cercano.

6 Empresa multinacional dedicada al rubro de telecomunicaciones, en adelante, “Empresa 2”.

7 Empresa uruguaya dedicada al rubro de supermercados, en adelante, “Empresa 3”.



#### 4.4.3. Búsqueda del bienestar del teletrabajador

Dejando de lado la regulación jurídica del teletrabajo, apuntaremos en este análisis a destacar algunos aspectos de este fenómeno complejo, que tanto impacta en la estructura de una organización empresarial.

De los casos relevados para este análisis, y también de nuestra propia experiencia, podemos señalar que los teletrabajadores encontramos en esta nueva estructura de organización empresarial ventajas y desventajas, las cuales varían según el tipo, sector o ámbito de trabajo, las condiciones y características propias de la relación laboral y tareas desempeñadas, los beneficios brindados por la empresa, así como también según la situación personal y familiar de cada trabajador.

No obstante, más allá de la postura que pueda adoptarse respecto al teletrabajo y sus ventajas o desventajas, entendemos que imprescindiblemente se requiere el acuerdo de partes, por constituir un aspecto fundamental en la relación, máxime cuando el cambio al teletrabajo se dio en la coyuntura de la Pandemia, forzosamente, modificándose las relaciones.

Son varias las empresas que desarrollan políticas y programas que se implementaron en el marco de la Pandemia para acompañar al teletrabajador, particularmente destacamos dos experiencias, por la similitud que presentan:

En la Empresa 2, se implementaron charlas y talleres en el marco del programa "*Bienestar Social*", orientadas al desarrollo personal y profesional de los colaboradores, para afrontar la nueva realidad laboral, así como para concientizar sobre la prevención de enfermedades. Algunos de los talleres que se llevaron a cabo fueron los siguientes: "mentes felices", "gimnasia laboral", "autoconocimiento", "alimentación y emociones en tiempos de pandemia", "programa de salud integral", "gestión del miedo y autoconfianza", así como shows para la familia "función teatral para niñ@s", "stand up reite de la cuarentena", "DJ Set, música en vivo".

Análogamente, en la Empresa 1 desarrollaron e impulsaron el programa "Conectados", como sección dentro de su plataforma interna de *e-learning*, donde se incorporaron cursos con el objetivo de facilitar el transcurso de la Pandemia y estar, como se titula el programa, más conectados, "*manteniendo la premisa del cuidado de nuestra gente, ante todo*". Dentro de los cursos que se llevaron adelante encontramos: "*tips de trabajo desde casa*", "*alimentación saludable*", "*ergonomía*", "*trabajo y familia*", "*mindfulness*", "*preparándome frente a la adversidad*", "*economía doméstica*" e "*inversión para mortales*".

Sin perjuicio de que estos programas son desarrollados con el fin de asegurar la continuidad de la operación, debemos destacar como altamente valioso, que se apunte no sólo a asegurar las condiciones que permitan al teletrabajador el desarrollo de su tarea sino también a buscar su bienestar en el desempeño de la misma, a través de iniciativas y programas que promuevan la empatía, la cercanía y el apoyo al teletrabajador.

En esta línea, es que consideramos de gran relevancia, poner énfasis en la importancia de la dimensión del género. Entendemos que la adopción de cambios en la organización empresarial y en su cultura, a través de acciones y medidas, debe tener presente la perspectiva de género.

Puntualmente, en el marco del tema en análisis, y en lo que a los impactos ocasionados por la Pandemia respecta, los mismos no han sido ni serán neutrales en términos de género. La Pandemia ha afectado y afecta económicamente -entre otros aspectos- más a las mujeres, esto dado que ha afectado fundamentalmente a sectores donde la mano de obra femenina es mayoritaria, y, en segundo lugar, porque las mujeres han asumido y asumen mayores responsabilidades y cargas en el ámbito doméstico y familiar, en relación a las tareas del hogar, y tareas de cuidados de familiares dependientes.

Consecuentemente, la desigualdad de género se encuentra tendencialmente a incrementarse, y las mujeres conviven con mayores dificultades para conciliar la vida profesional y familiar.

En este sentido, es que vemos como más allá de las medidas y políticas que los Estados puedan implementar y desarrollar, el rol que juegan las empresas y el sector privado en sí mismo es de suma importancia, y de gran responsabilidad. Las empresas se ven inclinadas o incluso obligadas a reconocer y asumir las dificultades particulares que la Pandemia ocasiona en las mujeres en el ámbito familiar y personal, procurando adoptar medidas que contribuyan a disminuir ese impacto.

Precisamente, ONU Mujeres Uruguay a través de un informe revela cómo brindar *“Respuesta con igualdad de género en el ámbito laboral”*, realizando un breve análisis con perspectiva de género sobre el impacto de la Pandemia, y efectuando consideraciones así como indicando sugerencias que hagan potencialmente factibles y efectivas las medidas adoptadas en respuesta a la Pandemia, a fin de conciliar *“los cuidados con el teletrabajo y con las expectativas de los empleadores/empleadoras”* y respondiendo en este sentido: *“¿Qué pueden hacer las empresas y centros de trabajo?”* (ONU, 2020).

#### 4.4.4. La motivación y el reconocimiento

*“La dirección de personas se basa en una teoría de la naturaleza humana y en concreto de la motivación. frecuentemente implícita, algunas veces inconsciente...”* afirma McGregor (McGregor, 1966, p. 54). La comprensión de la motivación es clave para promover el desarrollo y estimular el rendimiento de las personas.

Descifrar el enigma y la teoría de la motivación importa reconocer que, ante todo, las personas se desarrollan a través de sus acciones satisfaciendo necesidades y siempre que actúan, lo hacen motivadas por algo.

Hay múltiples teorías que clasifican y estudian la motivación. Pérez López (1998) propone el siguiente enfoque de la motivación, fácilmente aplicable al campo laboral, indicando que existen tres clases de motivaciones por las cuales las personas concurren y actúan en su trabajo: (1) motivación extrínseca: es la satisfacción personal que provoca la reacción del entorno, se hace la tarea buscando una recompensa material o psíquica como es el caso de una felicitación, un ascenso o una remuneración ligada a un buen desempeño; (2) motivación intrínseca: consiste en el nivel de satisfacción para quien actúa, independientemente de los efectos externos de la acción, lo hace por la satisfacción de la tarea o la forma de hacerlo que apunta el desarrollo personal y profesional y; (3) la motivación trascendente o colectiva: resulta de la satisfacción que se produce en otras personas, lo hace en función de un motivo de orden superior que da sentido y misión a la tarea.

En todo obrar comúnmente se encuentra una mezcla de las tres motivaciones, por lo que resulta importante promover una motivación que apunte a valores subjetivos de crecimiento personal y a valores objetivos de contribución o aporte. Para alcanzar ese objetivo y estimular, es necesario conocer a la persona y sus circunstancias personales. Koffman (2007) concluye que *“aunque la motivación extrínseca parece más expeditiva, la única motivación que genera resultado de alta calidad es la intrínseca”* (pp. 98 y ss.).

Al respecto, veamos que en el caso de la Empresa 3, se otorgaron partidas económicas extras, se aumentó en un 50% el presentismo, se obsequiaron tarjetas de regalo para compra de artículos de higiene y limpieza, y se otorgó un menú gratuito. Estos beneficios, fueron implementados con el fin -según señalaron-, de incentivar a aquellos trabajadores que continuaron desempeñando sus tareas, siendo necesario el compromiso del personal de una actividad como el supermercadismo, el cual ha tenido un rol importante en el abastecimiento durante la Pandemia. Por tanto, los beneficios, que implican costos elevados para la empresa, responden al esfuerzo extra y al compromiso extraordinario de los trabajadores. Si bien motivar, no es solo mejor remuneración, los sueldos bajos disminuyen la autoestima y la motivación. Por ello, es que encontramos relevante destacar este caso, en mérito al otorgamiento de beneficios adicionales atendiendo a las especiales circunstancias comentadas.

La cultura organizacional readaptada en el caso de la Empresa 3, con los valores transmitidos y apuntando a una motivación extrínseca y trascendente, influyó positivamente en el comportamiento de los colaboradores, manifestado en la energía y compromiso demostrado por los colaboradores en el desempeño de su trabajo.

Volviendo a los conceptos mencionados sobre el cambio, según Bennis y Nanus (1985), para conseguir una transformación exitosa de la arquitectura organizacional, deben ocurrir los siguientes hechos (p. 141):

- Creación de una nueva visión capaz de motivar al equipo humano.
- Desarrollo del compromiso con la nueva visión.
- Institucionalización de la nueva visión.

Los colaboradores aceptarán el cambio más fácilmente si creen en él y tienen un interés personal en ello. Reflexionamos que esto fue lo que sucedió en el caso analizado, por el cual se utilizó una estrategia que ligara el cambio a una coyuntura y período concreto, utilizando la crisis para tener un mayor apoyo de parte de los colaboradores en los cambios.

Por otro lado, otro ejemplo o práctica de gestión asociada a lograr la mentalización de cambio organizacional, puede ser una argumentación convincente sobre los peligros que acechan a la organización si no se transforma. Siendo necesario clarificar la necesidad del cambio, y estando los colaboradores convencidos de que el cambio era imperativo y deseable para la supervivencia de la organización y no un simple truco para la reestructuración. Para ello, resulta importante a lo largo del proceso, comunicar honesta y efectivamente.

#### 4.5. Buenas prácticas de gestión humana volviendo a la presencialidad laboral parcial o total

¿Cómo volver a la normalidad con energía y sin el sobre esfuerzo generado durante la Pandemia?, es una interrogante que consideramos se han realizado la mayoría de las organizaciones empresariales en estos tiempos, y que entendemos puede responderse con la importancia de que el trabajador logre visualizar que el esfuerzo tendrá una recompensa o gratificación y que, además, valió la pena.

Son muchas las empresas que han replanteado su estructura y cultura organizacional como consecuencia de la Pandemia. Ahora bien, pasaremos a destacar algunos de los beneficios o facilidades que se mantendrán con posterioridad a la Pandemia:

- Implementación de la modalidad de teletrabajo al menos una o dos veces por semana, de forma voluntaria y con flexibilidad atendiendo a las circunstancias personales de cada trabajador. Coinciden las empresas que el contemplar la situación de cada trabajador en particular, ya sea respecto de su situación familiar, posibles enfermedades, dificultades o incomodidad frente a la enfermedad, es valorado por el trabajador, en tanto se siente cuidado y contenido por la estructura.

La Pandemia ha permitido demostrar la funcionalidad y efectividad del teletrabajo. Se presenta un quiebre en el hábito o política empresarial de escritorio en cuanto a dirigir con éxito una empresa “desde la silla”. Se mantiene y se busca una transición confiable en el regreso físico al lugar de trabajo, en un régimen mixto, para aquellos casos en que resulta prioritario la presencia física de la fuerza laboral, con protocolos y supervisión adecuados de salud y seguridad. En este sentido, se valora y mantiene una escucha atenta a lo que dicen y sienten los colaboradores.

- Implementación de canales de comunicación frecuentes y con mayor cercanía al colaborador.
- Virtualización de eventos, reuniones y capacitaciones: munidas de las herramientas que nos brinda la “Era de la Información”, las organizaciones empresariales han adoptado procesos de virtualización que se mantendrán en el tiempo. La virtualización se presenta como una oportunidad de crecimiento, enfocando los esfuerzos en alternativas digitales para alcanzar las metas de cada colaborador y visualizando el trabajo por rendimiento y productividad.
- Implementación de políticas y programas de bienestar para los colaboradores.

### 5. Conclusiones

Luego del análisis realizado, confirmamos la importancia de una buena gestión humana en las acciones y medidas adoptadas por las organizaciones empresariales, y más aún en tiempos de crisis.

La Pandemia, ha ocasionado relevantes cambios y de gran impacto en el entorno mundial, los cuales se traducen en un mundo empresarial necesitado de distintas y nuevas formas de organización y funcionamiento. En efecto, las empresas modifican o se ven

obligadas a modificar su organización, con el fin de adaptarse a las nuevas realidades que acontecen en el contexto actual, moviéndose en un entorno denominado “VUCA”<sup>8</sup>, caracterizado por la volatilidad, la incertidumbre, la complejidad y la ambigüedad, que obliga a la readaptación estructural constante.

Precisamente, esta nueva realidad ha implicado e implica para las empresas una necesidad de actuar de forma eficaz, brindando respuestas adecuadas, concretas, y proponiendo modalidades de actuación que les permitan continuar en el mercado. Las empresas particularmente denotan su capacidad de cambio y de enfrentar el entorno, en la docilidad y adaptación con la que acatan las modificaciones que acontecen en su contexto.

Conforme a lo analizado, concluimos que el cambio debe realizarse de forma veloz, con un importante cambio de actitud para que puedan lograrse efectos eficaces y positivos. Para ello, las acciones y medidas adoptadas por los directivos deben ser tomadas y comunicadas de forma concisa, clara y con motivos nítidos.

En este sentido, es que enfatizamos la trascendencia de conocer el valor humano de las empresas, ya que las personas que las componen son quienes serán parte y protagonistas de esos cambios organizacionales e incluso culturales. Cambios, que como se dijo, hacen a la supervivencia y continuidad de la empresa. De este modo, destacamos la importancia de transmitir confianza, seguridad y tranquilidad a las personas, así como de proveerles el mayor bienestar posible en los cambios que se llevan a cabo.

En todos estos cambios, impulsados de forma necesaria y sorpresiva en mérito a lo que acontece en el entorno, las empresas no deben olvidar a las personas. Más aún, consideramos, que debe actuarse enfatizando determinados valores, como ser el de la empatía, teniendo presente que la persona se encuentra afectada también en su entorno personal con los cambios abruptos que acontecen, como lo es en el caso de la Pandemia.

Asimismo, puede resultar enriquecedor para cada uno de nosotros como trabajadores, reflexionar sobre los conceptos de gestionarse a sí mismo de Peter Drucker, para gestionarse a uno mismo eficazmente frente al cambio de paradigma laboral que se presentó. Preguntarse así, cómo uno trabajaba previo a la Pandemia y cómo trabaja actualmente: si sólo o en equipo, si se requiere un seguimiento rutinario, un entorno altamente estructurado, si se trabaja bien bajo presión, reflexionar sobre cómo podemos y pudimos afrontar este cambio de paradigma (Drucker, 2011).

Gestionarse a sí mismo, requiere en esta situación sin precedentes, exigirse a repensar. Las organizaciones empresariales se vieron obligadas a repensar su estructura y forma de organización para afrontar la crisis, demostrando la necesidad de reinventarse, con resiliencia, para afrontar el cambio.

En definitiva, destacamos y concluimos que las organizaciones empresariales, para replantearse su presente y su futuro, deben poner el foco en las personas; atendiendo a su bienestar, motivando con acciones, cercanía y empatía, reconociendo siempre su significancia para estimular de ese modo su motivación y rendimiento.

8 “Volatility (V), Uncertainty (U), Complexity (C) y Ambiguity (A)”.

## Referencias bibliográficas

- Bennis, W. y Nanus, B. (1985) *Leaders, the strategies for taking charge*. Harper & Row.
- Bohórquez Arévalo, L. (2013) *La organización empresarial como sistema adaptativo complejo*. Estudios Gerenciales 29. DOI: 10.1016/j.estger.2013.05.014. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/274903650\\_La\\_organizacion\\_empresarial\\_como\\_sistema\\_adaptativo\\_complejo](https://www.researchgate.net/publication/274903650_La_organizacion_empresarial_como_sistema_adaptativo_complejo)
- Chung, V. M. y Espinoza, J. L. (2020) *Efecto mediador de la cultura organizacional en la relación entre el liderazgo transformacional y la gestión del conocimiento*. Rev. Tzhoeoen. Julio - septiembre. Vol. 12 / N° 3.
- Drucker, P. (1999) *Management Challenges for the 21st Century*, PerfectBound. ISBN 0-06-0546794. Disponible en: <http://103.5.132.213:8080/jspui/bitstream/123456789/1378/1/Management%20Challenges%20for%20the%2021st%20Century%20%28%20PDFDrive.com%20%29.pdf>
- Drucker, P. (2011) *Gestionarse a sí mismo*. Harvard Business Review, ISSN 0717-9952, Vol. 89, N° 11. Disponible en: <https://pdfcoffee.com/articulo-gestionarse-a-si-mismo-peter-drucker-hbr-2011-pdf-free.html>
- Friedman, S. Groot, J. y Christesen P. (1996) *Nuevas ideas de management 'Un equilibrio entre el trabajo y la vida*. Revista Expansión, 1996, en "Gestionar el cambio" Departamento de Economía y Organizaciones de Empresas, Universidad de Barcelona, Tesis Doctoral Llanos Tarruella Caballero, Barcelona.
- García, J.J. (1996) *Valores son acciones*. Conecta. Montevideo.
- Gómez-Tabares, A. & Narváez, M. (2020). *Tendencias Prosociales y su Relación con la Empatía y la Autoeficacia Emocional en Adolescentes en Vulnerabilidad Psicosocial*. Revista Colombiana de Psicología, 29, (2),1 25-1 47. Disponible en: <https://doi.org/10.15446/rcp.v29n2.78430>
- Kofman, F. (2007) *Metamanagement. La nueva conciencia de los negocios*. Tomo I, Granica.
- Larki, T.J. y Larkin, S. (1996) *Reaching and changing frontline employees*. En Harvard Business Review Effective Communication. Disponible en: <https://hbr.org/1996/05/reaching-and-changing-frontline-employees?language=es>
- López Posada, L. M. (2016) *Cultura organizacional: entre el individualismo y el colectivismo*. Ibagué, Colombia: Sello Editorial Universidad del Tolima.
- McGregor, D. (1966) *El lado humano de las organizaciones*, Mc Graw-Hill.
- Mercadal, T. (2020) *Cultura organizacional*. De: Salem Press Encyclopedia,. Disponible en: <http://search.ebscohost.com.sire.ub.edu/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=94895786&lang=es&site=eds-live>
- Organización de las Naciones Unidas (2020). *Respuesta con igualdad de género en el ámbito laboral*. Disponible en: [https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/publicaciones/DocumentoCOVID19\\_adaptadoURY\\_v3.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/publicaciones/DocumentoCOVID19_adaptadoURY_v3.pdf)

Pérez López, J. (1998) *Liderazgo y ética en la dirección de empresas. La empresa del siglo XXI*, IESE Business School Barcelona.

Real Academia Española. (s.f.). Empatía. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 29 de abril de 2020, de <https://dle.rae.es/cultura?m=form>

Valencia, A. (2017) *Subjetividad y poder en la organización empresarial: un estudio de caso*. *Innovar*, 27 (65).







## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CARLOS E. DELPIAZZO

Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones  
del Derecho Administrativo



CARLOS E. DELPIAZZO\*

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM), Uruguay.

[carlos.delpiazzo@delpiazzo.com](mailto:carlos.delpiazzo@delpiazzo.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6047-5890>

Recibido: 29/04/2021 - Aceptado: 15/05/2021

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

Delpiazzo, C. E. (2021). Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del derecho administrativo. *Revista de Derecho*, 20(39), 97-106. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.6>

## Exigencias éticas que imponen las actuales transformaciones del derecho administrativo

**Palabras claves:** ética, derecho administrativo, derecho público

97

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Director de la Especialización y Maestría en Derecho Administrativo y Gestión Pública en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en dicha Maestría y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Ex Director de la Escuela de Posgrado de dicha Facultad. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga. Autor de 83 libros y más de 550 trabajos publicados en el país y en el exterior. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Miembro del Comité Académico de la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina) y de la Comisión Académica del Programa de Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano liderado por la Universidad de La Coruña (España). Ex Director y miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Economía del Uruguay.

## Ethical requirements imposed by the current changes in administrative law

**Key words:** ethics, administrative law, public law

98



## Exigências éticas impostas pelas atuais mudanças na legislação administrativa

**Palavras-chave:** ética, direito administrativo, direito público, direito público

## 1. Introducción

Hace varios años escribí, entre otros, un trabajo titulado “El Derecho Administrativo como garante de la Ética pública” (Delpiazzo, 2011) y recientemente dediqué un libro a “Ética y Administración Pública” (Delpiazzo, 2017), que dividí en cinco partes: Ética en el Derecho Administrativo, Ética en la función pública, Ética en la contratación pública, Ética en la gestión pública y Ética en el control.

En esta oportunidad quiero detenerme en la consideración de las exigencias éticas que impone el proceso de transformaciones que vive el Derecho Administrativo, tanto a nivel comparado como local.

Según se ha destacado con acierto, “la ciencia del Derecho Administrativo se ha quedado pequeña; la dogmática ha devenido insuficiente. Esta resulta imprescindible, desde luego. Pero ha de ser completada o actualizada, en una medida que excede en mucho de la adición o del comentario... Lo cierto es que a la denominada en nuestra familia jurídica teoría general del Derecho Administrativo, se le escapan demasiadas cosas de la realidad, tal como está construida” (Barnes, 2014, p. 29).

En efecto, “podría decirse que el Derecho Administrativo *desde sus orígenes* había vivido encerrado dentro de tres diques o de un conjunto de caracteres típicos: primero, constituye un Derecho nacional, un producto típicamente estatal o estadocéntrico (i); segundo, es un Derecho propio del ejecutivo y de las Administraciones cuando ejercen potestades públicas, un sistema que se activa ante el ejercicio del poder público, es decir, ante el imperium o la autoridad (ii); y, finalmente, representa un Derecho de marcada vocación ejecutiva: la Administración aplica lo que el legislador ha preestablecido, se halla vinculada a la ley y al Derecho, y ocupa un papel puramente subordinado (iii)... Hoy, sin embargo, se han visto desbordados los tres diques que lo contenían en esas funciones, ciertamente limitadas. Ninguno de ellos ha permanecido incólume al impacto. El Derecho Administrativo contemporáneo, en efecto, ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasi mecánica de una omnisciente legislación primaria (iii)” (Barnes, 2014, pp. 34 y 35).

De ahí la importancia de prestar particular atención a la Parte Especial del Derecho Administrativo a fin de “acortar la distancia que en muchos países se ha generado entre el Derecho Administrativo como construcción dogmática y el Derecho Administrativo real, advirtiéndose un divorcio entre la estabilidad del edificio dogmático y el dinamismo de los cambios del Derecho positivo” (Delpiazzo, 2009, p. 14).

Asimismo, se impone superar la disfunción señalada, entre otros, por Luciano PAREJO ALFONSO en los siguientes términos: “La distancia entre el Derecho Administrativo como construcción dogmática y el Derecho Administrativo jurídico positivo y real es especialmente acusada... Entre ambos no se ha podido establecer una relación adecuada, normalizada y sinérgica” (Parejo Alfonso, 2003, p. 181).

Complementariamente, es inocultable la necesidad de profundizar en la nueva realidad del Derecho Administrativo Global (Delpiazzo, 2010, p. 99), especialmente en su incidencia en la universalización de los derechos humanos y en su condicionamiento

por la mundialización de la economía digital, particularmente la llamada disruptiva (Delpiazzo, 2016, p. 27 y ss.).

Ninguno de los referidos aspectos es ajeno o carente de consideración ética en orden a determinar lo que está objetivamente bien u objetivamente mal por encima de las opiniones subjetivas de cada persona. Tal calificación debe tener en cuenta siempre tres elementos: el objeto, el fin y las circunstancias. Por lo tanto, no basta la buena intención y el fin no justifica los medios. Es en la universalidad de las reglas a aplicar que uno puede medir si las conductas son objetivamente buenas o malas; dicho en términos negativos: “no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo”, y dicho en términos positivos: “trata a los otros como te gustaría ser tratado” (Delpiazzo, 2011, p. 787).

## 2. Desborde de las recetas reformistas

Si se tiene en cuenta que el rol fundamental de la Administración es -conforme al sentido etimológico de la palabra- servir a la sociedad a la que se debe, ninguna duda puede caber acerca de que ella debe encontrarse en permanente revisión de su ser (organización) y de su actuar (actividad) en orden al logro del bien común.

Partiendo de la realidad, si se mira el panorama de la reforma administrativa especialmente en América Latina (Martínez Puon, 2002, pp. 156 y ss.), cabe advertir que las llamadas reformas de *primera generación* apuntaron básicamente a la reducción del tamaño del Estado (*enfoque cuantitativo*).

En cambio, las denominadas de *segunda generación* se han centrado en los resultados de su proceder (*enfoque cualitativo*), poniendo el acento en la eficacia y eficiencia de sus servicios, en la reducción de la corrupción, y en la participación ciudadana.

Al presente, en la construcción de la Administración electrónica, se asiste a una *tercera generación* de reformas basada en el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (*enfoque tecnológico*), en la cual se fincan grandes expectativas: desde la Administración, por advertir el inmenso potencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar la prestación de todo tipo de servicios y la propia gestión administrativa, y desde la ciudadanía, por la posibilidad de acceder a más y mejor información, controlar a las autoridades, obtener trato igualitario y aumentar la eficiencia en el uso del tiempo y demás recursos (Mestre Delgado, 2003, p. 117).

Desde el punto de vista jurídico, son más que conocidos los instrumentos y mecanismos que posibilitan tales reformas (Delpiazzo, 1997, p. 67).

Pero para saber si esas reformas son buenas o malas en orden a responder adecuadamente a las transformaciones sintéticamente apuntadas, es necesario su consideración desde el punto de vista ético.

En efecto, el empleo de los diversos medios posibles para llevar adelante las reformas que requiere el nuevo Derecho Administrativo debe estar sometido al tamiz de su valoración ética al menos desde un triple enfoque: la servicialidad, la juridización y la garantía.

### 3. Imprescindible mirada desde la ética

#### 3.1. Rescate de la servicialidad administrativa

Como punto de partida, la Etica aplicada a la función administrativa tiene su eje central en la idea de *servicialidad* (Rodríguez Arana Muñoz, 2001, p. 30).

Así resulta por ejemplo del art. 103.1 de la Constitución española cuando dice que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales” (Rodríguez Arana Muñoz, 2010, p. 16). En la misma línea, la Constitución uruguaya proclama en su art. 59 que “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario” (Delpiazzo, 2017, p. 32).

Por lo tanto, como prolongación de la naturaleza servicial (Soto Kloss, 1996, p. 83) de la Administración, de su carácter vicarial por ser para otros (Brito, 2001, p. 63 y Brito, 1977, pp. 35, 40 y ss.), a fin de que todos puedan alcanzar plenamente los fines propios de su dignidad (Delpiazzo, 2001, p. 27), es lógico que los funcionarios públicos deban realizar sus tareas orientadas a la satisfacción de las necesidades colectivas. De ahí que, en la función pública, las consideraciones éticas constituyan algo connatural en orden a la consecución del bien común (Delpiazzo, 2005, p. 10).

Por *bien común* suele entenderse el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección (Delpiazzo, 2012, p. 81).

En palabras de José Luis Meilan Gil (2010):

el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo (p. 171).

A su vez, es evidente que el *interés general* es superior al interés individual (Rodríguez Arana Muñoz, 2012, p. 29), habiendo sido definido por Renato ALESSI (1970) como el “interés colectivo primario formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad” (pp. 184-185).

Por su parte, el *interés público* se opone al interés privado ya que ambos operan en espacios distintos. Al decir de Héctor Jorge ESCOLA (1989):

El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevaleciente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad... Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente

semejantes, distinguiéndose sólo cuantitativamente, de suerte que el primero deba prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aún cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste... Sólo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la Administración, del Partido, del soberano, del jerarca, etc., podría pretenderse que ese supuesto interés público -que no es tal- llega no sólo a desplazar sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería en concreto la causa de la tan mentada razón de Estado, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público (pp. 249 y ss.).

En palabras de Augusto DURAN MARTINEZ (2010):

El *interés privado* se relaciona con esa dimensión individual del todo ser humano que lo hace ser único y diferente de sus semejantes, y por eso es valioso y digno de tutela. Y también se relaciona con esa dimensión social que nos hace integrar una comunidad natural, como lo es la familia, base de la sociedad, y de esas otras comunidades intermedias que trascienden la familia pero que son, de alguna manera, de nuestro dominio particular, no necesariamente en exclusividad pero sin llegar a ser público. El *interés público* se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político, pero también, aún sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es compartido por requerirlo el desarrollo de la personalidad... Interés privado e interés público operan en espacios distintos y, aunque por momentos tengan contornos difusos, no se confunden pero tampoco se contradicen, pues se relacionan con las diversas dimensiones de la naturaleza humana que, como se ha visto, son inescindibles. Precisamente, esa unidad de naturaleza humana se contempla con el *interés general*, que incluye al interés privado y al interés público. Es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana. Dicho en otras palabras, es de interés general la configuración del bien común (pp. 629 y ss.).

### 3.2. Juridización de la ética pública

Junto a la servicialidad, un segundo aspecto que hace a la perspectiva ética bajo consideración, es lo que antes de ahora he llamado "*juridización de la ética pública*" (Delpiazzo, 2004, p. 7), se está traduciendo en una suerte de codificación de reglas éticas (y su enseñanza a los funcionarios), así como la configuración de las conductas reñidas con la ética como faltas o delitos.

En cuanto a la *codificación de las reglas éticas*, en la medida que los funcionarios públicos deben ejercer juicios éticos con frecuencia, es aconsejable que dispongan de marcos que orienten su acción y establezcan con claridad los criterios rectores de validez universal respecto al servicio al que se deben, tales como (Rodríguez Arana Muñoz, 2010, pp. 323 y ss.):



- a) que los funcionarios no estén por encima de las leyes de la Nación y que no se permitan actividades privadas que desprestigien al propio funcionario o a la Administración;
- b) que los funcionarios presten atención completa a su trabajo y se caractericen por su justicia e imparcialidad en la gestión de los intereses colectivos;
- c) que los funcionarios se esfuercen siempre por demostrar a los funcionarios que actúan de acuerdo con la justicia y la ecuanimidad;
- d) que los funcionarios no hagan uso de su empleo para beneficio privado o para ayudar indecorosamente a personas o grupos determinados;
- e) que los funcionarios aseguren que el manejo de los recursos públicos se realiza de manera eficiente y eficaz; y
- f) que los funcionarios se abstengan de cualquier actividad que puedan desembocar en conflictos de interés y se esfuercen por fomentar la confianza de los ciudadanos en los Poderes públicos.

Por otra parte, la simple enunciación de principios, prohibiciones y reglas de conducta en el desenvolvimiento de la función pública podría inducir a pensar que ella tiene un carácter meramente indicativo de lo deseable, sin valor y fuerza jurídicos.

Sin embargo, nada más alejado de la verdad ya que la juridización de la ética pública se viene traduciendo en reprimir la violación de las prohibiciones y el incumplimiento de los deberes éticos como *faltas disciplinarias* susceptibles de ser castigadas con sanciones proporcionadas a su gravedad, previa sustanciación del procedimiento disciplinario respectivo, sin perjuicio de la responsabilidad por los *delitos penales* que se puedan cometer.

103

### 3.3. Garantía del comportamiento ético

Un tercer factor a señalar es que el nuevo Derecho Administrativo debe constituirse en una “*garantía del comportamiento ético*” (Gonzalez Perez 1996, p. 65).

Para lograrlo, antes de ahora he señalado la necesidad de que confluyan tres elementos fundamentales (Delpiazzo, 2014, p. 401):

- a) una política pública consistente;
- b) un control social adecuado; y
- c) una probidad administrativa asistida por un recto ejercicio del poder disciplinario.

En primer lugar, se requiere una política pública acorde a los compromisos internacionales asumidos especialmente a partir de la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y aprobada por ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998), la cual, entre otras medidas preventivas (art. III), propicia las siguientes (Durán Martínez, 2010, pp. 125 y ss.):

- a) aprobación de “normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas” (num. 1°);

- b) creación de “mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta” (num. 2º); y
- c) fortalecimiento de “instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades” (num. 3º).

Dicha normativa ha sido desarrollada por los diversos países a través de disposiciones legales y reglamentarias de diverso tenor que alcanzan a las personas llamadas al desempeño de la función pública, tanto en el momento de acceder a ella (exigiendo acreditar condiciones morales, formular declaración jurada de bienes e ingresos, u otras) como durante su desempeño (imponiendo deberes, prohibiciones e incompatibilidades) y aún después de su cese (debiendo rendir cuentas, manteniendo prohibiciones y teniendo que formular nueva declaración jurada de bienes e ingresos, entre otras exigencias) (Delpiazzo, 2005, p. 30).

En segundo lugar, tales regulaciones podrían ser letra muerta si no se jerarquiza un control social (Delpiazzo, 2001, p. 97) posibilitado por una efectiva transparencia a través de la cual la sociedad pueda ver que la Administración no sólo sirve sino que muestra cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático (Delpiazzo, 2003, p. 43).

En tercer lugar, dando un paso más, es preciso subrayar -como acertadamente lo ha hecho Jesús GONZALEZ PEREZ (1996) - que “la Etica en la Administración pública no se agota en la fidelidad a los intereses generales” (p. 57) sino que *reclama el trabajo bien hecho*. “Exige una entrega al servicio, un afán de perfeccionamiento en las técnicas, un esfuerzo en intentar la perfección” (p. 58). Para ello, se requiere el cultivo de las virtudes y la lucha contra los defectos.

Consecuentemente, el apartarse del desempeño funcional presidido por el interés público, el no observar una conducta honesta, el no actuar de buena fe y con lealtad, el ser desobediente, irrespetuoso o parcial, implicando el interés personal con el público, el desenvolverse sin transparencia, eficacia y eficiencia, así como la violación de las prohibiciones relacionadas con implicancias, parentesco o usos indebidos, configuran faltas administrativas que deben ser reprimidas mediante el recto ejercicio del poder disciplinario, superado el cual corresponde a la Justicia la apreciación de las conductas que puedan configurar delitos.

## 4. Conclusión

De lo dicho se desprende que es imprescindible la puesta en valor de la Etica para conducir las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo desde la perspectiva que destacara José A. CAGNONI (1997) al prevenirnos de que la corrupción se manifiesta en la conducta de quienes, “en lugar de servir al interés general, se sirven de su ejercicio para su provecho” (p. 15).

Si perdemos esto de vista, el nuevo Derecho Administrativo podrá ser estructuralmente satisfactorio en orden a dar algunas respuestas dogmáticas a los requerimientos de los

tiempos pero no cumplirá con su rol fundamental de garante de la servicialidad debida a la persona humana -considerada en su triple dimensión individual, social y trascendente (Delpiazzo, 2014, p. 227) - como centro del sistema y no contribuirá a mejorar la calidad del Estado de Derecho.

## Referencias bibliográficas

- Alessi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch, Barcelona, tomo I.
- Barnes, J. (2014). Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo, en Rodríguez Arana, J. Y García, M. (Directores) – *Reforma del Estado y Transformación del Derecho Administrativo*. Bubok, España.
- Brito, M. R. (2001). El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica. *Ius Publicum* (Universidad Santo Tomás, Santiago, N° 6, pp. 63 y ss.
- Cagnoni, J.A. (1997). Justicia y sociedad: los fenómenos de la corrupción. *Rev. de Derecho Público*. Montevideo, M° 11-12.
- Delpiazzo, C. (1997). Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay. *Rev. de Derecho del Mercosur*. La Ley, Buenos Aires, Año I, N° 2, pp. 67 y ss.
- Delpiazzo, C. (2001) - *Dignidad humana y Derecho*. Universidad de Montevideo, Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2001). *Desafíos actuales del control*. F.C.U., Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2003). Control social de la Administración y transparencia. *Rev. Ius Publicum* (Santiago de Chile, 2003), N° 11, pp. 43 y ss.
- Delpiazzo, C. (2004). Juridización de la ética pública. A propósito del Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003. *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Año III, N° 6, pp. 7 y ss.
- Delpiazzo, C. (2005). Ética en la función pública, en *Ética y Función Pública*. Quito, pp. 10 y ss.
- Delpiazzo, C. (2009). *Derecho Administrativo Especial*. A.M.F., Montevideo, volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada.
- Delpiazzo, C. (2010). Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America, en ROBALINO, J. Y RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J. (Coordinadores) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. Cameron May, Londres.
- Delpiazzo, C. (2011). El Derecho Administrativo como garante de la ética pública, en *Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho*. Buenos Aires, Año XLIX, N° 12.737.
- Delpiazzo, C. (2011). De la ética individual a la ética pública. Congreso Internacional de Derecho Administrativo (San Salvador).

- Delpiazzo, C. (2012). Bien común, sociedad y Estado. *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*. (Montevideo, Año XI, N° 21, pp. 81 y ss.
- Delpiazzo, C. (2014). Promoción de la ética en la función pública, en Felipe Rotondo (Coordinador) – *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, F.C.U., Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2014). Las dimensiones del administrado. *Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo*. Universidad de Montevideo, Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2016). Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho Administrativo Global. *Rev. de Derecho Público*. Montevideo, N° 50, pp. 27 y ss.
- Delpiazzo, C. (2017). *Ética y Administración Pública*. La Ley Uruguay, Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2017). *Derecho Administrativo General*. A.M.F., Montevideo, volumen 2, segunda edición actualizada y ampliada.
- Duran Martínez, A. (2010). Derechos prestacionales e interés público. *Rev. de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, N° 73, pp. 629 y ss.
- Escola, H. J. (1989). *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Depalma, Buenos Aires.
- González Pérez, J. (1996). *La ética en la Administración pública*. Civitas, Madrid.
- Martínez Puon, R. (2002). Nuevos derroteros de la reforma administrativa en América latina. *Rev. Iberoamericana de Administración Pública*. INAP, Madrid, N° 8, pp. 156 y ss.
- Meilan Gil, J. L. (2010). Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español. *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, Año 10, N° 40, pp. 171 y ss.
- Mestre Delgado, J. F. (2003). Nuevas tecnologías y Administración pública. *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, N° 265-266, pp. 117 y ss.
- Parejo Alfonso, L. – Crisis y renovación en el Derecho Público. (E.C.A., Buenos Aires, 2003), pág. 77 y sigtes.; y “La idea de la reforma del Derecho Administrativo General”, en Javier BARNES (Editor) – “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo”.
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (2001). *La dimensión ética*. Dykinson, Madrid.
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (2010). El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas. *Rev. de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, N° 8, pp. 16 y ss.
- Rodríguez Arana Muñoz, J. (2012). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Iustel.
- Soto Kloss, E. (1996). *Derecho Administrativo*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, tomo I.

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## JURISPRUDENCIA COMENTADA

**DIEGO VELASCO**

Comentario de sentencia sobre eutanasia: Corte Superior de Justicia de Lima,  
Décimo Primer Juzgado Constitucional, sentencia del 22-2-2021





DIEGO VELASCO SUÁREZ\*

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM), Uruguay.

[diegovelascosuarez@gmail.com](mailto:diegovelascosuarez@gmail.com)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5042-3752>

Recibido: 30/04/2021 - Aceptado: 31/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Velasco Suárez, D. (2021). Comentario a sentencia sobre eutanasia Acción de amparo de Ana Estrada Ugarte, contra Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, y Seguro Social de Salud del Perú. Corte Superior de Justicia de Lima, 11er. Juzgado Constitucional. Sentencia del 22-2-2021. *Revista de Derecho*, 20(39), 111-143. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.7>

## Comentario a sentencia sobre eutanasia

Acción de amparo de Ana Estrada Ugarte, contra Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, y Seguro Social de Salud del Perú.

Corte Superior de Justicia de Lima, 11er. Juzgado Constitucional. Sentencia del 22-2-2021.

**Resumen:** Se realiza un análisis crítico de la sentencia que acoge la acción de amparo de Ana Estrada declarando inaplicable, por inconstitucional, el artículo del Código Penal que tipifica el homicidio piadoso (que prohíbe la eutanasia).

El supuesto “derecho a la eutanasia” se lo considera implícito en el “respeto a la dignidad” de la “persona humana”, que es considerada por la Constitución como “fin supremo de la sociedad y del Estado” (Perú, 1993). Pero se termina reduciendo dignidad a libertad fáctica, negando la igual dignidad de toda persona humana, fundando la eutanasia en la percepción de indignidad.

En el análisis crítico se distingue dignidad inherente, igual para todo ser humano, y actos libres dignos (los que respetan esa dignidad), señalando que sólo estos son ejercicio de un derecho a la libertad. Se identifica ser o existencia personal y vida de un ser humano. A partir de ello, se consideran intercambiables el deber mínimo de respeto a la dignidad, el deber mínimo de respeto a la vida o prohibición de matar, y el contenido mínimo esencial del derecho a la vida. De allí deduce la primacía del derecho a la vida sobre el derecho a la libertad.

**Palabras clave:** eutanasia, derecho a la vida, persona, dignidad, derechos humanos, irrenunciabilidad, libertad

\* Abogado. Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Natural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (Uruguay).

## Commentary on the ruling on euthanasia

Action for protection of constitutional rights by Ana Estrada Ugarte, against the Ministry of Health, the Ministry of Justice, and the Peruvian Social Health Insurance.

Supreme Court of Justice of Lima, 11th Constitutional Court.  
Ruling of 22-2-2021.

**Abstract:** A critical analysis is made of the ruling that accepts the action for protection of constitutional rights of Ana Estrada declaring inapplicable, as unconstitutional, the article of the Criminal Code that criminalizes mercy killing (which prohibits euthanasia).

The supposed “right to euthanasia” is considered implicit in the “respect for the dignity” of the “human person”. However, it ends up reducing dignity to factual freedom, denying the equal dignity of every human person, basing euthanasia on the perception of unworthiness.

This article distinguishes inherent dignity, equal for every human being, and dignified free acts, pointing out that only the latter are the exercise of the right to freedom. It identifies being or personal existence and life of a human being. From this, the minimum duty of respect for dignity, for life or prohibition to kill, and the minimum essential content of the right to life are considered interchangeable. It concludes the primacy of the right to life over the right to liberty.

**Key words:** euthanasia, right to life, person, dignity, human rights, inalienability, freedom.

112

## Comentário sobre a decisão relativa à eutanásia

Acção Amparo de Ana Estrada Ugarte, contra o Ministério da Saúde, Ministério da Justiça, e o Seguro Social de Saúde Peruano.

Tribunal Superior de Justiça de Lima, 11º Tribunal Constitucional. Sentença de 22-2-2021.

**Resumo:** Realizou-se uma análise crítica da sentença que abarca a ação de amparo de Ana Estrada declarando inaplicável, como inconstitucional, o artigo do Código Penal que tipifica a morte por homicídio misericordioso (que proíbe a eutanásia).

O suposto “direito à eutanásia” é considerado no “respeito pela dignidade” da “pessoa humana”, que é estabelecido pela Constituição como o “objetivo supremo da sociedade e do Estado”. Mas acaba por reduzir a dignidade à liberdade factual, negando a igualdade de dignidade a cada pessoa humana, baseando a eutanásia na percepção da indignidade.

Na análise crítica é feita uma distinção entre dignidade inerente, igual para todos os seres humanos, e atos livres dignos (aqueles que respeitam essa dignidade), salientando que apenas estes são o exercício de um direito à liberdade. Identifica-se ser ou a existência pessoal e a vida de um ser humano. De este modo, considera-se intercambiável o dever mínimo de respeitar a dignidade, o dever mínimo de respeitar a vida ou a proibição de matar, e o conteúdo mínimo essencial do direito à vida. Disto deduz a supremacia do direito à vida sobre o direito à liberdade.

**Palavras-chave:** eutanásia, direito à vida, pessoa, dignidade, direitos humanos, inalienabilidade, liberdade.

## 1. La sentencia

En sentencia del 22-2-2021, la Corte Superior de Justicia de Lima, 11er. Juzgado Constitucional, resolvió una acción de amparo solicitada por Ana Milagros Estrada Ugarte contra el Ministerio de Salud (MINSA), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), por la que se dispuso:

1. Se inaplique el artículo 112 del Código Penal para el caso de la actora, de modo que los sujetos activos del delito allí previsto (homicidio piadoso) no puedan ser procesados si los *“actos tendientes a su muerte”* se practican *“de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique, en tanto ella no puede hacerlo por sí misma”* (parte resolutive, 1).
2. Se ordena al MINSA y a EsSalud que conformen *“Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 7 días”*, una que establezca un *“protocolo”* y otra *“que cumpla con practicar la eutanasia”*, *“mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa) un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin”* (parte resolutive, 2).
3. Se declaró improcedente la pretensión de que se ordene al MINSA *“emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares...”* (parte resolutive, 5).

La demanda alega una *“enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis”*, que tiene desde los 12 años, y que la ha llevado a estar en silla de ruedas desde los 20 años y a un *“estado de dependencia alta en los últimos 12 meses”*. Está en un programa *“clínica en casa”*, con *“médicos, psicólogos y nutricionistas”*, y señala que *“ello significa que ha perdido su intimidad y privacidad”*.

No manifiesta aún su voluntad de poner fin a su vida, sino que el amparo lo promueve para que *“el procedimiento solicitado”* se ejecute *“dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida”* (I. PARTE EXPOSITIVA: DEMANDA). Incluso, considera que *“si yo tuviera el ‘permiso’ del Estado para morir, estoy segura que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad”* (II. FUNDAMENTOS DE HECHO, § 3).

En cuanto a los fundamentos de derecho, considera que la norma penal lesiona el *“derecho fundamental”* *“a una muerte digna”*, *“a la dignidad”*, *“a la vida digna”*, *“al libre desarrollo de la personalidad”* y constituye una *“amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos”* (I. PARTE EXPOSITIVA: DEMANDA. B).

La sentencia tiene una fundamentación extensa, en la que se manifiestan muchas contradicciones. Por la extensión de este artículo, nos limitaremos a comentar las más relevantes.

## 2. Construye un derecho para inaplicar un derecho fundamental y una prohibición penal

Se reconoce que el derecho a la vida es un derecho fundamental, y que éste es el bien jurídico tutelado con el delito de homicidio piadoso.

Frente a este derecho a la vida, se “construye” un supuesto “derecho a la eutanasia”, que denomina también como “derecho a una muerte digna”.

Se reconoce que no existe un enunciado normativo positivo, ni legal ni constitucional, que recoja este derecho. Entonces, lo construirá a partir de otros derechos fundamentales, acudiendo a dos argumentaciones vinculadas y contradictorias que justificarían esta “construcción”.

Por un lado, invoca una supuesta laguna u oscuridad y el principio de inexcusabilidad, según el cual el juez debería crear la norma para el caso concreto.

Y, por otro lado, señala paradójicamente que sí existe una norma clara en el Código Penal, pero que corresponde realizar el control difuso de su constitucionalidad. Pero en la Constitución no encontrará tampoco el enunciado normativo positivo que establezca el derecho a la eutanasia.

Esta “construcción” judicial de un “derecho”, en violación de una ley penal y de un derecho fundamental como el derecho a la vida, contraría la separación de poderes y el estado de Derecho.

La sentencia hace lo que dice que trata de evitar:

*“el Juez desarrolla interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir, o no acatar las leyes que dicta el legislativo; tal vez porque no las comparte, porque su moral o su ideología particular lo inclinan a una contradicción con las leyes vigentes...” (§ 77)<sup>1</sup>.*

## 3. Pretende derivar el derecho a la eutanasia de la dignidad inherente de todo ser humano, y concluye negando esa dignidad.

A partir de

*otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona (...), se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa... (§ 149).*

1 En adelante, las citas a la sentencia se harán sólo con el número de párrafo corrido que ella emplea a partir del capítulo “II. FUNDAMENTOS DE HECHO.” El texto irá en cursiva y se indicará el número de párrafo con el signo “§” seguido del número correspondiente.

Pretende primero deducir el derecho a disponer de la propia vida (“derecho a la eutanasia” o “a una muerte digna”) a partir del principio de la dignidad inherente de todo ser humano.

Nos detendremos ahora en el análisis de esta argumentación, porque es la cuestión central. Después continuaremos con una descripción más resumida de la consiguiente fundamentación de la sentencia.

En realidad, como veremos, este principio fundamental de la dignidad llevaría a concluir lo contrario: el carácter inherente del derecho a la vida y, por lo tanto, su irrenunciabilidad e inviolabilidad o carácter absoluto.

En los hechos, la sentencia terminará admitiendo que los casos en que afirma que habría un derecho a la eutanasia son precisamente situaciones en las que se considera que la vida humana no es digna, quebrando por tanto el principio de la igual dignidad inherente de todo ser humano.

### 3.1. ¿Qué es el derecho a la dignidad?

#### 3.1.1. Lo que dice la sentencia

La sentencia no dice con claridad qué significa “derecho a la dignidad”.

Se habla del “respeto a la dignidad” de la “persona humana” como “fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1 de la Constitución peruana: Perú, 1993).

Se afirma que, si bien

*la dignidad, como derecho, se ha tomado principalmente desde la óptica de la razón, sin embargo, este derecho, es tan inherente al ser humano que son tan dignos aquellos que poseen razón, como aquellos que la han visto afectada, por alguna discapacidad; fundamento que es recogido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; no sin reconocer que la razón, es la medida o referencia del uso del derecho a la dignidad, la autonomía, la libertad y muchos otros derechos, pues solo en el momento que se es consciente de todo ello, puede el ser humano hacer uso total y efectivo de estos derechos, pero que debe promoverse el uso y defensa de la autonomía, también de las personas con discapacidad. (§ 179)*

Y se concluye que “Ana Estrada” “seguirá siendo digna para todo efecto en nuestra sociedad y el Estado, más allá de su discapacidad y aún de la eventual pérdida de su raciocinio” (§ 179).

Si la explicación terminara aquí, podría colegirse que la dignidad es una cualidad inherente a todo ser humano, que lo constituye en fin supremo de la sociedad y del Estado. Por ser una cualidad inherente a la condición humana, sería objetiva: común a todo ser humano, “por ser humano”<sup>2</sup>. Ello determinaría que la sociedad y el Estado deben tener como fin supremo a todo ser humano: es decir, que deben valorarlo como fin, no como un medio que vale según una finalidad según la cual se lo valora. Esta es la noción de dignidad que surgiría del texto constitucional.

2 Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2014), “inherente” es un adjetivo que significa: “que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello.”

También se agrega una noción sobre qué es lo específico del ser humano: su racionalidad. Y se aclara que esta racionalidad es considerada como potencialidad propia de la especie humana: si alguien pertenece a una especie racional, aunque en ese momento no esté actualizando esa potencialidad (quienes han visto el ejercicio de su razón afectado por alguna discapacidad, o aún no han llegado al grado de desarrollo que les permita tal ejercicio), es humano, tiene dignidad humana. Es racional la especie animal a la que pertenece, por más que esa persona concreta no tenga uso efectivo de su razón.

Hasta aquí, la sentencia es plenamente compartible. Pero sorprende cómo continúa su razonamiento.

Después de afirmar que Ana Estrada seguirá siendo digna, aunque pierda su raciocinio, afirma:

*Pero, en la medida que su razón es el referente o medida de sus derechos, debe reconocerse también su autonomía y su autopercepción de su dignidad, pues la dignidad, si bien es inherente a la persona, desde el derecho y desde el respeto de la sociedad, es también un bien que debe ser percibido por la propia persona, que debe ser dirigido por ella misma para que realmente exista. (§ 179)*

¿Qué significa que su razón es el referente o medida de sus derechos? ¿Y cuál sería el objeto de este “derecho a la dignidad”? La primera cuestión la abordaremos a continuación y, la siguiente, al concluir el análisis que aquí comenzamos.

### 3.1.2. El concepto de dignidad inherente presente en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Es correcto afirmar que la razón humana es la regla o medida de los derechos, pues es en ella donde se descubre qué corresponde a cada persona como derecho y como deber. Pero la razón particular de cada uno no *crea* el derecho, sino que lo descubre (cuando puede descubrirlo); y, aunque no lo descubra (por ejemplo, porque no tiene desarrollado el ejercicio de su razón o porque el mismo está impedido por alguna incapacidad), sigue existiendo algo que le corresponde: por ley positiva o por ley natural (por su condición humana). Un bebe, un incapaz, no tienen autonomía como para auto percibir su dignidad y, sin embargo, como ésta es inherente a su condición humana, son dignos. Su dignidad existe realmente, aunque ellos no la perciban. Y los demás, que pueden percibir esa dignidad, “dotados como están de razón y conciencia”, tienen el deber de tratarlo como otro yo, fraternalmente, como alguien que es fin último de la sociedad y del Estado, como alguien digno, fin en sí, con un valor que no depende de la valoración que se haga de él, sino que, por ser lo más valioso, debe ser valorado.

Sí, la dignidad es “un bien que *debe ser* percibido por la propia persona”: tiene ese deber, en la medida en que tal percepción sea un acto libre. Si no puede, porque está impedido por el dolor o la enfermedad, no hará un acto libre, y por tanto, esa falta de percepción de su dignidad no será un acto indigno. Pero la sociedad en su conjunto, y quienes, como el médico, no están condicionados en su percepción, saben que es humano y, por tanto, digno; y en consecuencia, tienen el deber de respetar su dignidad y derechos humanos.

Este concepto de dignidad como inherente a la condición humana, y no dependiente del concreto ejercicio de la razón, es el que está presente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 1° señala que “es persona todo ser humano” (OEA, 1969), el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) que señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, y reconoce que, “dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Es decir: todos los seres humanos están dotados de razón y conciencia: ya cuando nacen (aunque no tienen ejercicio de su razón y conciencia); y tienen una igual dignidad esencial, y por eso, iguales derechos derivados de esa condición humana. Luego, el uso de su razón y conciencia es lo que les permitirá descubrir que los otros humanos son iguales (hermanos), y que, por eso tienen deberes hacia los demás, que se corresponden con aquellos derechos.

Así, pues, la dignidad no es un derecho, sino el fundamento de la obligatoriedad de todo derecho: como cada ser humano, por serlo, es fin supremo de la sociedad y del Estado, *debe ser* valorado, respetado. De este deber de respeto y valoración surgen todos los *deberes*: en la medida en que cada persona necesita de la sociedad (de los demás) para poder desarrollarse plenamente, los demás deben valorarlo haciendo las acciones y omisiones que sean necesarias para que cada persona pueda lograr ese desarrollo, en la medida de su necesidad y según la capacidad y posición relativa del obligado. Según, entonces, esa medida y en virtud de esa dignidad es que surgen los derechos subjetivos (lo que uno recibe de los demás) y los deberes correspondientes (lo que debe hacerse por ellos).

Todo ser humano, por serlo, es digno: tiene una dignidad inherente, intrínseca, esencial; y por ser digno, tiene derechos; y, frente a él, las demás personas tienen los correspondientes deberes. No hay un derecho subjetivo determinado, sin un concreto deber de todos o de determinadas personas.

Las acciones conscientes y libres siempre están guiadas por el deber de respetar esa dignidad propia y de las demás personas. Cuando respetan esa dignidad, respetan los derechos que derivan de ella. Y, en ese sentido, también las acciones son dignas: adecuadas a esa dignidad sustancial de la persona. Pero también podrían ser acciones indignas: aquellas que no respetan esa dignidad, al no respetar los derechos-deberes que emergen de ella.

La primera acción digna (acorde con la dignidad) es la de reconocer esa dignidad: si no se percibe la dignidad, no se puede valorar al sujeto digno, ni actuar en consecuencia (cumplir con los deberes correspondientes a sus derechos).

La dignidad esencial, inherente, no se pierde: mientras se sea humano, se es digno. Pero las acciones conscientes y libres pueden ser indignas, no reconocer esa dignidad. Si alguien, libremente, desconoce la dignidad de otra persona, ésta no deja de ser digna, pero aquél no respetó su dignidad, no se comportó humanamente (“fraternalmente”, como dice la Declaración Universal de Derechos Humanos -en adelante, DUDH): lo indigno es la acción de quien incumple su deber, no la persona cuyo derecho es violado.

### 3.2. ¿Cómo se deriva el “derecho a la eutanasia” a partir de la “dignidad”? (Análisis crítico).

Seguidamente, la sentencia hace un razonamiento de difícil intelección:

*Así, la discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, mas no en la faz externa; por consiguiente; debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. (§ 179).*

Si se parte de que la dignidad es “inherente al ser humano”, no se entiende por qué, *el hecho de que alguien no perciba su dignidad podría determinar que esa dignidad realmente no exista. Y, por consiguiente, no se entiende que pueda concluirse que “debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica”.* Analicemos los pasos de este razonamiento confuso e incorrecto:

#### 3.2.1. Primer paso: la discapacidad, la enfermedad y el sufrimiento pueden condicionar y hasta determinar fácticamente la percepción de la propia dignidad

Se parte de la afirmación de un hecho real: la discapacidad y el sufrimiento causados por esa incapacidad o por la enfermedad pueden condicionar y hasta determinar fácticamente la percepción de la propia dignidad.

Se aclara que esa percepción es un hecho subjetivo: que se da en el interior del sujeto.

Hasta aquí, estamos de acuerdo. No está en discusión que, en el plano *fáctico* (en el plano de lo que *en los hechos sucede*), se da esta autopercepción de indignidad, y que la *causa* o *concausa* de este hecho es otro hecho: la discapacidad, y el sufrimiento causado por ella o por la enfermedad. Y tampoco está en discusión que esta percepción se da en la subjetividad, en el interior de esa persona.

#### 3.2.2. Segundo paso: se afirma que la dignidad debe ser percibida por la propia persona para que realmente exista

##### 3.2.2.1. ¿Sería entonces una dignidad inherente al ser humano?

Aquí ya no estamos de acuerdo. Esta es una afirmación opuesta a la formulada antes: la dignidad es inherente al ser humano. Y se aclaró que, *“son tan dignos aquellos que poseen la razón, como aquellos que la han visto afectada por alguna discapacidad”* (§ 179). Reiteramos: si la dignidad es inherente al ser humano, si, como dice el artículo 21 del Código Civil “Son personas todos los individuos de la especie humana” (Uruguay, 1994, octubre 19), entonces, si alguien es ser humano, es “persona”, no “cosa”. Si es humano y no se autopercebe como “digno”, como *“fin supremo de la sociedad y del Estado”* (como señala en su artículo 1º la Constitución peruana -Perú, 1993), no por ello deja de ser digno, un “fin en sí”. Y lo es, para toda la sociedad y para él mismo.



### 3.2.2.2. ¿Sería “dignidad” = valor absoluto, intrínseco?

Como explica Kant (2012), que cada ser humano sea persona significa que “*no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la dignidad*” (p. 44). Las “cosas” tienen un valor relativo o “precio”: su valor depende de que sean valoradas para otros fines; las personas, en cambio, tienen un valor absoluto o “dignidad”: generan, en las personas, el deber de valorarlas como fines, no como medios para otra finalidad. Las cosas valen porque son valoradas; las personas *deben ser* valoradas porque valen, con un “valor interno absoluto” o “dignidad”.<sup>3</sup>

Si hay una realidad digna, ésta *debe ser* valorada por quienes tienen la capacidad de entender esa realidad (conocer, con su razón, que ese ser es *digno* porque es *humano*) y de actuar libremente en relación con ella, valorándola según su dignidad.<sup>4</sup> Alcanza con ver a un ser humano, para saber que es humano y que hay que valorarlo.<sup>5</sup>

### 3.2.2.3. Dignidad, libertad y deber

El deber emerge, como de su fuente, de la dignidad, a través de la inteligencia que descubre que está ante un ser *digno* y que, por ello, en el juicio de la conciencia, indica a la propia persona, a su voluntad, que, en su actuar libre, *debe* valorar a ese ser porque es un valor o fin supremo.

El deber es inherente a las acciones libres: soy libre porque mi inteligencia me indica cómo *debo* actuar, porque descubre que *yo* y *las demás personas* somos dignos: por serlo, la razón, en el juicio de la conciencia, me señala que *debo* hacer aquello que sea conveniente para conservar y desarrollar mi ser y el de las demás personas, y que *no debo* hacer aquellas acciones que me (o los) perjudiquen. Si no tuviera inteligencia, o si no pudiera descubrir que yo soy digno (que debo elegirme como fin) y no pudiera saber qué acciones son convenientes para desarrollarme, no podría ser libre: no podría moverme a mí mismo a actuar, porque no tendría el móvil, la fuerza motriz, para hacerlo.

Claro que, quien no se perciba a sí mismo o a los demás como dignos, no se sentirá obligado por esa dignidad. Es más: si no percibe a los demás como dignos, no puede entender que los demás tengan derechos (que son la concreción o expresión de esa dignidad), ni que él tenga deberes correspondientes a esos derechos. Y si no percibe su

3 “...el hombre, considerado como persona (...) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, incluso para sus propios fines, sino como fin en sí mismo, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él a todos los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad” (Kant, 2008, p. 298, énfasis añadido).

4 Por eso, como vimos, la DUDH señala en su artículo 1º, como presupuesto de los deberes, el hecho de que los hombres son “iguales en dignidad y derechos”, y la capacidad de éstos tienen de descubrir esa igual dignidad y derechos, pues están “dotados” “de razón y conciencia”.

5 A propósito de la redacción del artículo 1º de la DUDH, se destacó el carácter social y empático del ser humano. El representante chino en el comité redactor, Chang, veía que era necesario, para superar la influencia del individualismo y clarificar cómo se conocen los derechos humanos, emplear alguna expresión similar a la de la filosofía de Confucio “*ren*”: algo semejante a lo que sería la “*empatía*”, por la que se tiene “*conciencia de un ser humano como yo*”, y que Chang consideraba que es un atributo esencial del ser humano. Finalmente, señaló: pienso que la palabra ‘conciencia’ (...) podría ser un buen término. (...) Sugeriría una más cercana a ‘*empatía*’, que incluya tanto una buena voluntad hacia los semejantes, como que también signifique el carácter innato con el que nazca en el hombre. Mientras encuentre una mejor, aceptaré ‘conciencia’ (Malik, Charles Habib, *The Challenge of Human Rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, ed. Charles Habib Malik, Oxford, Charles Malik Foundation, 2000, p. 70)” (Pallares, 2020, p. 215).

propia dignidad, no podrá entender que tiene derechos (que expresan esa dignidad) ni que los demás tengan los correspondientes deberes hacia él.

Y, como carecerá del móvil de la propia dignidad, carecerá también de libertad. No hay nadie menos libre que aquel que considera que no vale nada. ¿Qué puede elegir, como un medio para él, si él no vale, si él mismo no es un fin? De allí que es muy dudoso que sea libre y, por tanto, culpable, imputable, quien no se considera humano, persona, digno.

En este sentido, podría entenderse la afirmación que estamos criticando: “*la dignidad debe ser percibida por la propia persona para que realmente exista*”, pero agregamos: para que exista como una realidad operativa, como un móvil del actuar humano. Pero es una afirmación casi tautológica: la dignidad debe ser *percibida* por el propio sujeto libre, para que exista como *realidad percibida* y, por tanto, para que puede operar como móvil de su actuar, en ese sujeto libre.

#### 3.2.2.4. Distintos sentidos y ámbitos de la dignidad, la libertad y el deber

Estamos en el plano de la motivación interna del actuar, que es el plano propio de la ética. En el plano del derecho, que también regula las acciones libres, no se consideran éstas desde la perspectiva del mismo sujeto que actúa (de lo que es conveniente para su desarrollo), sino desde la perspectiva de las otras personas, a quienes esa persona necesita y que, a su vez, necesitan de ella para lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades. (Éste es el fin inmediato de toda sociedad: el bien común, o conjunto de condiciones para que todos y cada uno de sus miembros puedan desarrollarse plenamente como persona<sup>6</sup>). La persona no es una mónada aislada y autosuficiente, es un ser social, que se realiza socialmente, dando y recibiendo. Precisamente porque es un ser único, insustituible, con un valor supremo, de dignidad, es fin de la sociedad y del Estado; pero esta sociedad o Estado es el conjunto de todos esos seres iguales en dignidad que, por ello, *deben* valorarse recíprocamente como tales: son seres con *deberes* recíprocos y, por tanto, con *derechos* recíprocos.

En este plano de las acciones libres en las que se afectan los deberes y derechos recíprocos, el criterio con el que se juzgan tales acciones no es la conveniencia de una acción al propio sujeto que actúa (su bondad o maldad ética), sino el valor social de la misma. Se considera la acción en su aspecto más objetivo, en lo que sirve o perjudica al fin de la sociedad: al bien común: a esas condiciones requeridas para que todos y cada uno puedan lograr su pleno desarrollo. Una acción *debida* jurídicamente, es una acción que corresponde al bien común: una acción *justa*: que es *debida* como carga de lo que una persona debe hacer para ese bien común de la sociedad, y que corresponde a otros como *derecho*, como la parte en que ese bien común beneficia a ese sujeto o al conjunto de la sociedad.

En este plano jurídico, la dignidad requerida para tener derechos es la dignidad objetiva, la que surge de la mera condición de ser humano. Si es humano, es sujeto de derechos: tiene todos los *derechos humanos*. Es lo que afirma categóricamente el artículo

6 Decimos fin “inmediato”, porque el fin “mediato” o último es cada persona (como bien señala el artículo 1° de la Constitución peruana: Perú, 1993). Pero como el ser humano es esencialmente libre, la sociedad no puede tener como finalidad desarrollarlo, pues sólo se desarrolla humanamente si lo hace libremente. Por eso, la finalidad de la sociedad es crear las condiciones para que pueda desarrollarse libremente.

1° del Pacto de San José de Costa Rica: “persona es todo ser humano” (OEA, 1969). Que se auto perciba o no como digna, no cambiará su condición de persona, no cambiará su *estatus jurídico*: su posición relativa respecto de los demás miembros de la sociedad. Seguirá siendo “sujeto de derechos”, no “objeto de derechos”: seguirá siendo “persona”, no “cosa”. Tendrá dignidad, no precio. Tendrá, para la sociedad, un valor absoluto, no relativo: deberá ser valorada por ser lo más valioso; no tendrá valor según que sea valorada o no valorada, con mayor o menor intensidad, por muchos, o por pocos, o por nadie: todos *deben* valorarla, aunque, *de hecho, fácticamente*, no la valoren.

Como se ve, hemos distinguido diferentes sentidos y diferentes planos en los que se habla de “dignidad”:

- Un *sentido sustantivo o principal*, por el que el término “digno” se aplica al *sujeto digno*: en este sentido, se afirma que cada ser humano tiene una dignidad inherente. Y un *sentido derivado* de éste, por el que el término “digno” se aplica a las *acciones libres que respetan la dignidad* del sujeto digno.
- Un *plano ontológico, real u objetivo*. En este plano, es digna, en sentido propio, una realidad que *es* de determinada manera: el *ser humano*; a este *modo de ser* se le aplica el término “digno” porque, por tener ese modo de ser, esencia o naturaleza (es decir, de modo inherente o intrínseco), *es un ser digno* (tiene el estatuto o categoría ontológica de *persona*): es lo más valioso, o un valor o fin supremo para la sociedad.
- Un *plano lógico, perceptivo o subjetivo*: es la percepción racional de esa realidad ontológica a la que, en sentido principal, se le aplica el término “dignidad”. Este plano de la percepción se regula por el plano de la realidad: si se ajusta a lo real, la percepción es verdadera. Pero es posible, fácticamente, que no se ajuste: que un ser digno (que es el único que puede percibir la realidad y juzgar si tal percepción se ajusta o no a aquella) no perciba su dignidad. A esta representación o percepción de la dignidad se la denomina “dignidad auto percibida”.<sup>7</sup>
- Un *plano ético*: refiere, en primer lugar, al sentido derivado del término “digno”: se predica la cualidad de “dignas” a aquellas acciones conscientes y libres que respetan la dignidad ontológica de las personas: la del propio agente y la de las otras personas a las que esas acciones pueden afectar. Este plano supone la existencia del primero, y la posibilidad fáctica del segundo: si la persona no fuera realmente digna, no habría deber de valorarla como tal; y, si una persona no puede percibirse a sí misma o a los otros como dignos (por ejemplo, porque no tiene desarrollada su inteligencia, o está impedida en su ejercicio), no puede verse obligada internamente por ese deber ético de respetar esa dignidad en sus acciones libres. También en la ética se habla de la dignidad en sentido propio: de la dignidad del sujeto ético. En este caso, coincide con el concepto ontológico de dignidad. Es el presupuesto real u ontológico de la ética, pues no puede haber acciones libres (que es la realidad regulada por la ética) si no hay un sujeto capaz de acciones libres, es decir, una persona, un sujeto digno.

<sup>7</sup> En la medida en que la percepción sea libre, será una acción que puede juzgarse como digna o indigna desde el punto de vista ético (siguiente sentido). Es indigno (contrario al deber ético que surge de la dignidad de la persona) el juicio por el que libremente se desconoce la dignidad de una persona.

- Un *plano jurídico*: se aplica el término “digno”, en sentido principal, a los seres humanos, en cuanto “sujetos de derechos” (o “persona” en sentido jurídico), porque, por el sólo hecho de ser humanos, tienen un valor supremo según el cual las demás personas tienen un deber y, por eso, ellos tienen derechos. El deber es el de valorar o querer que esas personas sean y que sean todo lo que pueden ser, y el de hacer (acciones u omisiones) lo que necesiten para ello. El primer deber (para todos) será un *no hacer*: el deber de no matar a esa persona, de no perjudicarla, de dejar que se desarrolle libremente. Los deberes de hacer, en cambio, se tendrán según la posición relativa de cada persona (los padres, por ejemplo, deben alimentar y educar a sus hijos, quienes hayan acordado una prestación a favor de una persona, deben cumplirla, y la sociedad debe actuar para que se concreten y cumplan esas necesidades de cada uno - que constituyen sus derechos-, por parte de quienes tengan el deber correspondiente). Estas acciones u omisiones son debidas por los demás como parte de su aporte al bien común, fin de la sociedad. Y esas mismas acciones u omisiones debidas son derecho para ese sujeto, como parte de lo que le corresponde -como beneficio- del bien común de la sociedad. El fin de la sociedad es crear las condiciones para el pleno desarrollo de todos sus miembros, porque cada uno de ellos es el fin supremo de la sociedad, porque tiene ese valor supremo inherente: porque tiene dignidad de persona. Y como la sociedad está formada por todas las personas, todas ellas son el fin de la sociedad (tienen una dignidad en la que se fundamentan sus derechos) y, a la vez, todas ellas, en sus acciones libres, tienen deberes con los que cumplen el derecho de los demás, respetan la dignidad de los demás, poniéndolos como fin de la sociedad.

También en el plano jurídico, el término digno se aplica, en sentido derivado, a las acciones libres, en la medida en que respetan la dignidad personal. Es decir: las acciones libres son dignas jurídicamente, cuando respetan los derechos que expresan la dignidad de las personas, lo que corresponde a ellas por ser dignas. Es indigna, contraria a la dignidad de la persona sujeto de derechos, la acción que no respeta esos derechos. Toda acción libre contraria a un derecho es una violación a la dignidad jurídica de la persona, a lo que a ésta corresponde como tal. No es, por tanto, un ejercicio del derecho a la libertad, sino una violación de derecho, violencia antijurídica. Como analizaremos en el apartado correspondiente a la libertad, ésta no sólo *debe* respetar los derechos ajenos, sino también aquellos derechos propios que, por ser expresión de la dignidad del agente, por derivar de su condición humana, son irrenunciables. Éstos no sólo corresponden a su directo beneficiario, *como derecho*, sino también a la sociedad, *en cuanto* ésta tiene el *deber* de regir las conductas hacia el bien común, haciendo que se cumplan los derechos que forman parte esencial de ese bien común. Que se respete la igual dignidad de todas las personas no sólo es en interés o beneficio de esa persona, sino de toda la sociedad que requiere, como primer condición y regla para su existencia y para lograr ese bien común, que se ordene respetar esa igual dignidad, y que se hagan cumplir, en la medida posible, los deberes que esa dignidad exige.

En el plano jurídico, la **dignidad** tiene una **dimensión externa o relacional**. Es el fundamento de todas las relaciones sociales, y de la existencia misma de derechos y deberes que configuran esas relaciones. La dignidad es el fundamento del derecho, en dos sentidos.

- En primer lugar, *el derecho supone una relación entre sujetos con igual dignidad, para que pueda darse esta recíproca correspondencia de derechos y deberes: la dignidad del otro es aquí también el fundamento del que emerge el deber de uno; y a su vez, el deber presupone la existencia de un sujeto inteligente y libre que puede conocer la dignidad del otro y la propia dignidad, para sentirse obligado por ese deber. Si no fueran personas (dignos) no podrían tener derechos ni deberes: ni positivos, ni naturales.* El hecho de ser persona, **la dignidad de persona, es el fundamento de todos los derechos:** es el supuesto que posibilita tener derechos y deberes.
- Y a su vez, esa igual dignidad inherente a la condición humana determina que tengan iguales derechos inherentes a esa condición. **El hecho de ser persona (ser humano) es el título que otorga todos los derechos inherentes a la condición humana,** y los correspondientes deberes. Todo ser humano, y la sociedad en su conjunto (el Estado) tienen el deber de respetar la condición de persona: la dignidad y los derechos humanos que expresan esa dignidad. Por eso la persona es el fin de la sociedad y del Estado. Éste no otorga esos derechos, porque son inherentes, intrínsecos a la condición humana: sólo los reconoce, y tiene el deber de respetarlos y garantizar su cumplimiento.

Como el derecho es una relación entre sujetos, la *dignidad* que los vincula es considerada *en su faz externa*: en la perspectiva del otro que queda obligado por la dignidad de su semejante. En este sentido, estamos de acuerdo con la afirmación de la sentencia: que alguien no se perciba como digno sólo afecta a la autopercepción de la dignidad (a la dignidad en el plano lógico; e incluso, por lo dicho respecto a la falta de libertad que ello podría implicar, a su incidencia en el plano ético), pero no afecta a la dignidad en su faz externa: en el plano del derecho, que es el plano relacional, los otros seguirán con el mismo deber que surge de esa dignidad objetiva u ontológica, que ellos sí pueden percibir y por la que sí están obligados ética y jurídicamente.

### 3.2.3. Tercer paso: salto del plano fáctico perceptivo al plano preceptivo-normativo, de la “faz interna” a la “faz externa” de la dignidad.

La sentencia, luego de afirmar que la discapacidad y el sufrimiento causado por ella o por la enfermedad pueden afectar la dignidad en su faz interna, es decir, *“sólo en su faz de la autopercepción, mas no en la faz externa”*, da un salto sin fundamento lógico, afirmando que: *“por consiguiente, debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica”* (§ 179).

En este razonamiento hay varias falacias y contradicciones.

#### 3.2.3.1. Salto del plano fáctico al normativo

Primera falacia: desde la perspectiva normativa, tanto jurídica (ámbito de las acciones externas) como ética (que comprende las acciones internas además de las externas), lo que se *debe hacer* no depende de lo que, en los hechos, se haga: del plano meramente fáctico, no se puede deducir un *deber ser*.

Sólo de la percepción de un modo de ser en el que se encuentre ínsita una finalidad, puede derivarse un precepto, un mandato de la inteligencia a la voluntad. La percepción de un ser como digno (como valor máximo) implica percibirlo como fin, y por eso, de ella se deriva un precepto; la percepción de sí mismo como fin, es lo que permite tomarse a sí mismo como fin de su acción y, por tanto, dominar sus acciones, dirigir las, autodeterminarse a partir de ese fin propio, que es en lo que consiste la libertad. Sin percepción de la dignidad, no hay espacio alguno para la libertad.

Si yo no percibo mi propia dignidad y **quiero matarme**, atento contra mi dignidad en su fase interna, en el *ámbito de la ética*. Por su objeto, esa acción interna es contraria a mi dignidad (justamente, implica rechazar mi carácter de ser digno). Por su objeto, por lo que se elige con esa acción, no es una acción ética, conveniente a lo que yo soy (ser humano). El querer matarme es una acción indigna desde la perspectiva ética.

Querer matarse no es manifestación de la propia dignidad, sino de lo contrario: de que uno considera que no es digno.

Así lo explica Kant (2008): “El hombre no puede enajenar su personalidad mientras haya deberes, por consiguiente, mientras viva; y **es contradictorio estar autorizado a sustraerse a toda obligación...**” (p. 282, énfasis añadido). Es más, señala que, **si fuera lícito el suicidio, caerían todos los deberes, caería la propia moral:**

**Destruir al sujeto de la moralidad en su propia persona es tanto como extirpar del mundo la moralidad misma** en su existencia, en la medida en que depende de él, moralidad que, sin embargo, es fin en sí misma; por consiguiente, **disponer de sí mismo como un simple medio para cualquier fin supone desvirtuar la humanidad en su propia persona** (homo noumenon), a la cual, sin embargo, fue encomendada la conservación del hombre (homo phaenomenon).” (Kant, 2008, pp. 282-283, énfasis añadido)

Y aclara que el hombre “**no debe renunciar a su dignidad**, sino mantener siempre en sí la conciencia de la sublimidad de su disposición moral, y **esta autoestima es un deber del hombre hacia sí mismo**” (Kant, 2008, 299, énfasis añadido).

También señala Kant (2012):

**Alguien que** por una serie de infortunios quede sumido en la **desesperación** y experimente un hastío hacia la vida todavía se halla con mucho en posesión de su razón como para poder preguntarse a sí mismo si acaso no será **contrario al deber para consigo mismo arrebatarse la vida**. Que compruebe si la máxima propuesta para su acción pudiera convertirse en una ley universal de la naturaleza. Su máxima sería ésta: “En base al egoísmo adopto el principio de abreviarme la vida cuando ésta me amenace a largo plazo con más desgracias que amenidades prometa”. La cuestión es si este principio del egoísmo podría llegar a ser una ley universal de la naturaleza. Pronto se advierte que una naturaleza cuya ley fuera destruir la propia vida por esa misma sensación cuyo destino es impulsar el fomento de la vida se contradiría a sí misma y no podría subsistir como naturaleza, por lo que aquella **máxima no puede tener lugar como ley universal** de la naturaleza y por consiguiente contradice por completo al principio supremo de cualquier deber. (p. 127, énfasis añadido)

### 3.2.3.2. Salto de la faz interna (autopercepción) a la externa (plano jurídico)

Segunda falacia: si la autopercepción sólo afecta la dignidad en “su faz interna”, no en la “faz externa”, no se entiende por qué debería incidir en el ámbito jurídico.

La dimensión jurídica de la libertad, como vimos, refiere a la faz externa de la dignidad: un acto libre, para que sea un derecho (un ejercicio de la libertad como derecho), debe respetar la dignidad, debe respetar los derechos que expresan esa dignidad. Los derechos expresan todas las acciones u omisiones que corresponden a una persona, en cuanto *debidas*; y son *debidas* porque son acciones libres que respetan esa dignidad: porque valoran a ese ser como lo más valioso, como digno.

En la medida en que la decisión interna de querer matarse se convierta en una **acción externa de darse muerte**, y más aún **si solicita a otro que le dé muerte o lo ayude a darse muerte**, se pasa del *plano* sólo ético al plano *jurídico*. En este caso, se atenta contra la dignidad como fundamento de los derechos y los deberes correspondientes a esos derechos (deberes jurídicos).

### 3.2.3.3. Se considera digno tratarse como cosa indigna

Por último, se incurre en una clara contradicción.

La disposición de sí mismo, en el sentido de no valorarse como fin supremo y, consecuentemente, auto eliminarse como “cosa” sin valor, puede responder a una libertad fáctica, pero no a una libertad ética o jurídica. Tanto la ética como el derecho exigen al acto libre el respeto a la dignidad personal; y el *tratarse como cosa disponible*, descartable, desechable, sin valor, *es lo contrario a respetar la dignidad*.

Es verdad que, en muchos casos, hay una libertad fáctica para darse muerte, y también para solicitar a otro que le dé muerte o lo ayude a darse muerte, y también para que este otro lo haga. Este “espacio de disposición” para el “uso de su libertad fáctica” existe, y no es posible evitarlo de modo absoluto.

Pero no hay ningún fundamento en la dignidad de la persona para que *deba existir* ese “espacio de disposición”: ni en el plano ético, ni en el plano jurídico. La dignidad exige lo contrario: que se *deba* valorar la propia vida, el propio ser, la persona, su existencia, como lo más valioso, como “fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Por lo tanto, esa dignidad exige, desde el punto de vista ético, que uno tenga el *deber de querer su existencia, querer su ser, querer ser y querer ser todo lo que pueda ser, según su esencia o naturaleza* (que es la de un ser mortal). Por eso, el deber de querer vivir es el primer deber ético: querer vivir hasta la muerte natural. No se debe querer matarse ni que otro lo mate, porque implicaría no querer vivir hasta la muerte natural, implicaría negar la dignidad, al querer que alguien (yo u otro) no valore mi ser, mi existencia, mi vida, al punto tal de querer que no exista.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Como ya señalamos, este deber ético se nos presenta a través de nuestra inteligencia, que descubre la propia dignidad, ve qué acciones son convenientes a la propia naturaleza, para desarrollar sus potencialidades, y por eso, impera a la voluntad, de modo vinculante, a hacer lo conveniente y a no hacer lo inconveniente a tal naturaleza. Por eso, si la inteligencia no tiene la posibilidad fáctica de descubrir su dignidad o las acciones que son convenientes a su naturaleza, propiamente no habrá acción libre y, por lo tanto, ese querer no será libre ni, consiguientemente, éticamente imputable.

Y, desde el punto de vista jurídico, la dignidad de la persona, el hecho de que, por ser humana sea persona en sentido jurídico (titular de derechos), determina el deber de todo ser dotado de razón y conciencia de valorarlo como digno, como fin último de la sociedad y del Estado, fin que se debe respetar en todas las acciones conscientes y libres. Y el primer deber será el de un no hacer: no matar, porque no es posible querer o valorar algo y querer que no sea, y hacer algo para que deje de ser. Y por eso, el primer derecho será el correspondiente derecho a seguir viviendo hasta la muerte natural.

### 3.2.4. Crítica: el derecho a una muerte digna es el mismo derecho a la vida.

¿Hay, entonces, un derecho a una muerte digna? Sí: es parte del derecho a la vida. Si el derecho a la vida es el derecho a vivir hasta la muerte natural, la muerte natural es parte esencial del derecho a la vida. Es el derecho a morir sin que me maten. Porque si hay alguien que me da muerte mediante un acto voluntario, con ese acto voluntario estaría queriendo mi muerte, que es lo mismo que querer que no viva, no querer mi vida, no querer mi existencia, mi ser: alguien que no me estaría valorando como lo más valioso, que me estaría tratando no como persona, sino como cosa, y como cosa que nadie valoraría, que tendría, entonces, un precio inferior a “0”: no valdrían la pena los esfuerzos, los gastos, las molestias o el sufrimiento que deberían hacerse para que yo siga existiendo. Sería cosa sin valor, desechable, descartable.

Obviamente, esa percepción de mi vida, de mi ser, como algo sin valor, sin dignidad, sería una percepción errónea: ontológicamente, objetivamente, realmente, yo seguiría siendo un *individuo de la especie humana* (artículo 21 de nuestro Código Civil: Uruguay, 1994, octubre 19), un *“ser humano”* (como dice el artículo 1º del Pacto de San José de Costa Rica: OEA, 1969), y, entonces, como tal, sería *“persona”*, tendría todos los *“derechos inherentes a la personalidad humana”* (artículo 72 de la Constitución uruguaya: Uruguay, 1967); y si tengo todos los derechos humanos, ello se fundamenta en que los demás tienen el deber de respetar todos esos derechos, tienen el deber de valorarme porque *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* (DUDH, art. 1º): todos tienen la misma *“dignidad intrínseca”*<sup>9</sup> y *“derechos iguales e inalienables”* (DUDH, Preámbulo), por lo que tal dignidad y derechos no podrán perderse, mientras siga siendo ser humano.

Como se ve, no es una opinión más entre las múltiples visiones antropológicas que son admisibles en una sociedad democrática pluricultural. Como señala el Preámbulo de la DUDH:

- *“el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”* es la *“base”* de *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo”*;
- *“el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”*.

9 Intrínseca significa que tal dignidad les corresponde por su esencia, por ser seres humanos. Es el sentido que señala el Diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2014) respecto al adjetivo “intrínseco, intrínseca”: *“Íntimo, esencial.”*



- Es el conjunto de “*los pueblos de las Naciones Unidas*” quien ha reconocido (no creado), estos derechos, y ha proclamado “*su fe en los derechos fundamentales del hombre*” y “*en la dignidad y el valor de la persona humana*” que está en la base de esos derechos, como fuente de su obligatoriedad.
- Es esta comunidad internacional la que ha proclamado “*una concepción común de estos derechos*”, a pesar de la multiplicidad de culturas, creencias, convicciones religiosas, filosóficas, jurídicas y políticas de quienes participaron en la redacción y aprobación de esa declaración.
- Son ellos quienes han considerado que es “*esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho*”.

No es una opción válida, respetuosa de los derechos humanos, la opción de un Tribunal o de un Legislador que considere que hay vidas (seres humanos) a las que está prohibido matar, que tienen un derecho a la vida absoluto e irrenunciable, tutelado por la ley, consideradas como valores fundamentales de la sociedad y por eso protegidas por la ley penal en los delitos de homicidio y asistencia al suicidio..., y otras vidas (otros seres humanos) respecto a las cuales la ley otorga un permiso para que puedan ser matados o ayudados a darse muerte, cuyo derecho a la vida es relativo (depende de que ellas se valoren) y renunciabile, que quedan desprotegidas por la ley, que no se consideran valiosas para la sociedad y, por ello, es justificado el homicidio y la ayuda al suicidio si previamente renunció a vivir... A los que menos protección necesitan, se los protege; a los más vulnerables, a los “*eutanasiables*” (con enfermedades terminales, o con una incapacidad o un gran sufrimiento físico o moral), a los más necesitados de ayuda, alivio, protección, valoración, compañía, a quienes tienen condicionada la percepción de su dignidad por el sufrimiento y la enfermedad..., se los desprotege; la sociedad -a través de la ley-, en vez de hacerles sentir la valoración que necesitan, acrecienta su autopercepción de disvalor señalándoles que, para la sociedad, su ser, su existencia, su vida...no vale nada, y menos que nada: se la puede descartar, eliminar... sólo hace falta que él acepte que no vale nada y solicite ser eliminado.

Está en juego la noción misma, el reconocimiento mismo de los derechos humanos. Si un ser humano no tiene derecho a la vida, primer derecho humano, es porque no existen derechos humanos, derechos *de todos los seres humanos*, que obliguen a todos los seres humanos, a toda sociedad, Estado y comunidad internacional. Si una sociedad no reconoce este derecho humano fundamental no sólo a una persona sino a todo un grupo de personas (los “*eutanasiables*”), aun basándose en que es la mayoría de la sociedad la que considera que no existe tal derecho y el correspondiente deber respecto a estos casos (a estas personas), no por eso modificaría ese derecho humano: no puede la voluntad humana modificar la naturaleza humana, sólo puede no respetarla o respetarla; crearía un “*derecho positivo*” (puesto por la voluntad humana), contrario a un derecho natural, a un derecho humano. Como señala Spaemann (1998),

...la idea de derechos humanos se diferencia de la idea de derecho positivo precisamente porque determinaría aquel *mínimum* que es sustraído a la arbitrariedad de un poder legislador. Sin esta pre-positividad no tendría ningún sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser anulado en cualquier momento

por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merece en absoluto el nombre de derecho. (p. 82)

Tampoco dependen los derechos humanos de la propia voluntad del sujeto. A pesar de que él no se valore, no perderá su dignidad inherente: mientras sea humano, será digno. Y ello, justamente, es lo que determinará que la acción de darle muerte, la acción del legislador o la del juez por la que afirmen que es lícito darle muerte, y la acción de solicitud de eutanasia o asistencia al suicidio del propio “eutanasiable” sean indignas, contrarias a la dignidad de esa persona. (Con la salvedad que ya señalamos respecto a esta última acción: en la medida en que no sea una acción libre, no puede ser juzgada como digna o indigna).

Y es que la dignidad en sentido principal o sustantivo refiere a esa dignidad ontológica, inherente a la condición humana, que determina que un ser humano siempre será digno, siempre será persona, por el sólo hecho de ser humano; pero la dignidad, en sentido derivado, refiere a las acciones libres que respetan esa dignidad.

El morir, que es un verbo pasivo, puede ser producido por hechos no libres, o por acciones conscientes y libres en las que se procura dar muerte, quitar la vida. Obviamente, una acción libre, positiva, que tiene como finalidad inmediata (como objeto) quitar la vida, es contraria al deber de no matar, y al derecho de ese ser a seguir viviendo hasta la muerte natural. Será una acción contraria a la dignidad de ese ser, una acción que no tendrá como finalidad que ese ser sea, y que sea todo lo que puede ser según su esencia (que es lo que exige su dignidad). Será una acción violatoria del primer derecho y del primer deber derivados de la dignidad de la persona: el derecho a la vida y el deber de no matar. Será una acción contraria al primer principio de la vida social y democrática: la igual dignidad de toda persona, su carácter de fin último de la sociedad y del Estado.

Como señala la ley uruguaya de Derechos de los pacientes, hay un derecho a “morir con dignidad”, Ley 18.335, artículo 17:

Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros a: (...) D) Morir con dignidad, entendiendo dentro de este concepto el derecho a morir en forma natural, en paz, sin dolor, evitando en todos los casos anticipar la muerte por cualquier medio utilizado con ese fin (eutanasia) o prolongar artificialmente la vida del paciente cuando no existan razonables expectativas de mejoría (futilidad terapéutica)... (Uruguay, 2008, agosto 26)

Morir dignamente exige morir rodeado de acciones dignas: como primera condición, una omisión: no ser matado, morir de muerte natural (ello excluye la eutanasia y el suicidio); en segundo lugar, exige ser acompañado, ayudado, aliviado, valorado, respetado en las propias convicciones: ello excluye la futilidad terapéutica, y exige los cuidados paliativos.

La primera exigencia es absoluta: siempre es posible no hacer una acción libre que tenga como objeto, como finalidad, matar a un ser inocente. Si no fuera posible, no sería una acción libre. Es, como señala John Finnis (1992), un absoluto moral, pues “identifican

acciones incorrectas, no acciones correctas; son normas negativas que resultan válidas siempre y en toda ocasión” (p. 33).

Las otras, exigen un comportamiento positivo, según la posición relativa y la posibilidad del obligado. Sin duda, la sociedad, actualmente, tiene la posibilidad de prestar esa ayuda, acompañamiento, alivio y valoración, a través de los cuidados paliativos. Por ello, es más grave la respuesta social de ofrecerle darle muerte, en lugar de ofrecerle (y asegurarle) los cuidados paliativos, que es la ayuda que objetivamente (y subjetivamente, aunque no lo perciba) necesita.<sup>10</sup>

### 3.2.5. Conclusión: de la dignidad, se derivaría el “derecho a ser indigno”

¿En qué consistiría entonces el “derecho a la dignidad” que invoca la sentencia, como para incluir el “derecho a la eutanasia”?

Ya vimos que el Tribunal reconoce que “*el derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad...*” (§ 95). Pero, por otra parte, señala que

*una persona con pérdida de sus capacidades cognitivas (con Alzheimer avanzado, por ejemplo) podría no tener una percepción de su propia dignidad, empero, no es pura compasión o beneficencia la que debe tener el sistema jurídico y la sociedad respecto de esta persona, sino reconocerle, auténticamente, su dignidad. Sin embargo, esa misma persona, antes de ingresar a esa situación, cuando aún hace uso de su razón y aunque fuere parcialmente, sentirá que, en esa situación futura, habrá perdido su dignidad, porque la medida de su propia percepción de dignidad será su estado de conciencia y razón.* (§ 95)

129

No obstante, luego dirá que, aunque “*el uso de la razón*” “*es la mejor referencia de su propia dignidad, sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición o capacidad*”. (§ 97)

Entonces, si, como afirma la sentencia, “*...la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción*” (§ 89), ¿por qué concluye, en sentido contrario, que se debe respetar “*lo que ella considera una condición digna*” (§ 82)?

Si la dignidad “*es inherente a la persona humana, sea cual fuere su **condición** o capacidad*”, ¿cómo podría estar sujeta a una “*condición digna*”? ¿Qué *condición* puede hacer que un ser humano pase a ser *indigno*, deje de ser *persona* y pase a ser *cosa disponible*? Si tal condición existiese, ¿la dignidad sería inherente a la condición humana, o a otra condición de ese sujeto? ¿Y qué sería ese sujeto no digno, disponible, si es un ser vivo y no es humano? ¿De qué *especie* sería ese *individuo*, sino de la especie humana?

10 En el caso de Ana Estrada, aparentemente, se le han ofrecido los cuidados paliativos. Seguramente puedan mejorar, de modo de que no los sienta como una violación de su privacidad. Seguramente sean estos cuidados los que han determinado que no pida la muerte ahora. De hecho, afirma que, por el momento, no quiere morir. Contrariamente a lo que alega, el otorgarle un “derecho” a pedir la muerte no la aliviará: impondrá sobre sus hombros una carga más pesada, pasará a sentir la presión de las molestias que ocasiona, su falta de autonomía se hará más gravosa al pensar que la sociedad no valora su vida de modo incondicional, que si estuviera sana sí valdría, que no tiene “derecho” a que la estén cuidando, que estén gastando en ella, e incluso llegará a considerar que es egoísmo querer seguir viviendo (y no una legítima autoestima y derecho a la estima de los demás). Se le estará ofreciendo “un salvavida de plomo”.

No hay una respuesta para esto. Porque, además, debería ser un ser capaz de decidir libremente, capaz de realizar actos jurídicos de la mayor relevancia, como lo es el renunciar a todos sus derechos y a su misma condición de sujeto de derecho. Tendría que ser un ser sin dignidad, que no sea persona, pero que *a la vez* sea persona, libre, capaz de realizar actos jurídicos que modifiquen su propio estatus jurídico, pasando de “persona” a “cosa”.

Señalemos, como síntesis del análisis crítico de este apartado:

- La dignidad no es propiamente un derecho, sino que, en su sentido principal o propio, es el fundamento de todos los derechos: es el valor supremo inherente a todo ser humano por el hecho de ser humano, que origina los deberes de todas las personas (incluyendo al conjunto de la sociedad o Estado y a la propia persona sujeto de esa dignidad).<sup>11</sup> Esta dignidad es inherente a todo ser humano que es, por ello, persona, fin en sí, “*fin supremo de la sociedad y del Estado*” (Perú, 1993, art. 1º), con valor absoluto (que debe ser valorado siempre por ser lo más valioso); no: “cosa” con valor relativo de medio o precio (que vale si es valorado).
- Si se considera la dignidad en un sentido derivado, aplicado a las acciones libres, éstas son dignas (adecuadas a la dignidad de la persona) cuando valoran y respetan la dignidad de las personas (de sí misma y de las demás personas).
- Admitir que no hay deber de no matar a un ser humano es igual a admitir que ese ser humano no tiene dignidad.

130

#### 4. Termina “fundando” el derecho a la eutanasia en una libertad que no tendría el deber de respetar la dignidad y los derechos humanos irrenunciables.

Entonces, sin el fundamento de la dignidad, acude al derecho a la libertad o a la autonomía.

Esta libertad se consagrará como. un *derecho a no ser digno*: a no considerarse digno y a que los demás no lo consideren digno. Se estaría afirmando: “Mi dignidad exige que pueda renunciar a ella”. A lo que habría que contestar: una vez que lo hagas, ¿en qué se fundamenta tu *derecho* a ser muerto? Si no eres digno, no eres persona, no eres sujeto de derechos: no puedes tener derechos.

Por otra parte, no todos tendrían tal “derecho” “fundado en la libertad”: paradójicamente, sólo lo tendrían aquellos que antes se reconoció que tienen su libertad fácticamente condicionada o determinada por la enfermedad, la incapacidad o el dolor:

11 Spaemann (1998) señala, refiriéndose al “concepto de dignidad”: “Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general” (p. 84).

los “eutanasiables”<sup>12</sup>. Para los que, en los hechos, son más libres (los sanos y autónomos), su libertad no será suficiente para quitarle dignidad a su ser, para hacer que su vida carezca de valor: la sociedad considerará que sus vidas valen (son aparentemente dignas), mientras que las otras no valen, son una carga que no hay más remedio que respetar si ellos quieren seguir viviendo.

En los hechos, lo que se estará valorando no es ni la libertad (pues a los más libres no se les reconoce su libertad de renunciar a su vida), ni la vida o la dignidad de la persona (pues la vida de unas personas es valorada, y la de otras personas, no). Lo que se valorará es lo que la persona pueda aportar para la sociedad; y lo que se considerará un disvalor es lo que la sociedad tenga que hacer para ayudarla.

Entonces, no se valorará a la persona como fin, sino como un medio para la sociedad, según su aporte, su autonomía, su salud.

Se alegará que se valora la libertad como parte integrante esencial de una vida humana y, por tanto, a las personas que sean más libres.

Pero la libertad no será un valor condicionado al respeto de la dignidad: no será la libertad conforme a derecho. El valor supremo no sería la igual dignidad inherente de todo ser humano, sino la libertad fáctica. Se reemplazaría el respeto a la igual dignidad de todos por el respeto a la diferente libertad fáctica de cada uno: la discriminación según la ley del más fuerte, en lugar del deber de solidaridad y protección al más débil; el imperio de la fuerza, en lugar del imperio del derecho.

Volviendo a la última objeción planteada en el final del apartado anterior: ¿cómo concilia la sentencia la “*dignidad inherente a la persona humana*” (§ 89) y que se pueda determinar cuándo a una persona se la puede matar porque se la considera *no digna*, según lo que ella (y previamente la sociedad, por la ley) determinó “*lo que ella considera una condición digna*” (§ 82)? ¿Cómo concilia el principio de “*dignidad inherente a la persona humana*” y la admisión -jurisprudencial o legal- de que puede haber una persona humana para quien “*...la vida no merece la pena vivirla...*” (§ 108)?

Para intentar esta conciliación, divide al ser humano en “ser humano” y “libertad”. Habría un ser, llamado “libertad”, que sería capaz de decidir si él mismo es ser humano (“persona”) o “cosa”. En efecto, como la dignidad es inherente al ser humano, para decidir si uno es digno, debe tener la capacidad de decidir si es humano. Ese ser que decide sería la “libertad”. Claro que no se aclara qué sería esa libertad antes de decidir que es digno y, por tanto, ser humano; ni tampoco, se dice qué sería esa libertad luego de decidir que no es digno, que no es humano. Veamos cómo lo expresa la sentencia: “*el ser del hombre, aquello que lo hace ser lo que es, no es la razón, sino la libertad...*”; de allí concluye que el hombre “*determina su dignidad o hace que la dignidad le sea inherente, porque no lo hace*

12 Con esta expresión, que no está en la sentencia, nos referiremos, *brevitatis causa*, a las personas que se encuentran en la situación en la que, según esta sentencia (que es la misma que suele ser considerada por las leyes o proyectos de leyes de eutanasia y o suicidio médicamente asistido), sería lícito darles muerte o ayudarlas a darse muerte sin que ello se considere delito de homicidio o de asistencia al suicidio. Son personas con enfermedades gravemente incapacitantes o irreversibles; en general, se consideran dentro de estas a las enfermedades terminales (aunque no está claro el límite de la “terminalidad”: en este caso de Ana Estrada, no se exige este requisito); y también se incluyen el sufrimiento o dolor físico o moral, de carácter grave o insoportable. En algunos casos, como en la sentencia que ha sentado el precedente de la eutanasia en Colombia, se exigen conjuntamente ambos requisitos: enfermedad terminal y sufrimiento insoportable; en otros, como en el caso del proyecto de ley de Uruguay, se puede dar uno u otro requisito. En algunos países se exige como condición para ser “eutanasiable” el ser mayor de edad; en otros países, se ha incluido a los menores, con o sin autorización de los padres, según la edad que tengan. Y, en Holanda, hay un proyecto de ley para incluir como “eutanasiable” a los mayores de determinada edad, con sólo la alegación de estar cansados de vivir. (Rachidi, 2020).

*objeto, sino fin*" (§ 98). Es decir: si la libertad se trata a sí misma como fin, se hace un ser digno, un ser humano, una persona; si la libertad se trata a sí misma como objeto, esa libertad es un ser no digno, una cosa, no un ser humano, una persona.

A continuación, "aclara" que la libertad

*es también inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir. Vivir así, no es un deber, ser libre sí lo es y en esa medida puede proyectar su vida, también su muerte.* (§ 99)

Estamos de acuerdo en que la libertad es inherente al ser humano, es parte de lo que le corresponde por *ser humano*. Pero ya explicamos que el ejercicio fáctico de la libertad (lo que, en los hechos, *se puede* elegir) no siempre coincide con el ejercicio ético y jurídico de la libertad (lo que *se debe* elegir); y vimos que si no hubiera una libertad ética (si no hubiera algo que conviene elegir, según lo que la inteligencia puede percibir), no habría tampoco libertad fáctica (no podría elegir, porque no sabría qué le conviene elegir, ni si le conviene elegir). Y también vimos que, si uno no es digno, tampoco puede elegir (¿por qué elegir algo en cuanto conveniente a mí, si yo no valgo como para elegirme como fin de mis acciones?) Y que, por tanto, todo ejercicio de la libertad tiene un deber ético y, en la medida en que somos seres sociales, también un deber jurídico, si tal acción es no sólo interna sino externa, de modo que afecta a la convivencia social. Y que ambos deberes suponen como primer deber la valoración de la propia dignidad, y la de los demás.

Entonces: sí: tenemos la libertad fáctica de tomar decisiones, incluso la de vivir o no vivir; y ello es expresión de mi dignidad humana: puedo tomar decisiones porque soy libre; pero en virtud de esa misma dignidad que posibilita que sea libre, puedo fácticamente realizar acciones que respeten esa dignidad: acciones dignas, debidas; o puedo fácticamente realizar acciones contrarias a esa dignidad: acciones indignas, indebidas, contrarias a la ética y al derecho.

Vivir sí es un deber: es el primer deber. Es el primer deber para conmigo mismo (deber ético), pues debo valorar mi ser, mi existir, mi vida, porque es digna, fin (valor) supremo. Y es el primer deber para con los demás, con el resto de la sociedad, y con algunas personas más particularmente: deber jurídico, que corresponde al derecho de los demás. Ellos no tienen derecho a disponer de mi vida, porque soy persona, pero tienen el deber de valorarme y tratarme como fin supremo de la sociedad y del Estado. Y este deber no es una "carga" en el sentido negativo que podría entenderse a primera vista: el cumplimiento de ese deber les permite a ellos también (no solamente a mí) desarrollarse plenamente como seres humanos, seres personales que no sólo tienen la potencialidad de recibir y aceptar libremente como un don la ayuda, sino de dar, de darse, de entregarse a sí mismos como don hacia los demás y, de esa forma, se desarrollan plenamente como humanos.

Este deber de vivir es el supuesto de todos los demás deberes que tenemos como seres sociales. Si pudiera (con derecho a ello) no vivir, podría (con derecho a ello) dejar de cumplir todos mis deberes. Tendría el derecho de incumplir mis deberes que, por tanto, no serían deberes.

¿Ser libre es un deber? Es una realidad, y el supuesto de todos los deberes. Pero no es un deber "ser libre" si por ello se entiende "ejercer la libertad en cualquier sentido",

también contra la dignidad de las personas: contra los derechos ajenos que expresan esa dignidad, o contra los derechos propios que, por estar ligados de modo inherente a esa dignidad, son irrenunciables (son parte del orden público de la sociedad). En este caso no sólo no sería un deber, sino que sería el ejercicio de la libertad en violación de los deberes éticos y/o jurídicos que le son inherentes.

Digamos como conclusión crítica de este apartado, relacionándolo con el anterior:

- La libertad es una manifestación de la dignidad de la persona.
- Toda persona, por serlo, es “dueña de su ser”, no en el sentido de “dominio de una cosa”, de “propiedad sobre una cosa”: porque las “cosas” tienen valor de medio, valor relativo, que depende del querer (de la valoración, de la libertad) de las personas, mientras que la persona es fin en sí, valor máximo o absoluto, que no vale porque se la valore, sino que se la *debe* valorar (guía las acciones libres haciéndolas *debidas*) porque es lo más valioso.
- Ser dueño de su ser no implica que le sea lícito (ética y jurídicamente) *disponer* de su ser, quitarse la vida: su ser, su vida no es *cosa disponible*, sino *persona* que, por ser lo más valioso (digno) *debe ser valorada*: debe valorarse.
- Su ser no es algo distinto que ella misma: no es algo, sino alguien: ella misma. Ella misma es digna, lo más valioso y, por ello, debe valorar su ser. Su vida es su ser y, por eso, debe valorar su vida según lo que ella es (una vida humana, que deberá desarrollar para ser todo lo que puede ser, con los límites, también temporales, que le son propios): debe vivir, hasta la muerte natural. Su vida no es algo sin valor, descartable, que pueda eliminar: fácticamente puede, pero tal ejercicio de la libertad no valoraría su dignidad, sería *indebido*, no sería ejercicio de la libertad-derecho.
- Este ser “dueño de su ser”, esencial a la persona, es inherente: todo ser humano es dueño de su ser, en el sentido de que “no es de otro”: no es “dominio de otra persona” (no es “*alieni iuris*”: cosa suya – derecho- de otro; sino “*sui iuris*”: cosa suya -derecho- de sí mismo).
- Este “dominio de su ser” se manifiesta en su libertad: en la posibilidad de *dominio de su obrar*, porque “*el obrar sigue al ser*” (el obrar depende del ser, el modo de obrar depende del modo de ser: un pájaro, *por serlo*, puede volar *como pájaro*; si vuela, es pájaro; la persona, si domina su obrar -es libre: dueño de su obrar- es porque domina su ser -es persona, dueño de su ser-). Esta posibilidad o potencialidad de dominio del obrar se da, como potencialidad, en la esencia o naturaleza humana, en el modo de ser humano. La tendrá todo ser humano, aunque “actualmente” no la ejerza (por falta de desarrollo u otro impedimento). No tendrá ejercicio de su libertad, pero sí dominio de su ser: no puede “ser de otro”.<sup>13</sup>
- No se debe confundir una manifestación de la dignidad -la libertad- con la dignidad que le da origen -la condición personal de todo ser humano-. Esta manifestación sirve como “fundamento” lógico para descubrir tal dignidad, pero no es el fundamento ontológico: al revés, lo que fundamenta ónticamente la libertad es la dignidad esencial a la persona humana: es el sujeto, el supuesto de la libertad.

13 Cfr. Hervada (1993, 116).

- Hay consenso en reconocer (no es un consenso creativo sino cognoscitivo) que todo ser humano es digno, es persona. No hay consenso en cuál sea el fundamento de esta dignidad. Pero tal reconocimiento es suficiente para posibilitar la convivencia pacífica y justa: el derecho, tanto dentro de cada Estado como en la comunidad de las naciones.

## 5. El nuevo derecho a la eutanasia no sería un derecho fundamental, sino una libertad limitable.

La sentencia buscaba un derecho fundamental implícito en la Constitución para fundamentar la inconstitucionalidad de la prohibición de la eutanasia. Sin embargo, como vimos, termina acudiendo al derecho a la libertad (derecho cuyo ejercicio claramente está limitado por todas las leyes), aunque intentará revestirlo del carácter inviolable de la dignidad, fundamento de todo derecho. Reconocerá, entonces, que el “derecho a la eutanasia”, o a “una muerte digna” “no llega a ser un derecho fundamental”, sino un derecho derivado de “otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad...” (§ 155).

Reconoce la diferencia entre el nuevo derecho y los derechos fundamentales “como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros...”: éstos “son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad”. “Un derecho fundamental debe ser **protegido y promovido**” (§ 181).

En cambio, para el Tribunal,

*La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero **no podría ser promovida**, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. (§ 181)*

A pesar de que este nuevo derecho no es esencial, ni inviolable, ni está reconocido universalmente, ni está consagrado en la Constitución de forma expresa, a pesar de que no es un derecho fundamental que deba ser promovido, triunfa en la ponderación al entrar en conflicto con el derecho a la vida que sí tiene todas estas características y que, como esencial (inherente) e inviolable, no es renunciable y obliga al Estado a protegerlo y promoverlo en condiciones de igualdad.

## 6. La modificación del derecho a la vida

Para lograr ese triunfo del nuevo derecho sobre el viejo derecho a la vida (tan viejo como la vida humana), y sobre la prohibición absoluta de matar al inocente que ha sido la regla básica de convivencia en toda sociedad y que está claramente tipificada en el delito de homicidio y de ayuda al suicidio, debe previamente modificar el derecho a la vida.



De modo paradójico, la sentencia reconoce implícitamente que el derecho a la vida es irrenunciable.

En efecto, por un lado, reconoce que no hay un “derecho al suicidio”: “*El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica.*” (§ 180). Sin embargo, como veremos, considerará que esta libertad fáctica se transforma en libertad jurídica (derecho libertad<sup>14</sup>), fundándose aparentemente en la dignidad, cuando -paradójicamente- la libertad esté condicionada por una situación objetiva que determinaría la indignidad de la vida de esa persona.

Por otra parte, el tribunal reconoce expresamente por qué hay derechos irrenunciables como el derecho a la vida: porque ésta no es un bien sólo para su titular, sino para toda la sociedad: un bien de orden público. Y así, cita

*...lo señalado por Manuel Atienza, en el sentido de que, algunos bienes jurídicos, como la propia dignidad, la libertad, la vida humana y demás derechos fundamentales, si bien tienen un portador o titular, esa titularidad no es exclusiva. No es como un bien mueble o inmueble, sobre el que su titular puede disponer e inclusive destruir o donar si así lo desea. Estos son bienes de todos y el Estado tiene obligación de protegerlos, lo cual no quiere decir que sea el Estado su titular, pero en tanto representa a la sociedad, es preciso que respete, proteja y promueva por su esencialidad. Así, es nulo el contrato, (por el interés público), que disponga de la dignidad de la persona aun cuando lo firme su titular, del mismo modo, el que disponga de su libertad, (esclavitud), o disponga la vida. (§ 167)*

Este reconocimiento es paradójico porque, luego, la sentencia le reconocerá valor jurídico a la renuncia de la actora a su derecho a la vida en su contenido esencial: el derecho a no ser matada; y considerará no sólo lícito, sino hasta un deber del Estado, darle muerte.

Siempre el derecho a la vida tuvo como contenido mínimo esencial el consecuente deber de no matar al inocente. También en Perú, el derecho positivo tipifica penalmente esa prohibición. Si todos tienen derecho a la vida, está prohibido matar a todos. Sólo se suspende el deber de no matar cuando tal acción es necesaria para defender la vida injustamente atacada: no se ponderan dos derechos o bienes jurídicos y prevalece uno sobre otro: el agresor y el injustamente atacado tienen una vida con igual valor, pero la coacción que es necesaria para hacer cumplir el derecho determina que la acción de dar muerte al agresor sea conforme a derecho, mientras que la del agresor, no. En Uruguay, además, está prohibida la pena de muerte, por lo que la prohibición de matar es absoluta: sólo se puede dar muerte como medio coactivo de defensa actual, individual o colectiva, ni siquiera está permitido como pena. Por eso, dado el carácter absoluto de la prohibición de lo que constituye el objeto del derecho a la vida (“a nadie se aplicará la pena de muerte” -Uruguay, 1967, artículo 26-: a nadie: a ninguna persona, nunca, no importa su condición), invariablemente la Suprema Corte de Justicia ha entendido que el único

14 Un “derecho libertad” es aquel que se tiene “cuando otro sujeto no tiene el derecho de impedir la conducta del titular”, mientras que un “derecho reclamo” es aquel según el cual “otro sujeto jurídico tiene el deber de realizar una acción en favor del sujeto titular” (Massini 2005, pp. 80-81). Es muy conocida la clasificación de los derechos subjetivos que realiza Wesley Hohfeld: derechos reclamos, derechos libertades, poderes e inmunidades. Massini, considera que todos pueden incluirse en alguna de las dos primeras categorías. También incluye en esos dos grupos a las potestades y a los privilegios

derecho fundamental absoluto es el derecho a la vida.<sup>15</sup> En el mismo sentido, Massini (2017, p. 169) señala: “En rigor, es cierto que no pueden establecerse a priori jerarquías objetivas entre los bienes y derechos humanos, pero con una importante excepción: el derecho a la inviolabilidad de la vida”.<sup>16</sup>

La sentencia modifica la prohibición absoluta del delito de homicidio que tutela este derecho absoluto del derecho a la vida. Sólo estará prohibido el homicidio incondicionalmente, sólo estará tutelado el derecho a la vida como derecho inviolable, irrenunciable, respecto de las personas que tengan una “vida digna”. Estas personas (sus vidas) son protegidas por el Estado como un bien de orden público: no será válido el contrato entre una persona con vida digna y su médico por el que aquella renuncie a su derecho a la vida y le otorgue a aquél un permiso (derecho) para matarlo. El médico igualmente incurrirá en el delito de homicidio.

Pero las vidas de los “eutanasiables” carecerían de valor intrínseco, y sólo deberían ser tuteladas en caso de que su titular no renuncie a ese derecho. Si renuncia, la sociedad no sólo dejará de tener el deber de valorar a esa persona y proteger su vida como lo más valioso, como fin de la sociedad y del Estado, sino que tendrá (según entiende la sentencia) el deber contrario: el de darle muerte o de ayudarlo a darse muerte.

Para justificar este cambio en la valoración de la vida, se alega una distinción entre vida física o biológica y vida espiritual, reduciendo esta última a la libertad de poner fin a la propia vida cuando ésta “no es” “digna”. De esta forma, el derecho a la vida se transforma, según que se trate de una persona sana y autónoma o una “eutanasiable”: los primeros seguirán con un derecho a vivir hasta su muerte natural, y la muerte digna será no ser matados; para los segundos, el derecho a la vida será lo contrario: derecho a ser matado o ayudado a darse muerte.

Habría vidas dignas, y vidas indignas, personas dignas y personas indignas. Vida digna será la vida biológica sana, sin enfermedad o incapacidades graves ni sufrimientos; vida indigna será la del eutanasiable que percibe que su vida es indigna.

¿Cómo puede compatibilizarse esta divorcio entre dignidad y vida?

15 Así, por ejemplo, la siguiente sentencia de la Suprema Corte de Justicia (2000, diciembre 20):

En primer lugar, corresponde señalar que la Carta reconoce la existencia de variados **derechos fundamentales**, pero **ninguno** de ellos **-con excepción del derecho a la vida (art. 26)- tiene constitucionalmente carácter absoluto**, pudiendo en consecuencia ser limitados por el legislador (art. 7, 29, 32, 35, 37, 38, 39, 57, 58 y ss. de la Constitución) (Suprema Corte de Justicia, 2000, diciembre 20, énfasis añadido).

En el mismo sentido, Altieri (2017), cita, a modo de ejemplo, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia n° 110/1995, 801/1995, 235/1997, 162/2002, 133/2004, 122/2007, 127/2010, 185/2013 (p. 370).

16 A continuación, fundamenta extensamente esta afirmación. Transcribimos sólo algunos pasajes: ...el valor básico de la vida [a diferencia de los otros bienes básicos que fundan los restantes derechos humanos] hace referencia directa al modo de existir propio de los entes humanos, que es existencialmente autónomo o sustancial. (...) El hombre, es por lo tanto y en primer lugar, ‘sustancia viviente’ (...) Y es bien claro que, desde una perspectiva filosófica, la perfección radical y raigal de la sustancia es ontológicamente superior a cualquiera de sus determinaciones accidentales... (Massini, 2017, p. 169).

Y, más adelante: ...la posibilidad de desarrollo de las perfecciones humanas depende raigalmente del modo de la existencia sustancial del hombre, es decir de la vida humana. Sin vida humana no hay posibilidad de conocimiento, de amistad, de experiencia estética, de vida religiosa, y así sucesivamente...”. “Pero además (...), la vida tiene un carácter especial en cuanto bien humano básico, ya que reviste una definitividad y una decisividad que no corresponde a los restantes bienes. Efectivamente, un atentado v.gr., contra el bien básico del conocimiento, implica una falta moral grave y la violación de un derecho humano, pero, en la gran mayoría de los casos, ese atentado no impide de modo definitivo todo conocimiento humano (...). En cambio, en el caso de los atentados a la inviolabilidad de la vida, cada atentado -que resulte ‘exitoso’, se entiende- cercena de modo decisivo y definitivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. Puede decirse que el atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que su ausencia impide la posibilidad misma de su concreción. (Massini, 2017, pp. 170-171).

*La vida es el propio ser* de un ser vivo (“el ser es para los vivientes el vivir”, dice Aristóteles, en *De Anima* Libro II, cap. 4); la vida de un ser humano es su propio ser personal: no es una cosa de la que se pueda disponer. Es alguien (ella misma) a quien debe respetar, valorar, como ser digno.

La dignidad de la persona es igual a la dignidad de su ser; y su ser es igual a su vida. Luego, *dignidad de la persona es dignidad de la vida*. Si la persona tiene un valor supremo, su vida tiene un valor supremo. De allí deriva el deber de todos de respetarla, valorarla, no eliminarla, y el correspondiente derecho: *derecho a la vida de un ser digno (un ser humano a quien tal dignidad es inherente) y “derecho” a la dignidad son lo mismo, son inseparables*: el mínimo deber exigido por la dignidad es el deber de no matar, y el derecho a no ser matado es el contenido mínimo del derecho a la vida.

Admitir que a una persona se la puede matar sin violar ningún derecho, que hay, por el contrario, un permiso legal para matar (supeditado al permiso convencional del “eutanasiable”), que otorga derecho a matar, derecho que justifica la acción de *dar muerte*, siendo *causa de justificación* del homicidio, es admitir que, para la sociedad (para la ley), el “eutanasiable” no tiene derecho a la vida: no tiene dignidad. Por eso se lo puede matar: al sano y autónomo está prohibido matarlo, aunque lo pida, porque su vida vale, tiene dignidad, tiene derecho a la vida. El “eutanasiable”, no.

En resumen, el análisis crítico de la modificación que hace la sentencia respecto al derecho a la vida, se puede sintetizar en las siguientes afirmaciones:

- Para un ser humano (ser vivo), vivir es igual a ser; por lo tanto, el valor supremo o dignidad del ser personal (del ser de un ser humano) es igual al valor de su vida.
- El deber, que de tal dignidad se deriva, el deber de respetar esa dignidad, es igual al deber de respetar, en primer lugar, su vida.
- Si todos los seres humanos tienen igual dignidad inherente, todos tienen igual derecho a la vida, y el consiguiente deber de no matar refiere a todo ser humano.

## 7. La ponderación entre el derecho a la vida y el derecho a la eutanasia: su naturaleza

El conflicto de derechos que realmente se plantea en el caso de la sentencia en análisis se da entre el “derecho” a la eutanasia y el derecho a la vida.

Son dos “derechos” que confluyen en el mismo sujeto. Por un lado, un derecho-libertad de darse muerte y de renunciar a su derecho a la vida, eliminando el deber de no matarlo o de no ayudarlo a matarse por parte de aquel a quien otorgue el permiso o derecho-libertad correspondiente. Por otra parte, su derecho a la vida, con el correspondiente deber de los demás de no matarlo y de no ayudarlo a darse muerte.

Si el conflicto confluye en una persona “no eutanasiable”, el derecho-libertad a la eutanasia o suicidio cederá en favor del derecho a la vida, porque en su caso, su vida es digna (fin supremo, valor supremo).

Si el conflicto se da en una persona “eutanasiable”, según la sentencia, primará el derecho-libertad a la eutanasia o suicidio asistido, porque su vida no sería digna, no sería un bien de orden público.

Por ello, el derecho a la eutanasia no sería un “derecho humano”: pues no todos los seres humanos tendrán este “derecho”<sup>17</sup>: sólo los “eutanasiables”.

Por eso, la sentencia concluye que *“el suicidio asistido debe considerarse como una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita que se considere como un Derecho Fundamental”* (§ 159). Se “limita” tal libertad (en favor del derecho a la vida con su correspondiente deber de no matar) al no reconocerla a los “no eutanasiables”, y al condicionarla para los “eutanasiables” a un determinado procedimiento, y a que se haga por un médico.

El triunfo de la libertad sobre la vida no se podía fundamentar en el mayor valor de aquella, pues la vida es el supuesto de la libertad: sin vida no hay libertad; y la libertad admite múltiples limitaciones en su ejercicio (toda ley “limita”<sup>18</sup> la libertad), mientras que la limitación de la vida en su núcleo esencial (deber de no matar) supondría su extinción definitiva, sin posibilidad de un ulterior ejercicio o respeto de tal derecho, juntamente con la extinción de todos los derechos. Si en la ponderación debe atenderse, mediante la armonización, a que permanezcan ambos, ello sólo es posible si prevalece la vida. Si se da mayor peso a la vida, se estará también preservando la libertad, pues la persona mantendrá no sólo su vida, sino también su libertad ética y jurídica (capacidad de autodeterminarse eligiendo cualquier acción que no atente contra la dignidad y derechos ajenos y propios irrenunciables); en cambio, si se optara por ponderar la libertad sobre la vida, se atentaría de modo definitivo contra ambos derechos: el sujeto no podría volver a vivir ni volver a hacer ni un acto libre más.

Entonces, la sentencia ensaya una serie de falacias con las que pretende modificar el concepto del derecho a la vida y el de libertad, como vimos en los apartados precedentes.

Cambia el concepto de derecho a la vida, de modo que deja de ser un derecho igual para todos los seres humanos: distingue vidas (personas) dignas y no dignas, y concluye que estas últimas no tendrían derecho a la vida si no quieren vivir. Y ello, a pesar de que, como vimos, considera que no hay derecho al suicidio y que considera que la vida es un bien indisponible por su titular, pues el Estado tiene el deber de respetarla, protegerla y promover su esencialidad. Para los “eutanasiables”, esto no sería aplicable: su vida no sería un bien “de orden público” (Constitución, artículo 10: Uruguay, 1967) o de “interés público”, como señala la sentencia (§ 167): no tendría valor para la sociedad.

Obviamente, no explica cómo puede hacerse prevalecer la libertad frente a un derecho irrenunciable, cuando, por definición, si es irrenunciable es que prevalece frente a la libertad. Ni, menos, explica por qué la ley podría negar el derecho a la igualdad ante la ley, estableciendo esta discriminación entre personas dignas con derecho a la vida irrenunciable y personas indignas, con vidas que no valen la pena ser vividas, con derecho a la vida renunciabile.

17 “Derecho”, entre comillas, porque sería el derecho a no tener ningún derecho. Lo cual es una clara “contradictio in terminis”.

18 Como vimos, la ley, propiamente, no limita la libertad, como capacidad de autodeterminarse, sino que orienta el ejercicio de esa libertad, al señalarle el modo digno o debido de ejercerla, que es el respeto a la dignidad propia (que es lo que funda y posibilita la libertad) y ajena (que funda y posibilita la convivencia social).

También se modifica el concepto de derecho a la libertad: su objeto no es el ejercicio de la libertad que respeta la dignidad inherente del ser humano (la propia y la de los demás) y los consiguientes derechos ajenos y propios irrenunciables (los derechos humanos en su núcleo esencial); es la libertad fáctica, que incluye la libertad fáctica del suicidio: ella se convierte en derecho a la eutanasia.

Esta libertad se viste con la apariencia (invocación) de la “dignidad” de la persona: dignidad que paradójicamente se daría cuando es una persona con una vida sin valor (eutanasiable), sin dignidad autopercebida y sin dignidad ante la sociedad y el Estado. Con esta “justificación” basada en la dignidad entendida como derecho a no ser digno y a no ser considerado digno, la libertad fáctica prevalecería sobre el derecho a la vida. Prima la libertad, como expresión de dignidad, por más que esté condicionada y hasta determinada por esa vida indigna (por la enfermedad, la incapacidad o el dolor), y por más que sería una libertad fáctica con la que se estaría negando la propia dignidad y los propios derechos humanos irrenunciables.

Así, en metamorfosis operada por la sentencia, en el caso de los “eutanasiables”, la libertad fáctica sería igual a dignidad, y la vida sería igual a vida no digna (vida sólo biológica, porque no tendría valor intrínseco: por ser “eutanasiable”, la sociedad no la valoraría, y no contaría con la valoración que le daría la libertad del “eutanasiable” de querer vivir).

Entonces, para un “eutanasiable”, según la sentencia, habría que ponderar libertad (=dignidad) y vida (no digna), y debería primar la dignidad (=libertad). Afirma que “la dignidad” “precede al derecho a la vida”: “por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (la vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana.” (§ 150). Es decir: el “eutanasiable” tendría sólo una vida biológica, sin valor, porque socialmente no tiene valor, no es de orden público, y también carece del valor que le podría dar su propia libertad. Por lo tanto, tendría una vida sin valor, sin dignidad, a la que está permitido matar y que, incluso, generaría el deber del Estado de obedecer esa libertad dándole muerte o ayudándola a darse muerte. La libertad se convertiría no en un derecho-libertad, sino en un derecho-reclamo<sup>19</sup>: un derecho prestacional, que obliga a una acción concreta del Estado: la acción de dar muerte a un inocente.

También se pretende revestir esta libertad con otra consecuencia de la dignidad humana (reiteramos que todos los derechos humanos son expresión de tal dignidad, y todos los derechos positivos presuponen un sujeto con esa dignidad como para que lo que se le atribuya sea vinculante, *debido* por los demás: derecho). Respecto del “eutanasiable”, se alega su derecho a “no ser víctima de tratos crueles e inhumanos” (§ 181). Totalmente de acuerdo en que el derecho a la integridad física y psicológica y a la libertad incluyen, como contenido esencial, este derecho y el consiguiente deber de no infligir tratos crueles e inhumanos a una persona. Pero no es esta la situación de la eutanasia: para que haya “tratos crueles” debe haber una acción humana (u omisión de una acción debida), consciente y libre, que sea causa de ese trato. Sería una crueldad de la sociedad tener la posibilidad de aliviar los padecimientos de la actora y no hacerlo: no facilitarle el alivio, los tratamientos, medicamentos, la compañía y la ayuda que necesite (no sólo

19 Ver nota al pie 11, pág. 21.

física, sino también psicológica, espiritual, etc.; y no sólo a ella, sino a su entorno más íntimo), obviamente, respetando su libertad. Esto son los cuidados paliativos que deben ofrecerse como respuesta adecuada a la dignidad de la persona. Así, pues, respecto del Estado, no se debería alegar que éste “no podría tener desprecio del dolor extremo” (§ 181). Se lo compadece, se lo valora, y por eso se lo ayuda: se le deben ofrecer los cuidados paliativos, incluyendo la posibilidad de la sedación paliativa, llegado el caso, para que la persona tenga la certeza de que no será abandonada a su sufrimiento, que éste nunca será insoportable, porque podrá reducirse su estado de conciencia (con el grado de profundidad y la duración o intermitencia que sean necesarios para que no sufra). Pero precisamente porque se lo valora en su dignidad (y eso es lo que más necesita la persona para no sufrir, para no sentirse una carga, un peso para su familia y la sociedad, un valor negativo), se le debe asegurar que se lo acompañará hasta el final, que no se lo dejará sólo en su dolor, y que no se lo eliminará. No es, como dice la sentencia, “impedirle acabar su dolor” señalarle que su vida vale, que es un valor para la sociedad, que está aportando mucho con su sola existencia y con la posibilidad de cuidarlo y acompañarlo, y que por tanto, es ilícito darle muerte. Se debe acabar con el dolor, no con la persona que sufre: se lo debe aliviar, no eliminar: el alivio supone que exista la persona aliviada. Y se puede: el avance de los cuidados paliativos demuestra que esta es la ayuda adecuada, la que necesita la persona, la que es exigida por su dignidad. Esto es lo que manda la “solidaridad con el dolor ajeno” (§ 179).

¿Cómo concluye la ponderación que realiza la sentencia? Considera que “el artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse” (§ 181). Es decir: concluye con una nueva contradicción: antes dijo que el supuesto nuevo derecho a la eutanasia no es un derecho fundamental, y reconoció que el derecho a la vida sí es un derecho fundamental irrenunciable; ahora, afirma (sin explicar por qué) que la prohibición de la eutanasia afecta “derechos fundamentales”, y por ello entiende que debe primar este derecho a la eutanasia (derecho libertad -potestad- a renunciar al derecho a la vida, y derecho reclamo de ser matado o ayudado a matarse por un médico) frente al derecho a la vida (prohibición de matar). Termina considerando que lo que es sólo una libertad fáctica, en el caso de los “eutanasiables” pasa a ser un derecho prestacional que elimina la prohibición de matar, el derecho a la vida, el valor supremo -dignidad- de estas personas:

*...en casos extremos, como el que nos ocupa, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional (§ 179).*

## 8. Conclusión

En conclusión: no es admisible otra concepción de la dignidad humana fuera de la que se ha tenido en cuenta para la construcción del orden de la comunidad internacional y para limitar el poder totalitario del Estado: aquella que reconoce que todo ser humano, por serlo, es digno, es lo más valioso y, por ello, debe ser valorado, respetado, ayudado... Afirmar que a una persona se le puede dar muerte sin violar ningún deber ni ningún

derecho es negar esa dignidad a la persona a la que se le puede dar muerte, es negar su derecho a la vida y, con ello, todos sus derechos humanos.

Con la “legalización” de la eutanasia (por vía jurisprudencial o legal), la sociedad daría esta respuesta al problema del sufrimiento, la incapacidad y la enfermedad terminal. A quienes más ayuda, acompañamiento, alivio y valoración necesitan, se les dirá que sus vidas no valen, no son dignas. Y de esta forma, se acrecentará ese sufrimiento y soledad, y se les “venderá” el espejuelo de una libertad para acabar con sus vidas, otorgándole eficacia jurídica a la renuncia a su primer derecho, a una declaración de voluntad condicionada por el sufrimiento y el temor.

Estamos ante una situación análoga a la siguiente: una persona, acuciada por el sufrimiento insoportable que le ocasiona el hambre, pide que lo maten para no seguir sufriendo; y la sociedad, en lugar de darle de comer, le ofrece como solución darle validez a su renuncia a la vida y a su pedido de “ayuda”, y se permite (y en el caso de esta sentencia, ordena) que alguien le dé muerte. Y esto es más grave aun cuando la sociedad actual (a diferencia de lo que pudo ocurrir un siglo atrás) tiene el alimento para darle: los cuidados paliativos.

La respuesta social al problema del sufrimiento y de la enfermedad terminal no puede ser la de permitir matar al enfermo o al que sufre. Permitir que se mate a alguien que no está atacando el derecho a la vida de los demás es negar que esa persona tenga dignidad, derecho a la vida. Y el Estado no tiene potestad para eso. Como ha dicho nuestra Suprema Corte de Justicia, en sentencia n° 365/2009,

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible –que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir– no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. (Suprema Corte de Justicia, 2009, octubre 19)

Los derechos “inherentes a la personalidad humana”, la igual dignidad inherente de todo ser humano, de toda vida humana, su carácter de derecho inalienable e irrenunciable no son otorgados por el Estado, ni puede éste quitarlos.

El Estado, a través del Poder Judicial o del Poder Legislativo, no puede crear supuestos “derechos” que no son otra cosa que la violación de los derechos fundamentales, que faciliten una práctica contraria a la igual dignidad inherente y a los derechos inherentes a todo ser humano. Tiene el deber de protegerlos “por un régimen de Derecho”, como dice la DUDH. Un régimen de derecho que distinga entre “eutanasiables” y no “eutanasiables” para reconocerles o no una dignidad y derecho a la vida irrenunciables... tal régimen, por contradecir esos derechos y principios fundamentales, ingresa en el campo de lo “no decidible”: no sería un régimen de derecho, sino un régimen de facto, en el que se otorga valor jurídico a la libertad fáctica ejercida contra los derechos humanos inalienables, irrenunciables e inviolables. Ni el juez ni el legislador tienen potestad para cambiar el régimen de Derecho construido sobre la base de estos derechos fundamentales, de esta igual dignidad de todo ser humano.

## Referencias bibliográficas

- Altieri, Santiago. 2017. *El Comienzo de la personalidad jurídica del ser humano en el Derecho uruguayo*. Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Aristóteles, De Anima. [https://onemorelibrary.com/index.php/es/?option=com\\_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=10006](https://onemorelibrary.com/index.php/es/?option=com_djclassifieds&format=raw&view=download&task=download&fid=10006) (extraído el 25-5-21).
- Corte Superior de Justicia de Lima, 11er. Juzgado Constitucional. (Perú). Juez: Ramírez Nino de Guzmán, Jorge Luis. Sentencia Resolución número seis del 22 de febrero de 2021 (Sentencia n° 6). Expediente 00573-2020-0-1801-JR-DC-11. Acción de amparo de Ana Estrada Ugarte, contra Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, y Seguro Social de Salud del Perú. Recuperado de [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3/D\\_Sentencia\\_Ana\\_Estrada\\_250221.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3/D_Sentencia_Ana_Estrada_250221.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3)
- Finnis, John. 1992. *Absolutos morales*. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, EIUNSA, S.A.
- Hervada, Javier. 1993. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: EUNSA.
- Kant, Immanuel. Traducción de Roberto R. Aramayo. 2012. *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Alianza editorial, 2ª edición.
- Kant, Immanuel. Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 2008. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Ed. Tecnos, 4ª edición.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 2005. *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Massini Correas, Carlos Ignacio. 2017. *El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos*. En Saldaña Serrano, Javier (coordinador) "Problemas actuales sobre derechos humanos – Una propuesta filosófica". <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9015> (Extraído el 25-5-21).
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Pallares Yabur, Pedro de Jesús. 2020. *Un acuerdo en las raíces. Los fundamentos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (De Jacques Maritain a Charles Malik)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Rachidi, I. (2020, julio 22). Eutanasia para mayores sanos "cansados de vivir" llega al Parlamento holandés. *La Vanguardia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com>



com/vida/20200722/482469036442/eutanasia-para-mayores-sanos-cansados-de-vivir-llega-al-parlamento-holandes.html

Real Academia Española. (2014). Inherente. En *Diccionario de la lengua española* (23.<sup>a</sup> ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/inherente?m=form>

Real Academia Española. (2014). Intrínseco. En *Diccionario de la lengua española* (23.<sup>a</sup> ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/intr%C3%ADnseco?m=form>

Spaemann, Robert. 1998. *Sobre el concepto de dignidad humana*. En Massini, C.I. y Serna, P. (Eds.), J. Finnis, G. Kalinowski, A. Ollero, V. Possenti y R. Spaemann. *El derecho a la vida*. Pamplona: EUNSA.

Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2000, diciembre 20). Sentencia 525 del 20 de diciembre de 2000 (Sentencia n° 525). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=239294>

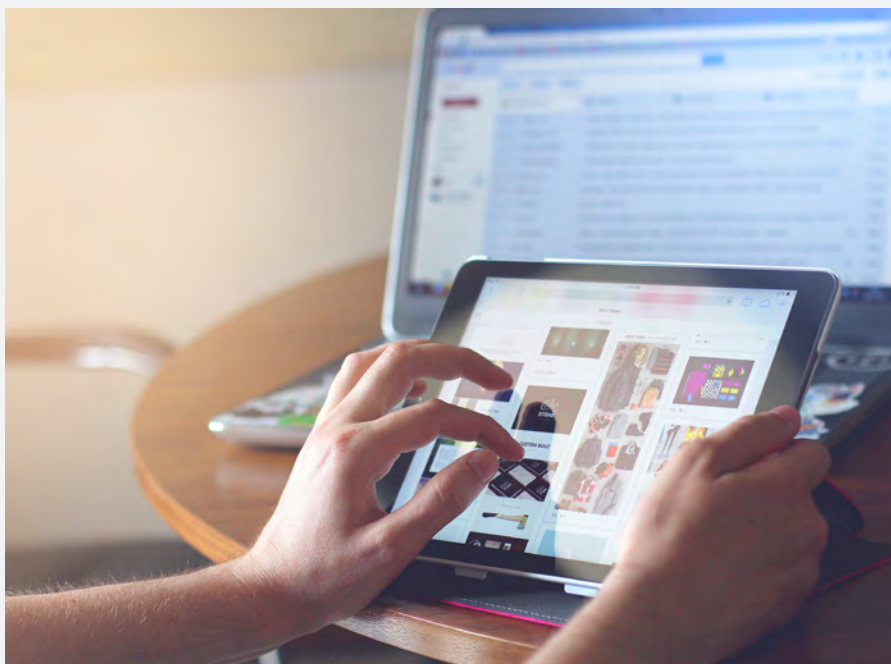
Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2009, octubre 19). Sentencia 365 del 10 de octubre de 2009 (Sentencia n° 365). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=239346>

Uruguay. (1994, octubre 19). Ley n.º 16.603: Código Civil. *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>

Uruguay. (2008, agosto 26). Ley 18.335: Derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los servicios de salud. *Diario Oficial*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18335-2008>

Uruguay. (1967). *Constitución de la República*. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>





## INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y postgrados



### Nuevas autoridades en 2021

*A partir de febrero de 2021 asumirán nuevas autoridades a las facultades de Derecho, Humanidades y Educación, Ingeniería y la Escuela de Negocios IEEM*



La Comisión Directiva de la Asociación Civil Universidad de Montevideo realizó en estos días el nombramiento de nuevas autoridades para algunas de las unidades académicas de la institución. Según los estatutos de la Universidad, asumirán sus cargos a partir del 1 de febrero de 2021.

En la Facultad de Ingeniería (FIUM) asumirá como decano el Dr. Ing. Martín Tanco. El actual decano, Dr. Ing. Claudio Ruibal, seguirá aportando sus conocimientos y experiencia como profesor full-time y liderando el proyecto del traslado a la nueva sede de Ingeniería en el Parque Tecnológico del LATU para 2022.

Como decano de la Facultad de Derecho (FDER) asumirá el Dr. Miguel Casanova. El Dr. Nicolás Etcheverry, actual decano de dicha unidad, continuará con su actividad docente en la Universidad de Montevideo.

La Facultad de Humanidades y Educación (FHUMyE) tendrá como decano el Dr. Francisco O'Reilly. El actual decano, Prof. Ramiro Podetti, continuará su labor docente en diversas facultades de la UM.

En el Instituto de Estudios Empresariales Montevideo (IEEM) asumirá como nuevo decano el Cr. Gerardo Beramendi. El actual decano, Dr. Pablo Regent, continuará con su actividad docente en la Escuela de Negocios de la UM.

En 2021 se mantendrán en sus cargos los directores del Centro de Ciencias Biomédicas, Dr. Alberto Sosa y Mag. Patricia Schroeder, quienes asumieron en 2020 la tarea de liderar el Centro, que cumple los veinte años desde su fundación. También mantendrán sus cargos el decano de Facultad de Comunicación, Dr. Álvaro Pérez; el decano de Ciencias Empresariales y Economía, Dr. Alejandro Cid y la vicedecana de la unidad, Dra. Mercedes

Rovira. En la Dirección de Relaciones Internacionales, permanecerá la Dra. Luisa Peirano como directora, así como en el puesto que también integra en el Comité Ejecutivo de la UM. Asimismo, la directora de Admisiones, María José Frontini, la directora de Initium, Josefina Maisonnave, y la encargada de Comunicación Institucional, Mariana Gugelmeier, continuarán en los cargos designados.

La Asociación Civil Universidad de Montevideo desea reconocer y agradecer muy especialmente a quienes han ejercido los cargos de decanos en este periodo que termina, valorando su contribución al crecimiento y desarrollo de sus respectivas facultades. Su participación en la docencia y otros proyectos en el futuro seguirán siendo un aporte para toda la Universidad.

## Perfiles de nuevos decanos

### **Martín Tanco: nuevo decano Facultad de Ingeniería**



Es ingeniero industrial graduado de la Universidad de Montevideo, postrado en Calidad por la Universidad de Navarra y doctor en Ingeniería Industrial por la misma universidad. Es profesor en la Universidad de Montevideo desde 2010 y se ha desempeñado como director del Centro de Innovación en Organización Industrial de la UM desde sus inicios en 2014. En la Universidad, también es el presidente de la Comisión de postgrados de la Facultad de Ingeniería. Es investigador y autor de numerosas publicaciones, así como creador de varios cursos y programas ejecutivos ligados a organización industrial, logística sustentable y metodologías aplicadas a estas disciplinas.

### **Miguel Casanova: nuevo decano Facultad de Derecho**



Es abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, magíster en Derecho por la Universidad de Navarra, doctor en Derecho Mercantil por la misma universidad, y realizó el PDD en 2017 en la Escuela de Negocios IEEM. Desde 2012 es profesor de grado y postgrado de Derecho Comercial y Gobierno Corporativo de la FDER, director del Máster en Derecho (LLM) y del Posgrado en Asesoramiento Corporativo y editor responsable de la Revista de la Facultad de Derecho de la UM. Es investigador y autor de diversos trabajos académicos en materia de Derecho Comercial.

### **Francisco O'Reully: nuevo decano Facultad de Humanidades y Educación**



Es licenciado en Filosofía y profesor de Filosofía por la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Argentina), magíster y doctor de la misma disciplina por la Universidad de Navarra. Es profesor de la Universidad de Montevideo desde 2011, donde dirige el Departamento de Filosofía de la Facultad de Humanidades y Educación y coordina el área de Formación Humanística de la Universidad. Es investigador y autor de numerosas publicaciones en las áreas Humanidades, Filosofía, Ética y Religión, Historia y Filosofía de la Ciencia y la Tecnología.

### **Gerardo Beramendi: nuevo decano Escuela de Negocios IEEM**



Es licenciado en Administración y Dirección de Empresas y contador público por la Universidad de la República. Cuenta con formación ejecutiva en estrategia financiera, creación de ventaja competitiva y negociación a través de la Universidad de Pennsylvania (EEUU), de liderazgo ejecutivo (por la IAE Argentina) y en estrategia de CFO y gestión de escenarios complejos por la Escuela de Negocios de Darden en la Universidad de Virginia (EEUU). Ha estado vinculado con The Coca-Cola Company desde 1981 al presente como director en varias organizaciones de la compañía, primeramente, como gerente de la división financiera de Coca Cola en México, como vicepresidente de Finanzas en Latinoamérica y luego como presidente de Ades para el Cono Sur. Por más de veinte años fue presidente de APDES Argentina Educación.

## Despedida y agradecimiento del Dr. Nicolás Etcheverry

*Carta del decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry, en agradecimiento a la comunidad de la UM por los años de trabajo conjunto en su gestión como líder de la unidad académica*



Estimada comunidad de la UM:

Luego de casi quince años, a comienzos de 2021 llega el momento de pasar la posta en el ejercicio del decanato de la Facultad de Derecho. Es momento propicio para que el Dr. Miguel Casanova asuma esta función y con seguridad, lo hará con la excelente diligencia que lo caracteriza.

Fueron años que disfruté muchísimo. Y si así fue, es porque tuve el privilegio de trabajar con un grupo de personas de impresionante calidad. En el área administrativa, el compromiso, la seriedad y buena onda de, en las primeras etapas, Mercedes Otegui, Analía Hareau, María José Regueiro, Belén Robles y Jorge Magliocca, y en una etapa más reciente, Ana Inés Strauch, Anni Beleño, María Mercedes González Berro, Victoria Andregnette y Cecilia Gomeza fueron un constante alivio para mis tareas.

Muchas cosas logradas durante estos años no habrían sido posibles sin el apoyo brindado por el equipo de trabajo que semana a semana y mes a mes se fue armando y gestando en las personas de Miguel Casanova, María Brugnini, Guillermo Rosati, Pablo Genta, Marcelo Sheppard y Sofía Maruri. Como en los deportes, fue un “Dream Team” que con incansable dedicación y constante buen humor, colaboraron conmigo para ir decidiendo las cuestiones y resolviendo en el Consejo los problemas cotidianos de la Facultad, tanto a nivel de grado como de posgrado. Muy difícil habría sido tener un equipo mejor.

El personal de limpieza, con tantas muestras de cuidado en los detalles y delicadeza que a lo largo de estos años pusieron Daniela Cotto, Nora Rodríguez, Elsa Pean, Gabriela Buccino y Jacqueline Velázquez, que se ocuparon de la sede y salones de esta Facultad durante varios años. El grupo de seguridad, personificado en nombres tan gratos como Carlos Echart, Eduardo Duarte, Néstor Silva, Rodolfo Sánchez, José Luís Gularte, Mauro Acosta y Aníbal Miqueiro, todos supervisados por Aníbal González, quienes

durante todo este tiempo y de manera permanente estuvieron disponibles para ayudar en lo que fuera, tanto dentro como fuera de la sede, siempre con una sonrisa y espíritu deportivo- positivo.

El equipazo de profesores que a lo largo de estos lustros se brindaron generosamente para dar lo mejor de cada uno, aportando sus conocimientos y experiencia, y poniendo la mejor voluntad cuando a veces las condiciones materiales o edilicias nos limitaron. Varios de ellos ya fallecieron, como el inolvidable Mariano Brito, docente y primer rector de esta Universidad, Juan Bautista Schroeder, Dante Corrente, Héctor Gros Espiell, Enrique Arezo, Ronald Herbert, Alvaro Eirín, Miguel Langon, Siegbert Rippe y Horacio Cassinelli. Todos, cada uno a su manera y estilo, fueron sembrando semillas de calidad humana y prestigio académico que enaltecieron a nuestra Facultad y me enriquecieron personalmente.

Y sin dudas, un enorme agradecimiento a todos los alumnos, los ya egresados y los actuales. Por su compromiso con el estudio, por sus consultas y planteos en las asesorías académicas, por su laboriosidad y desempeño en tantas competencias nacionales e internacionales y por su condición de excelentes embajadores de la UM a la hora de ejercer su profesión tanto dentro como fuera de fronteras. Ustedes han sido la mejor muestra de excelencia, el mejor ejemplo y reflejo de los objetivos que nuestra Universidad, a través de su estatutos, visión y misión se ha trazado desde su fundación.

Mi agradecimiento se extiende a todas las personas que forman parte de esta casa de estudios, de nuestra querida UM. A todos ellos y a mi familia lo hago extensivo; a quienes nombré y quienes no mencioné expresamente por distracción, olvido involuntario y porque la lista es muy larga.

Solo me resta desearles muchos logros a partir del 2021, con la certeza de que esto continuará y que lo mejor está todavía por llegar.

Nicolás Etcheverry Estrázulas



## Se publicó el tomo II del libro “Estudios sobre los desafíos jurídicos ante la digitalización”

*Más de treinta profesionales trabajaron para esta segunda edición, que surgió del Postgrado Transformación Digital y el Derecho*



El tomo II del libro “Estudios sobre los desafíos jurídicos ante la digitalización” se comenzó a gestar en el marco de la primera edición del Postgrado Transformación Digital y el Derecho de la Facultad de Derecho UM (FDER), en marzo de 2020. La segunda edición fue publicada en enero de 2021, bajo la coordinación de la Dra. Mercedes Aramendia Falco, y está disponible en la Biblioteca de la UM y en la Librería Aquileo, que funciona dentro de la sede central de la UM.

Este segundo tomo trata diversos temas de actualidad, bajo un abordaje multidisciplinario y práctico, que permite considerar al Derecho y a la Tecnología de forma conjunta. El tomo I partía de la base de que las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tienen cada vez mayor participación en todos los ámbitos de nuestras vidas. Cumplen un rol clave para el desenvolvimiento social y económico de todos, generando múltiples oportunidades y desafíos, que plantean al orden jurídico el reto de adaptarse y de responder adecuadamente al nuevo contexto digital, a fin de impulsar la innovación, el desarrollo, y permitiendo que todos sean parte.

En el tomo II se presentan veinticuatro artículos de investigación sobre diversos aspectos, de suma actualidad, relacionados con el ecosistema digital. Esta edición está conformada por el trabajo de más de treinta profesionales que han participado en el dictado del Postgrado de Transformación Digital y el Derecho, así como de otros expertos que han investigado sobre áreas de actualidad y de interés vinculadas con los desafíos jurídicos de la digitalización.

“Quiero destacar la participación de los profesores, así como de los alumnos y de los expertos invitados, gracias a quienes pudimos hacer posible esta obra colectiva, rica en contenido, que nos permite considerar diversos temas de actualidad, bajo un abordaje multidisciplinario y práctico. Asimismo, quiero agradecer especialmente al Profesor Dr. Eduardo Esteva Gallicchio, quien nos hizo el honor de prologar esta obra, así como agradecerle todas sus enseñanzas en relación al Derecho Constitucional y a los Derechos Humanos, que establecen las bases de nuestro Derecho y de nuestra sociedad”, destacó la Dra. Aramendia.

## Del aula al papel

En las clases del Postgrado en Transformación Digital y el Derecho se comenzó la investigación, haciendo énfasis en la digitalización, en los desafíos regulatorios y en la conectividad. A continuación, se procedió a analizar sobre los servicios y aplicaciones digitales y se profundizó en determinados elementos que forman parte de la economía digital, como son: la competencia, la inclusión financiera, las Fintech, los activos digitales, las criptomonedas, la tecnología blockchain, la tokenización de activos y los smartcontracts.

Finalmente, se consideraron diferentes desafíos relacionados con los derechos humanos, como son: la libertad de expresión y de acceso a la información, la privacidad, la protección de los datos personales, el futuro del trabajo, la ciberseguridad y la importancia de desarrollar programas para la capacitación digital y tecnológica.

“Como surge de cada uno de los trabajos, la temática es de sumo interés y actualidad, sobre todo considerando que la transformación digital se ha acelerado a consecuencia de la pandemia del COVID-19, la cual ha generado grandes cambios sociales y económicos, y que demostró la importancia y la necesidad de abrazar la conectividad, a la tecnología, así como a las posibilidades que los servicios y las aplicaciones digitales nos ofrecen”, explicó Aramendia.

“Los desafíos jurídicos que la digitalización conlleva son muchos, pero lo esencial es identificarlos y trabajar sobre los mismos, junto con los diversos actores de la sociedad, a fin de que Internet y el ecosistema digital se puedan seguir desarrollando, en un entorno seguro e igualitario que impulse la innovación, el desarrollo y la investigación, al tiempo que se garanticen los derechos humanos de todos. En esta línea, no solo es importante ser ágiles y actuar con transparencia, así como colaborar entre todos, sino que además es fundamental que trabajemos en la educación y demos seguridad a las personas para que confíen, adopten los cambios y sean parte”, agregó la coordinadora del libro.

**“Estamos obligados a desarrollar soluciones que permitan proteger y promover los Derechos Humanos”**

“Quiero subrayar que la pandemia dejó de manifiesto la importancia de trabajar en equipo, de forma colaborativa, y esta obra es un fiel reflejo de ello, en tanto nos permite considerar diversos temas de actualidad, bajo un abordaje multidisciplinario y práctico”, comentó la Dra. Aramendia.

“Asimismo, me interesa destacar que si bien por un lado la pandemia del COVID-19 aceleró la transformación digital, siendo evidentes las oportunidades que el mundo digital nos ofrece; por el otro lado, tiene riesgos y principalmente respecto a los Derechos Humanos, por ejemplo: respecto a nuestra intimidad, a la libertad de expresión, al acceso a la información, a los derechos de autor, a no ser discriminados, a la igualdad. Por lo cual, estamos obligados a desarrollar soluciones que permitan proteger y promover los Derechos Humanos para asegurar su efectividad, en la medida en que son esenciales para lograr la libertad, la justicia y la paz, siendo fundamental, como surge de la Declaración Universal de Derechos Humanos, -la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, así como que se adopten medidas de carácter nacional e internacional, para su reconocimiento y aplicación-”, concluyó.

## Contenido del Tomo II ““Estudios sobre los desafíos jurídicos ante la digitalización”

- (i) La evolución de las Telecomunicaciones y su incidencia en el Derecho Uruguayo
- (ii) La regulación de las Telecomunicaciones en Uruguay
- (iii) Los Servicios de Comunicación Audiovisual
- (iv) La Piratería de Contenidos Audiovisuales en Uruguay
- (v) Servicios y Aplicaciones Digitales. Plataformas y Economía Digital
- (vi) Aplicaciones de las tecnologías en el sistema de justicia
- (vii) El contrato de escrow en el derecho uruguayo.
- (viii) Tecnología y seguros. Ciber riesgos en el mundo insurtech.
- (ix) La Convención de Budapest como paradigma en materia de ciberdelincuencia.
- (x) Hacia una ley de privacidad en Estados Unidos: lecciones desde Europa
- (xi) Principales diferencias y similitudes entre el RGDP y la CCPA
- (xii) La demanda del DOJ estadounidense contra Google por abuso de posición dominante: resumen, comentarios sobre el contexto y posibles consecuencias
- (xiii) Compliance y Activos Digitales en Uruguay
- (xiv) La regulación del crowdfunding financiero en Uruguay
- (xv) Blockchain: Características y Aplicabilidad
- (xvi) Bitcoin y Criptomonedas
- (xvii) Bitcoin un Desafío de Integración
- (xviii) Formación y Elementos Jurídicos de los Smart Legal Contracts
- (xix) Piratería de contenidos Audiovisual online en Uruguay / Desafíos regulatorios en la protección de derechos en la Era Digital
- (xx) Responsabilidad civil por hecho dañoso de un robot
- (xxi) Internet of Things (IoT) desde la perspectiva del consumidor
- (xxii) Inteligencia Artificial en Uruguay. Derechos, situación actual y perspectivas
- (xxiii) Inteligencia Artificial para el análisis de jurisprudencia
- (xiv) Aplicación de blockchain para el nuevo fondo coronavirus
- (xv) Implementación de las nuevas tecnologías en los juegos de azar Uruguay
- (xvi) La sociedad digital. Garantías de los individuos, aplicación y dinámica, los desafíos que enfrenta
- (xvii) California Consumer Privacy Act. Innovaciones e Impactos
- (xviii) La regulación de las telecomunicaciones en la era del COVID-19: reflexiones para América Latina

## Facultades de Derecho se reunieron con el Dr. Martín Lema

*El Presidente de la Cámara de Representantes convocó a representantes de las Facultades de Derecho de Uruguay en el marco del Programa de Modernización Legislativa*



El lunes 22 de febrero, con ocasión de estar finalizando su período de Presidente de la Cámara de Representantes, el Dr. Martín Lema convocó a una reunión virtual a todos los decanos de la Facultades de Derecho del país, así como a otras asociaciones vinculadas al mundo jurídico, como la Asociación de Escribanos o el Colegio de Abogados, Naciones Unidas, para una reunión de cierre, rendición de cuentas y agradecimiento por todo el trabajo realizado durante el año 2020 en torno al Proyecto de Modernización Legislativa (PROMOLE). De este encuentro participaron, en representación de la FDER de la UM, el Dr. Miguel Casanova (decano de la FDER) y el Dr. Nicolás Etcheverry.

El objetivo de dicho Proyecto fue recibir aportes de todas estas entidades, otros operadores del derecho, así como de muy diversos integrantes de la sociedad civil, para detectar en el ordenamiento legal cuáles normas podrían ser consideradas obsoletas, no ajustadas a la Constitución, sin una adecuada reglamentación, así como recibir sugerencias y recomendaciones sobre otros temas para legislar, aportes en torno a los diversos códigos o futuras codificaciones.

Durante todo el 2020, muchos docentes de la FDER de la UM colaboraron en este sentido, en áreas como Civil, Comercial, Administrativa, Laboral, Ambiental y Penal. Entre todas las facultades, tanto las de gestión privada como la Universidad de la República (UdelaR), hubo aportes de unos doscientos docentes de diversas cátedras, lo que resultó en veintiséis proyectos de ley en trece diversas áreas temático-jurídicas que se consideraron prioritarias, entre otras formas de cooperación.

“Esto mostró el claro espíritu de unidad que reinó entre todos los involucrados para procurar mejorar las normas y la legislación en nuestro país, apuntando a una excelencia y profesionalización de tan importante tarea. También, se vio un claro reconocimiento a realizar la misma con un enfoque técnico, académico y no politizado por visiones partidistas, ideológicas o fragmentadas”, expresó el Dr. Etcheverry.

## Graduada de FDER realizó pasantía online en la OEA

*Carmela Valenzuela fue pasante en el Departamento para la Promoción de la Paz y de Coordinación con Gobiernos Subnacionales de la Organización de Estados Americanos*



Ella siempre estuvo al tanto de que la Organización de los Estados Americanos (OEA) contaba con un sistema de pasantías, pero nunca dio el paso de apuntarse porque pausar la universidad o el trabajo e irse a Washington DC no estaban en sus planes. Pero llegó el momento en el que las excusas se acabaron: debido al estado de emergencia sanitaria a nivel mundial, las pasantías se ofrecieron en formato virtual. A cuatro meses de graduarse como abogada en la Facultad de Derecho de la UM, Carmela Valenzuela se postuló. De las 900 personas que se anotaron, eligieron a setenta. Carmela fue una de ellas.

155

### ¿Dónde realizaste tu pasantía?

Fui pasante en el Departamento para la Promoción de la Paz y de Coordinación con Gobiernos Subnacionales de la OEA. Este departamento depende de la Secretaría para el fortalecimiento de la Democracia, que tiene su sede en Washington DC.

La pasantía se desarrolló desde setiembre de 2020 hasta diciembre del mismo año, mientras cursaba el último año de carrera.

El hecho que fuera en formato virtual no fue en desmedro de la calidad y de todo lo que pude aprender. Todas las semanas se celebraron reuniones en las que expertos de varios departamentos efectuaron conferencias de real interés, de temas relativos a derechos humanos y fortalecimiento de la democracia en las Américas. Dentro de las actividades semanales también pude asistir una simulación de una sesión de la Asamblea General de la OEA.

## ¿Cuáles fueron tus tareas como pasante?

Mis tareas consistieron en la cooperación en la publicación de una “Guía práctica para una efectiva respuesta a la pandemia a nivel subnacional”; la investigación de los distintos impactos y respuestas de la pandemia en las Américas; la creación de contenido para las redes sociales del Departamento para la Promoción de la Paz, entre otras.

Esta experiencia no habría sido tan gratificante sino hubiese tenido como supervisores a la Sra. directora Magdalena Talamás y al Dr. Ricardo Cabral, quienes, en todo momento, además de estar presentes, me brindaron el apoyo necesario para desempeñar mis tareas. En verdad, actuaron más como mentores que como supervisores.

## ¿Pudiste coincidir con los demás pasantes?

La virtualidad de la pasantía no impidió la posibilidad de hacer networking ni de efectuar intercambios o lograr nuevas amistades. Los pasantes actuamos en grupos reducidos, lo que permitió profundizar el conocimiento mutuo y hasta hacernos amigos.

Asimismo, una vez a la semana se celebraba una reunión entre todos los pasantes para conocer qué actividad estábamos efectuando en cada área de trabajo. Sin ninguna duda, el intercambio con personas de diferentes países de las Américas nos permitió profundizar el conocimiento de otros países y de nuestra región.

Fue una experiencia muy linda, no solo por el trabajo -que tiene un impacto directo en las personas de las Américas- sino también por las amistades que gané. La oportunidad de trabajar con gente de todo el mundo me hizo crecer tanto en el aspecto profesional como en el personal. Sin dudas, recomiendo la pasantía.

## Mano a mano con Isabel Laventure

*Conversamos con la Alumna UM de Derecho, sobre su trayectoria en el mundo de la abogacía, los desafíos de las mujeres en el área profesional y sus motivaciones para desarrollar su carrera.*



Isabel Laventure integra el equipo de Impuestos de FERRERE como socia y se desempeña tanto en el área de asesoramiento en esa materia como en litigios. También realiza asesoramiento corporativo general para empresas de distintos sectores de actividad.

El año pasado recibió el prestigioso premio de “*Women in Business Law*”, reconociéndola como la mejor abogada de Impuestos de Latinoamérica.

Estudió Derecho en la Universidad de Montevideo y se tituló con honores como abogada en 2004. Obtuvo un Máster en Derecho (LL.M.) en la *Columbia University School of Law* en 2007, recibiendo por sus calificaciones el mérito *Harlan Stone Scholar*. En el marco del Día internacional de la Mujer, dialogamos con ella sobre los desafíos, oportunidades, motivaciones y aprendizajes que encontró en su camino profesional.

### ¿Por qué decidiste estudiar Derecho?

Es difícil para mí contestar esa pregunta, porque lo cierto es que no fue una decisión meditada ni analizada en profundidad. Desde muy chica dije que iba a ser abogada (aun sin tener una idea muy acabada de qué hacía verdaderamente un abogado). Cuando llegó el momento de elegir -primero una orientación en Bachillerato y después la carrera- ni me lo cuestioné. Hoy, más de veinte años después, creo que tomé la decisión correcta porque es una profesión que me encanta ejercer.

### ¿Cuáles son los mayores desafíos que tienen las mujeres para desarrollar su profesión?

Más allá de todas las barreras externas, de las cuales no se discute que existen, y sobre las que todos tenemos responsabilidad de actuar, las mujeres, en general, pecamos de humildad para “vendernos”. Y, a la vez, nos cuesta pedir ayuda, porque lo identificamos con una debilidad que no tiene lugar en el ámbito profesional. Una combinación que puede ser fatal.

## ¿Cuál es tu consejo para mujeres que aspiran a cargos ejecutivos?

Primero, les diría que es genial que tengan aspiraciones de ese tipo y que la ambición a nivel profesional no es mala palabra. Segundo, que es importante que esa aspiración sea conocida por los demás, para que las oportunidades se presenten. Tercero, que tienen que decir “Sí” cuando llegue la oportunidad, aunque no se sientan completamente preparadas.

## ¿Cuál es tu mayor motivación para desarrollarte como profesional?

“El miedo” en el mejor sentido de la palabra. Cuando me enfrenté a los primeros exámenes en el liceo, estaba estudiando un día y me paralicé. Me dio pánico el fracaso. Y mi madre me propuso un ejercicio que me acompañó siempre a partir de ese momento. Cuando me enfrento a un desafío profesional, pienso en el peor escenario posible: ¿qué pasaría si todo saliera mal? Eso ayuda a poner las cosas en perspectiva. Normalmente, luego de analizar los escenarios, te das cuenta de que el mundo no se va a acabar si las cosas salen mal. A partir de ahí, creo el compromiso necesario para conseguir el objetivo y me doy recompensas cuando lo cumplo.

## Si tuvieras que identificar un aprendizaje que hayas tenido a lo largo de tu carrera, ¿cuál sería?

Identificar las cosas en las que soy buena e identificar las cosas que la organización en la que estoy o el mercado en general valorizan y focalizarme en la intersección de ambas. Eso me ha permitido ser dueña de mi propia carrera.

## ¿Cuál es tu consejo para las mujeres que quieren estudiar Derecho?

Que no se limiten a estudiar y sean conscientes desde el inicio de sus carreras de la importancia de desarrollar una red de contactos y de estar atentas a dónde están las oportunidades para aprovecharlas.

## ¿Qué recuerdos tenés sobre tu paso estudiando en la UM? ¿Nos podrías contar alguna anécdota?

Me recibí de abogada en 2004, soy de la generación 2000 (la segunda de Derecho). En 2006, empecé un LLM en la Universidad de Columbia, en Nueva York. La primera semana todos los estudiantes del LLM -más de 200, de todo el mundo- teníamos que asistir a un curso de *Introduction to the US Legal System*. El syllabus era básicamente el del *US Program* que yo había hecho en la UM. ¡Fue el mejor inicio de Máster que podría haber tenido!

## ¿Cuáles son los principales desafíos que encontrás a la hora de combinar el desarrollo profesional con el rol de madre?

Estoy casada con Gabriel y tenemos dos hijos: Timoteo, de ocho años, y Olivia, que está a punto de cumplir siete. La maternidad no significó para mí un “parate” en mi carrera ni nada parecido, fue muy poco traumático. Sé que en ese sentido soy una privilegiada, porque tengo una organización familiar muy bien aceptada y flexible, lo que es fundamental para mí, y mi marido es un igual en tema de responsabilidades y presencia.



## Equipo FDER obtuvo primer puesto en CAM Santiago Vis Pre-Moot

*En la final de la competencia de arbitrajes, la UM enfrentó a la Universidad de Buenos Aires*

Un equipo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la UM obtuvo el primer puesto en la competencia “*Second CAM Santiago Vis Pre-Moot*” organizada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Participaron de la edición doce equipos -tanto de Latinoamérica como de Europa- entre los cuales se encontraban la Universität Frankfurt am Main, King’s College London, Università di Milano-Biocca, Universidad de Viena, Christ School of Law y la Universidad de Buenos Aires.



“Logramos disputar la final contra la Universidad de Buenos Aires, arbitrada por un excelente panel, compuesto por expertos en arbitrajes internacionales, tales como Loukas Mistelis, Nigel Blackaby QC y Sabina Sacco, y obtuvimos el primer puesto de la competencia”, comentó Vilaseca.

Además, los oradores Joaquín Berriolo y Romina Rossi empataron en el primer puesto, obteniendo la mejor puntuación como oradores, junto con una estudiante de King’s College London.

El equipo también ha participado en Premoots organizadas por la Universidad Carlos III de Madrid, y por la Corte Permanente de Arbitraje, en preparación de la competencia *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* a celebrarse en Semana Santa.

## Aspectos legales de la vacunación contra Covid-19

*El Webinar Alumni estuvo a cargo de los docentes de FDER, Dr. Tomás Teijeiro y Dr. Matías Pérez del Castillo*



El área de Alumni de la Universidad de Montevideo (UM) organizó un webinar sobre los aspectos legales de la vacunación contra el Covid-19, en el que expusieron docentes de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, el Dr. Tomás Teijeiro, inspector general del Trabajo y de la Seguridad del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), y el Dr. Matías Pérez del Castillo, socio de Pérez del Castillo & Asociados.

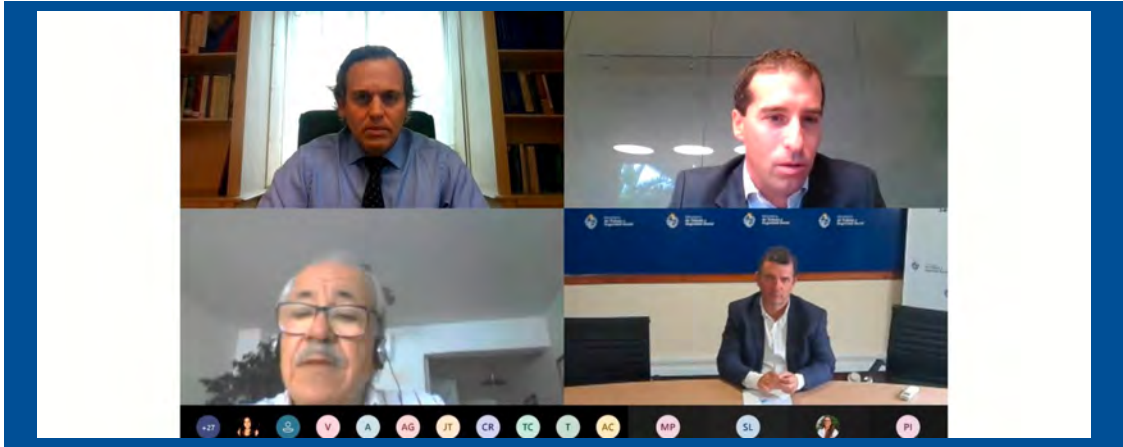
Este encuentro online se llevó a cabo el miércoles 17 de marzo y se centró en evacuar preguntas por parte de los participantes. El moderador, que fue el decano de FDER, Miguel Casanova, comenzó con el disparador: ¿Las empresas pueden exigir la vacuna a sus empleados?

“Un empleador no puede obligar a un trabajador a vacunarse contra el Covid-19, ya que no existe una fuente jurídica que pueda invocar para justificar esa obligación”, comentó el Dr. Pérez del Castillo. “En Uruguay la normativa que hay sobre vacunas obligatorias taxativamente especifica cuáles son las que deben darse, por un lado, los ciudadanos y, en relación al trabajo, los trabajadores (...) y en esa regulación no está comprendida la vacuna contra el Covid-19”, explicó en alusión al carácter específico.

El Dr. explicó que el Decreto 406/88 manifiesta, en términos generales, que los empleadores deben obligar al personal a darse vacunas efectivas. “Este es un decreto que está vigente y que algunos empleadores están invocando para fundamentar esta exigencia de que el personal se vacune, pero este no aplica al caso, por un lado, porque refiere a vacunas efectivas, y justamente una de las cosas que está en tela de juicio es si esta vacuna es o no efectiva; pero más allá de eso, por una cuestión formal, y es que la Constitución establece que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por leyes aprobadas por razones de interés general. Por leyes y no por decretos aprobados por el Poder Ejecutivo de turno”, aclaró. “¿Y acá cuál es el derecho fundamental que se estaría limitando al exigir la vacunación obligatoria? El de la salud de los trabajadores que optan por no vacunarse”, concluyó.

El Dr. Teijeiro, desde su rol en el MTSS, declaró: “Las relaciones laborales en Uruguay —y del mundo— nos enseñan que las mejores soluciones son las que las partes se dan a sí mismas, porque cuando son libres suelen acordar lo que es mejor para ellas mismas y para sus intereses (...) Apostar al diálogo cuando lo que prima es la libertad es la mejor manera de que las partes busquen la mejor solución”.

A lo largo del webinar se discutieron casos de desvinculación como medida justificada, opciones alternativas y otras cuestiones legales que propusieron los participantes.



## El desarrollo e impulso del trabajo Pro Bono en Uruguay y en Kenia

*La FDER se reunió por teleconferencia con la Strathmore University (Kenia) y el director de Pro Bono Partnerships del Cyrus R. Vance Center for International Justice*



El miércoles 24 de marzo el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Casanova, Sofía Maruri y Nicolás Etcheverry participaron en una teleconferencia con Jasper Lubeto y Allan Mukuki de la Facultad de Derecho de Strathmore University (Kenia) y Jorge L. Escobedo, director de *Pro Bono Partnerships* del *Cyrus R. Vance Center for International Justice* (Nueva York).

Al igual que la Universidad de Montevideo, *Strathmore University* comenzará a ser una *clearing house* del *Vance Center of International Justice*, para impulsar el trabajo pro bono en su país. De este modo, será un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los estudios jurídicos que con su trabajo pro bono pueden asumirlo.

En la teleconferencia hubo un intercambio de ideas sobre el desarrollo e impulso del trabajo Pro Bono en Uruguay y en Kenia, desde la Universidad. Sofía Maruri, encargada del seguimiento del trabajo Pro Bono en la Facultad de Derecho de la UM, comentó en la reunión distintos proyectos que se han desarrollado a lo largo del 2020, por ejemplo, una investigación sobre Migración y Refugio en América Latina que fue liderada por el Estudio Ferrere Abogados y la Fundación Pro Bono de las Américas. También hizo mención a otros proyectos que están en marcha para este 2021, por ejemplo, con la ONG Casavalle de Pie, para brindar asesoramiento legal a personas de escasos recursos en la localidad de Casavalle.

## Equipo de la FDER en competencia internacional de American University

*Los alumnos de la UM se preparan para la segunda fase de la competencia de Derechos Humanos IAMOOT*



Desde finales de enero del 2021, un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo se prepara para participar, por primera vez, de la Competencia de Derechos Humanos IAMOOT que organiza American University, situada en Washington DC, Estados Unidos. La semana previa a Semana Santa entregaron el memorial escrito correspondiente a la primera fase de la competencia, y ahora se preparan para la segunda fase de las rondas orales que será en mayo.

El grupo de alumnos de la FDER que participa está compuesto por Gabriela Ripoll, Francisco Ferreira, Florencia Urban, María Eugenia García, Bruno Ferreira, Facundo Pereira, Victoriano Toucon, Delfina Collazo, Chiara Carlevaro, Facundo Candia y Federico De Brun. Los coaches del equipo UM son el Dr. Pablo Donnangelo, profesor de Derecho Internacional Público y la Dra. Sofía Maruri, profesora de Derechos Humanos.

### De primera mano, la experiencia de los alumnos

“Desde el momento en que se nos planteó la posibilidad de participar en la competencia y formar parte del primer equipo que se presentó, ninguno de nosotros lo dudó. Es un orgullo poder representar a la Universidad por primera vez en una competencia de esta índole. Estábamos convencidos de que se trataba de una gran oportunidad-desafío que la Universidad de Montevideo nos estaba brindando para poner en práctica las habilidades adquiridas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público, así como formarnos aún más en esas áreas, lo cual aplica para el futuro de nuestras carreras”, comentó Bruno Ferreira.

“Entendemos que se trata de una experiencia única y enriquecedora, que lo ha sido hasta el momento y promete seguir siéndolo aún más en la siguiente etapa. Esto nos permitió crecer tanto personal como académicamente y, a su vez, resultó un desafío para las habilidades y conocimientos adquiridos con el fin de interiorizarnos en el uso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, agregó el alumno de FDER.

“El grupo está integrado por diferentes generaciones y la mayoría de los encuentros se dieron de forma virtual por la pandemia. Sin embargo, esto no impidió el intercambio de ideas, sino que de hecho lo enriqueció. Sin conocernos pudimos formar un grupo increíble, lo que demuestra el espíritu de trabajo colectivo que nos ha enseñado la UM y que esta experiencia fomentó”, explicó Florencia Urban.

“En cuanto a la competencia en sí, en la primera fase hemos desarrollado estrategias de redacción, análisis y oratoria que nos sorprendieron a nosotros mismos. Constó en la búsqueda de materiales y su estudio, tanto de doctrina como de jurisprudencia que apoyaran nuestros argumentos para defender al Estado en el caso propuesto. Nos pareció muy interesante dado que refería a una pandemia como la que lamentablemente nos está tocando vivir (lo que sucede en estas competencias donde se suelen incluir temas de actualidad debatidos por los operadores jurídicos internacionales) y hemos podido visualizarla desde el punto de vista del Derecho”, agregó.

“Al final de la primera etapa, realizamos un encuentro donde todos expusimos un argumento y, con ayuda de nuestros coaches, seleccionamos a los oradores, quienes en la segunda etapa se encargarán de representar al equipo en las audiencias orales. Hasta llegar a la fecha de la competencia oral, nos formaremos para desarrollar al máximo esta habilidad, con especialistas que también han ayudado a los equipos de otras competencias en las que la universidad participa”, dijo María Eugenia García.

Y concluyó: “La primera etapa fue un desafío, la segunda está comenzando y también lo será, pero confiamos en nosotros, en nuestro equipo y en las herramientas que nuestros coaches, a quienes les estamos eternamente agradecidos, Dra. Sofia Maruri y Dr. Pablo Donnangelo, por darnos la oportunidad de representar al país de la mejor forma posible y demostrar una vez más que... somos chiquitos, pero poderosos”.

## Nueva Maestría en Derecho Procesal y Litigación con enfoque único en Uruguay

*El co-director, Prof. Santiago Pereira Campos, explica los principales puntos y el comienzo de la primera generación*



A comienzos de abril, la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM) recibió a la primera generación de estudiantes de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación. Se trata de la primera maestría en Uruguay con un enfoque amplio y comprensivo de todas las áreas del Derecho Procesal, con un énfasis adicional en la Litigación.

En la siguiente entrevista, conversamos con el profesor Santiago Pereira Campos, quien es co-director, junto con la Dra. Margarita De Hegedus, de esta propuesta académica.

### ¿Cómo surgió esta nueva maestría?

Es parte de un largo proceso, ya que venimos preparándonos hace diez años con el Postgrado en Derecho Procesal Aplicado. Este ha sido un banco de pruebas para definir cuáles son las principales necesidades de la abogacía y la judicatura en relación al funcionamiento del sistema de Justicia, además, de que sirvió para elegir, desde la práctica, las mejores metodologías de aprendizaje. De hecho, muchos de los alumnos del Postgrado ahora están cursando el Máster. Esperábamos que la convocatoria fuera grande, pero las inscripciones para el primer año nos han sorprendido gratamente, ya que se agotaron los cupos y quedaron alumnos en lista de espera.

### ¿Qué diferencial le aportará a un alumno transitar este programa de estudios?

Se trata de una maestría profesional, orientada a desarrollar conocimientos, destrezas y habilidades esenciales para el ejercicio de la abogacía y la judicatura, fundamentalmente en las áreas del Derecho Procesal y de la Litigación.

El estudiante tiene un bloque de módulos obligatorios que son imprescindibles (actos de proposición, prueba, medios impugnativos, litigación, etc.) y, luego, de acuerdo a su interés, puede elegir las materias opcionales que le permitan perfeccionarse en las áreas

de ejercicio profesional que considere más interesantes, ya sea Proceso Arbitral, Proceso Laboral, Procesos Constitucionales y Colectivos, Procesos Ejecutivos y de Ejecución, Proceso Penal, entre otras.

En definitiva, el programa de estudios es -a la vez- un ámbito fermental de generación de conocimiento aplicado, donde interactuando desde la abogacía y la judicatura, se aprende deconstruyendo sin prejuicios lo que aprendimos en el grado. El programa permite construir desde la experiencia y necesidades profesionales.

### ¿Qué papel jugó la pandemia?

La pandemia ha puesto en jaque los sistemas de Justicia en todo el mundo y algo similar ha ocurrido con el sistema educativo universitario en todas partes. Pero el segundo tuvo una reacción mucho más rápida y acorde con las necesidades límites de estos tiempos difíciles.

La UM ha desarrollado las herramientas y brindado las destrezas y habilidades necesarias para que profesores y alumnos no pierdan un día de clase. Por supuesto que las clases online son muy distintas que las clases presenciales. La virtualidad requiere adecuarse a ella. Se necesita gran creatividad de todo el equipo académico para aprovechar adecuadamente las herramientas tecnológicas. En el caso concreto del Máster, que ocurre de igual manera con el Postgrado, las y los estudiantes se han adaptado muy bien al cambio y se abrieron oportunidades para alumnos del interior del país y del exterior que se han sumado a la Maestría.

### ¿Cómo se llevan adelante las clases?

Un Máster profesional, y más en el área del Derecho Procesal y la Litigación, requiere aprender "haciendo". Por ende, la regla es -un poco en serio, un poco en broma- que las clases son el ámbito ideal para equivocarse, para ensayar, para buscar nuevas soluciones pensando *fuera de la caja*. Porque allí afuera, en la vida real de los tribunales, como operadores claves del sistema de Justicia, tenemos una inmensa responsabilidad y debemos disminuir la probabilidad de errores que le cuesten a los litigantes dinero y afecten sus derechos.

Trabajamos con la teoría del caso, con juego de roles, con mucha jurisprudencia y buscamos generar en la clase un ambiente de libertad y respeto que permita a todos actuar desde la duda, llevando las normas jurídicas a la práctica de la litigación. Por otra parte, los profesores extranjeros que participan siempre en alguna clase de cada módulo, nos dan una visión internacional de los problemas del Derecho Procesal y la Litigación, lo que es hoy esencial en tiempos de globalización y conflictos transnacionales.

### ¿Qué considera que hace posible esta maestría?

Sería imposible una Maestría tan ambiciosa en sus objetivos y contenidos, sin un equipo docente que yo califico de *Dream Team*. Con Margarita de Hegedus, tenemos el inmenso honor de dirigir esta Maestría que cuenta con un equipo de grandes profesores. En el equipo permanente, no puedo dejar de mencionar a Virginia Barreiro, Luis María Simón, Raquel Landeira e Ignacio Soba, a quienes se suman en cada módulo profesores especializados en la materia.



## Nueva asignatura de Legaltech en FDER

*La formación en esta área permitirá a los estudiantes diferenciarse en eficiencia, calidad de su servicio e innovación*

La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo añadió a su plan académico la asignatura “Legaltech”, en el último año de la carrera de Abogacía, a cargo de las docentes Dra. Mercedes Aramendia y Dra. Agustina Pérez Comenale, y contará con la participación de expertos invitados a fin de poder tratar las diversas temáticas con una visión teórica y práctica.



Esta asignatura busca que los alumnos puedan comprender las nuevas tecnologías y procesos, así como su aplicación e impacto en el mundo legal, permitiendo que los estudiantes puedan interiorizarse de esta nueva área en pleno crecimiento, que les permitirá innovar y diferenciarse.

### Sobre Legaltech

*Legaltech* refiere a la utilización de la tecnología y de diversos métodos para innovar en el ejercicio de la profesión legal, lo cual mejora el modelo de prestación, facilita los procesos y que se utilicen nuevas herramientas. El software cada vez está más presente en todas las actividades, simplificando la forma de hacer las cosas.

Si bien la forma de ejercer el Derecho no ha cambiado mucho a lo largo de los años, se están generando nuevos modelos y procesos, junto con equipos multidisciplinarios, con foco en el cliente y con visión digital.

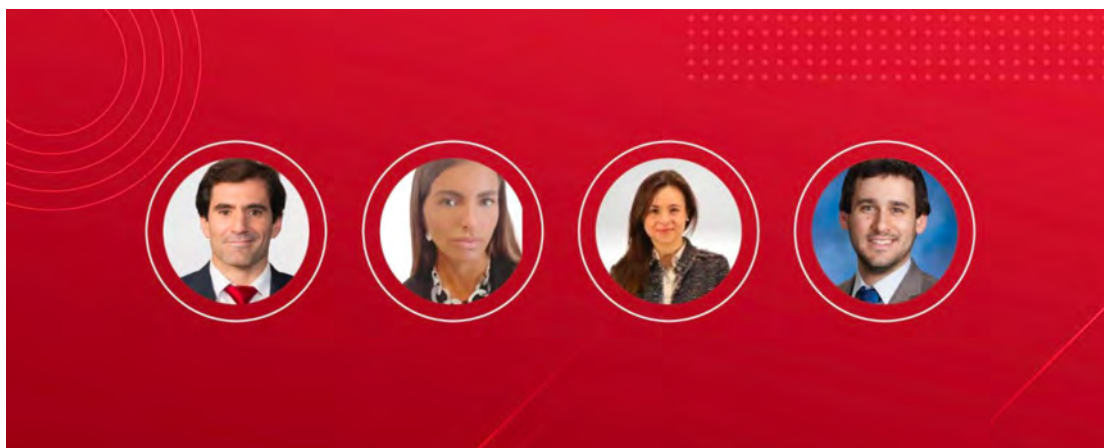
La revolución digital también ha llegado al Derecho y, a través de la tecnología, se simplifica el trabajo y la comercialización de los servicios legales, permitiendo que el trabajo se realice de una forma más eficaz y eficiente, evitando errores, al tiempo que se generan diversas soluciones que permiten ser más competitivos, universalizar la oferta y la comercialización de los servicios.

“La tecnología impacta de manera transversal en las diversas ramas del Derecho, es una tendencia mundial y la UM busca que sus estudiantes se diferencien, que sean capaces de innovar y de ir más allá. La revolución digital ofrece un mundo de oportunidades y su aplicación en el Derecho presenta un sinnúmero de desafíos”, explicó la Dra. Agustina Pérez Comenale.

Dentro del contenido de la nueva asignatura de la FDER se destacan las siguientes temáticas: nuevas tecnologías aplicadas al Derecho, contratos informáticos y telemáticos, firma electrónica e Identidad digital, gobierno digital, regulación inteligente o *smart regulation*, ética y protección de datos personales y *legal design thinking*.

## Abogacía y Notariado, una mirada 360°

*Webinar para conocer los distintos perfiles que pueden tener las carreras de Abogacía y Notariado*



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo organizó un encuentro virtual entre preuniversitarios y graduados de la FDER. La actividad se llevó a cabo el jueves 20 de mayo a las 18:00 h y contó con la participación de cuatro graduados que relataron sus miradas profesionales: Sebastián Ramos, Agustina Pérez Comenale, Mercedes Aramendia y Nicolás Santo.

### Sobre los expositores

- Sebastián Ramos

Doctor en Derecho por la Universidad de Montevideo, Máster en Derecho (LL.M.) en la Facultad de Derecho de la University of Chicago en 2012. Socio de FERRERE, forma parte del departamento Banca y Finanzas de FERRERE. Experto en contratos, especializado en redactar y negociar acuerdos para proyectos complejos. Brinda asesoría legal a clientes en la estructuración, desarrollo y financiamiento de proyectos (Project Finance).

Ha asesorado a multilaterales, fondos e instituciones financieras en el financiamiento de decenas de proyectos de infraestructura y energía. Asimismo, ha participado en la redacción y negociación de los principales contratos de infraestructura y energía en los sectores público y privado de Uruguay, incluidos contratos EPC, PPP, concesiones, y acuerdos de operación y mantenimiento. De 2008 a 2010, como miembro de la firma, asesoró a IBM Uruguay y se desempeñó como Country Counsel y como Contracts & Negotiations Specialist de esa compañía. Lo destaca la publicación legal Chambers en las áreas de Corporate, Energy y Banking and Finance.

- Agustina Pérez Comenale

Es miembro de las Comisiones de Derecho Informático y Comercial AEU. Forma parte de Legal Hackers Montevideo. Escribana y Abogada. “LLM” en la Universidad de Montevideo (Tesis sobre “Smart Legal Contracts”). Título de Posgrado de Actualización Notarial en la Universidad de Montevideo. Miembro del grupo Montevideo Legal Hackers. Integrante de las comisiones de Derecho Comercial y la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Integrante de la 3er *Fellowship* de Kleros. Miembro de la Sala de Blockchain e Inteligencia Artificial de la Universidad Católica de Córdoba. Profesora en materia de “Notariado y Nuevas Tecnologías” y “Legaltech” en la Universidad de Montevideo. Colaboración en distintas redacciones y publicaciones sobre tecnología y derecho.

- Mercedes Aramendia

Presidenta de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC). Es abogada y magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. LLM en Derecho, Tecnología y Emprendedurismo por Cornell Law School, EEUU; Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad de Nebrija, España; Máster Universitario en Administración, Dirección y Organización de Empresas por Universidad Camilo José Cela, España; MBA en EAE Business School, España; título de Postgrado de Especialización en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en la perspectiva del siglo XXI por Universidad de Castilla – La Mancha, España; grado en Derecho por la Universidad de Nebrija, España; candidata a doctora (PhD) en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Granada, España. Se ha desempeñado como profesora de la UM desde el año 2017 en diversas materias vinculadas con su especialidad. Ha trabajado y colaborado, con empresas y organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, públicas y privadas, como ser: la Cámara de Telecomunicaciones del Uruguay, KPMG, Telefónica Móviles del Uruguay (MOVISTAR), Internet Society (ISOC).

- Nicolás Santo

Consultor de Negocios con China. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Montevideo, cuenta con una maestría en Derecho otorgada por la Universidad Tsinghua, y fue visiting scholar en la Escuela de Leyes de Harvard.

Fue el líder del equipo internacional del gobierno de Foshan que, en el marco de una iniciativa piloto, atrajo la atención de la prensa mundial. Durante esa etapa diseñó y ejecutó una estrategia de promoción de inversiones reconocida por *Fdi magazine* como la mejor de China continental. Por su trabajo en el gobierno de Foshan, Nicolás fue definido por el *Financial Times* como “el rostro de una nueva generación de extranjeros ayudando a construir una mejor China”. Ha sido consultor del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del Instituto de Comercio Internacional (ITC) y de empresas líderes de China y América Latina. Es columnista de *China Daily*, el principal periódico con noticias sobre China en inglés.

## Conferencia del decano de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas

*El Dr. Abel Veiga Copo brindó una masterclass para alumnos, graduados y docentes de FDER*



FUENTE DE IMAGEN: Premios Galicia Segura

En el marco del **Postgrado Internacional en Derecho de Seguros (PIDS)** de la Facultad de Derecho (FDDER) de la Universidad de Montevideo (UM), el Dr. Abel Veiga Copo, actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, brindó una conferencia sobre los fundamentos del contrato de seguros. El encuentro se realizó en modalidad virtual el martes 11 de mayo y contó con la participación de alumnos del postgrado de Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Isla Bahamas, Paraguay, Perú y Uruguay. También atendieron la sesión alumnos, graduados y docentes de FDER de otros programas.

### “Nunca hemos estado tan vigilados”

“En tiempos tan cambiantes y heterogéneos como los que estamos viviendo, es esencial replantar el por qué y el para qué de los contratos de seguros. Es un contexto donde se ve deshumanización, donde los riesgos están presentes y en donde las nuevas tecnologías, big data y análisis de herramientas está creciendo”, destacó el Dr. Veiga Copo, y puso de ejemplo el uso de teléfonos o relojes inteligentes con sensor de ubicación.

Y continuó diciendo que “nunca hemos estado tan vigilados, nunca hemos asistido a un Estado tan vigilante y a una sociedad tan vigilada; sin connotación política. Nunca nuestros datos y conocimientos, incluso nuestra propia versión del riesgo, se han podido delimitar tan perfectamente; hasta el punto de distorsionar o cuestionar caracteres o esencias de los Contratos de seguros”.

## Actualización constante

Para delimitar la función del Contrato de seguro, el Dr. Veiga Copo expuso algunas definiciones de los que son los contratos de seguros. Para el experto, estas definiciones no pueden estar desapegadas de la realidad, “y la realidad es cambiante, dinámica, va evolucionando y va estirando los propios conceptos, estructuras y pilares de los contratos del seguro; y del propio seguro... algunos le llaman el *aggiornamento*”, afirmó el experto.

El Dr. Veiga Copo afirmó la necesidad de evaluar si pervive o no la aleatoriedad y la analítica predictiva. “Las nuevas tecnologías están redimensionando (...) en el 2021 tenemos que redescubrir las aristas, los ámbitos y elementos que vertebran el contrato”. Estos elementos siguen descansando en la cobertura del riesgo y liquidación del daño.

## Sobre el equilibrio en los contratos

La simetría y asimetría informativa son causantes, en muchos supuestos, de las distorsiones que suponen la selección adversa y el riesgo moral. “En sentido técnico-jurídico, equilibrio no siempre significa equivalencia (...) Equivalencia, en un sentido económico, tiene un significado distinto. Hablar de equivalencia prestacional económica implica designar el papel de la pérdida económica total esperada designada como valor”, sentenció el experto.

“El equilibrio genético del contrato de seguro debe proponer en todo momento no solo evitar el abuso, mitigar la vulnerabilidad de la escancia misma del Contrato de seguro; tiene que impedir la desnaturalización y el vaciamiento real de esa función social que cumple y satisface el seguro. Vaciar la escancia del seguro rompe el objeto, atenta y rompe la causa; y, por lo tanto, la realidad misma de contrato”, concluyó.

Al finalizar la ponencia del Dr. Veiga Copo, los oyentes pudieron hacer preguntas y compartir sus reflexiones sobre la realidad de los Contratos de seguros en sus países y ejemplos que han visto en sus trayectorias profesionales.

*El Dr. Veiga se licenció y doctoró en la Universidad de Comillas y desde abril de 1999 es profesor de la misma. Ha impartido en las facultades de ADE y de Derecho en diversas titulaciones, tanto de licenciatura y grado como postgrado. Ha dirigido numerosas tesis doctorales así como colecciones jurídicas en las más prestigiosas editoriales. Ha impartido conferencias y seminarios tanto en España como en el extranjero en ámbitos especialmente de Derecho de sociedades, Derecho concursal y Derecho de seguro. Ha publicado numerosos trabajos de investigación, tanto monografías, como artículos y capítulos de libros. Es colaborador habitual de tribunas de opinión en diversos medios de comunicación en España como en el extranjero.*

## Hacia un acceso directo a la justicia más igualitario

*La FDER participó en el primer encuentro con el colectivo Casavalle de Pie y los estudios jurídicos Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes y Posadas, Posadas & Vecino*



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, los estudios jurídicos Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes y Posadas, Posadas & Vecino, que forman parte de **Fundación Probono Uruguay**, lanzaron la primera de una serie de actividades en línea organizadas por el colectivo **Casavalle de Pie** que abordarán temas legales de interés de los vecinos de Casavalle.

El jueves 13 de mayo se desarrolló el primer encuentro de esta serie, que se transmitió en vivo a través de la página de Facebook de Casavalle de Pie, en el cual participaron Sofía Maruri, por la Universidad de Montevideo; María Eugenia Cal y Lucía Seguí, por Ferrere; Camila Barón y Milena Amor, por Hughes & Hughes; y Alejandro Andrada, por Casavalle de Pie. Se presentó el convenio de cooperación y luego las abogadas de los estudios trataron un tema de interés para los vecinos de Casavalle: tenencia de hijos y retenciones. Luego de hacer sus exposiciones, respondieron a preguntas de los participantes.

Terminada la sesión, los vecinos pudieron enviar consultas particulares al Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la UM, que funciona con el trabajo voluntario de profesores y alumnos, y brinda asesoramiento en temas legales a personas que no pueden contratar abogados por tarifa.

Según explicó la Dra. Maruri, de este modo, la UM está cooperando para que más personas tengan acceso directo a la justicia, en línea con uno los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) impulsados por las Naciones Unidas para dar continuidad a la agenda de desarrollo tras los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

## Compromiso con el desarrollo sostenible

*En el marco de la semana Laudato si', este artículo recopila varias de las líneas de acción relacionadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas que la UM impulsa a través de programas de estudio, investigaciones y proyectos académicos*



“Paradise” de la banda británica Coldplay, “Destina” de la cantante turca Nükhet Duru y “Pa’l que se va” del uruguayo Alfredo Zitarrosa son tres de las canciones que integran la “Enviro List” de Spotify creada por estudiantes internacionales de la Universidad de Montevideo (UM). La lista es resultado del programa “4S’s for a Sustainable World”, que tiene el objetivo de ayudar a los alumnos a involucrarse con el desarrollo sostenible.

Hoy termina la semana Laudato si', con ocasión del aniversario de la publicación de esa encíclica del Papa Francisco, en 2015. El documento, que se convirtió en referencia mundial en materia de desarrollo sostenible, presenta un vínculo estrecho con los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS), publicados por Naciones Unidas pocos meses después de la encíclica.

En sus programas de clase, proyectos académicos, investigaciones y acciones diarias, la UM promueve el impulso del desarrollo sostenible. La institución fue la primera universidad uruguaya en figurar en los Times Higher Education Impact Rankings, que miden el trabajo de las universidades en relación a los ODS.

El proyecto “4S’s for a Sustainable World” forma parte del Latin America Global Semester, impulsado por la Dirección de Relaciones Internacionales, a través del cual estudiantes internacionales pueden seleccionar cursos de universidades de tres países: la Universidad de Piura en Perú, la Universidad Panamericana en México y la UM en Uruguay.

Las cuatro “S” del programa responden a los verbos: *seek* (buscar), en relación a la búsqueda de una actividad con la potencialidad de impactar en un gran público, por ejemplo una lista de Spotify; *select* (seleccionar), referido a la selección de personas cuyo trabajo es coherente con los valores de la Universidad y que pueda contribuir a alcanzar los ODS, por ejemplo, cantantes cuya obra vaya en línea con los problemas ambientales, económicos o sociales; *support* (apoyar), vinculado al apoyo de esas personas, en este

caso, con la creación de una lista en Spotify; y *spread* (propagar), es decir, promover la acción, como puede ser dar a conocer a un público amplio la lista de canciones.

El proyecto incluyó un debate público sobre desarrollo sostenible, en el que participaron 200 personas.

## Los ODS en el mundo de la investigación

El compromiso con el desarrollo sostenible forma parte de la investigación que impulsa la UM. Varios de los proyectos del Centro de Investigación en Economía Aplicada están vinculados a este tema. Algunas de las áreas de estudio son Economía de la Salud, Economía de la Educación y Desarrollo, y Economía Política.

Además, los estudios del profesor Marcelo Caffera, doctor en Economía de los Recursos Naturales por la Universidad de Massachusetts, se enmarcan dentro del área de la Economía Ambiental. Recientemente, el Washington Post lo entrevistó para un *podcast* en relación al discurso de Joe Biden durante la Cumbre Mundial del Clima. Caffera también es fundador del Observatorio Ciudadano de Vertidos Industriales de Montevideo.

Actualmente, FCOM —a través de su incubadora de Investigación (I-FCOM)— lleva adelante el proyecto de investigación “Pandemia, estilos de vida sostenibles y comunicación: una encuesta a profesionales uruguayos”.

Sumado a esto, estudiantes de Comunicación participaron este año en el proyecto “Comunicación para salvar al planeta”. A partir de una invitación de la facultad, el Instituto Nacional de la Juventud (INJU) presentó una convocatoria para organizaciones jóvenes del país que trabajan sobre el eje ambiental de desarrollo sostenible. El llamado tenía el fin de conectar a las organizaciones con los alumnos de FCOM para recibir de ellos asesoría en comunicación con el objetivo de dar a conocer su trabajo y generar mayor impacto.

Otra iniciativa vinculada al desarrollo sostenible de FCOM fue “Comunicar el campo: conexiones entre jóvenes para ampliar la conciencia agropecuaria”, que fue el resultado de un llamado de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en Uruguay y el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (MGAP).

Por otro lado, el Centro de Innovación en Organización Industrial (CINOI) de FIUM lleva adelante el Programa de Logística Sustentable Uruguay (PLSU) que tiene el fin de integrar, generar y poner en práctica conocimiento para lograr una mejora en la logística del transporte de carga en el país. En este marco tuvo lugar el Premio de sustentabilidad, con el apoyo de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII) y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, que tiene el objetivo de reconocer a empresas que destaquen por la incorporación de prácticas sostenibles en distintas áreas de logística.

El CINOI también ha impulsado distintos estudios vinculados a este tema. Uno de ellos fue el de transporte de carga sustentable (que tuvo lugar entre 2018 y 2020) y fue financiado por la Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE).

Investigadoras de la Facultad de Derecho (FDER) trabajan en un *paper* académico sobre los mortinatos y los derechos de las mujeres, que se enmarca en el quinto objetivo de los ODS: igualdad de género y empoderamiento de la mujer.



## Con efecto expansivo: desarrollo sostenible en programas de clase y actividades académicas

La Facultad de Comunicación (FCOM) implementa este tema a través de las asignaturas “Comunicación para el desarrollo”, del programa del último año de la carrera de grado, y “Responsabilidad Social Empresarial”, materia de la Maestría en Dirección de Comunicación, en donde se abordan directamente los ODS y los criterios ESG (por sus siglas en inglés Environmental, Social y Governance). Además, desde el primer año de la carrera de grado, los estudiantes tienen una introducción al tema a través de algunas clases del curso “Comunicación Estratégica I”.

Asimismo, FCOM organiza desde hace varios años la Semana de Comunicación para el Desarrollo, días durante los cuales tienen lugar seminarios y charlas vinculados a ese tema.

La Licenciatura en Economía de FCEE incluye la materia “Economía Ambiental”. Una asignatura con el mismo nombre, pero enfocada a estudiantes de postgrado, forma parte de la currícula de la Maestría en Economía.

Dentro de esa facultad, la carrera de Dirección y Administración de Empresas ofrece la materia “Emprendimientos Sociales”. El objetivo del curso es que los alumnos comprendan las oportunidades que tiene el sector privado para contribuir a la innovación y al impacto social, y adquieran herramientas para diseñar soluciones a problemas sociales.

Para esto, los alumnos trabajan durante el curso en el desarrollo de la solución a un problema social o ambiental de una organización. El desafío debe estar alineado a por lo menos uno de los ODS. Actualmente, los estudiantes trabajan en proyectos que van desde la Economía circular, como son una plataforma para el rescate de alimentos en supermercados Ta-Ta y la gestión de residuos en distintas cervecerías de Uruguay, hasta el apoyo a grupos desfavorecidos, a través de la gestión y capacitación de voluntarios en Fundación Bensadoun Laurent y hogares de ancianos, y la gestión de donantes, comunicación y presupuesto en bancos de sangre.

Durante el primer año de carrera, los alumnos de Magisterio abordan los siguientes temas en la asignatura “Geografía”, que llegarán en el futuro cercano a muchos escolares: repercusión del consumo sobre el medio ambiente, cambio climático, efecto invernadero, contaminación de los recursos hídricos, legislación de protección al monte nativo y la Convención sobre los Humedales de Importancia Internacional, denominada Convención de Ramsar. Además, durante el tercer año de la carrera estudian la fauna y flora de Uruguay en la asignatura “Ciencias Naturales”.

Dentro de la Facultad de Ingeniería (FIUM), el Centro de Producción Más Limpia tiene como misión ofrecer formación a profesionales y compañías, con el objetivo de que produzcan más, al menor costo posible y reduciendo el impacto ambiental. Además, busca generar conocimientos sobre las tendencias de producción más limpia, promover la investigación en ese campo y conectar la academia con el mundo empresarial para crear soluciones. En julio de este año, recomenzará el curso Producción más limpia para una Economía circular.

Estudiantes FDER participan desde hace muchos años en un consultorio jurídico en el que atienden casos de personas de contexto crítico que no tienen la posibilidad de acceso a un abogado particular. Además, en 2020 FDER firmó un convenio con la Fundación Pro Bono Uruguay, por el cual se convirtió en la primera *clearing house* del trabajo Pro Bono en Uruguay. Esto implica ser un nexo entre aquellas personas que no pueden acceder a un servicio legal y los estudios jurídicos que con su trabajo *pro bono* pueden asumirlo. Así, contribuyen a la defensa de los derechos humanos en el continente americano. En el último año han trabajado en dos informes: uno sobre migración y refugio, y otro sobre la elaboración de *amicus curiae* en tribunales relativos a derechos humanos.

Como parte de este programa, FDER participó en el primer encuentro con la ONG Casavalle de Pie y los estudios jurídicos Ferrere, Guyer & Regules, Hughes & Hughes y Posadas, Posadas & Vecino, que tuvo el fin de promover un acceso a la justicia más igualitario. La cooperación a esta ONG implica una serie de eventos en vivo a través de redes sociales para que los vecinos de Casavalle consulten dudas sobre temas legales.

Actualmente, diez estudiantes de esta facultad participan en el Concurso de Derechos Humanos organizado por American University y dos alumnas fueron seleccionadas para una pasantía de seis meses en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una de ellas la está finalizando y otra la comenzará en agosto.

## Una cultura de estudio y trabajo

El departamento de Vida Universitaria impulsó en 2020 una serie de medidas destinadas a promover una cultura de apoyo al desarrollo sostenible entre los estudiantes, profesores y personal de la UM. Estas acciones incluyen un plan de ahorro energético, por el cual más del 90% de la luminaria pasó a ser led; la instalación de islas de reciclaje en todas las sedes; la búsqueda de eliminación de plásticos de un solo uso en la Universidad, para lo que estudiantes del primer año de carrera recibieron botellas reutilizables; y el reciclaje de papel.

Asimismo, el Voluntariado de la UM (VUM) organiza actividades sociales que tienen como objetivo promover en los estudiantes una cultura de colaboración y solución de problemas sociales.

## Las garantías del proceso de restitución internacional de menores

*La Dra. Virginia Salvo Cittadino, graduada de FDER, publicó su nuevo libro en el que realiza el estudio de casos donde niños, niñas y adolescentes corren riesgos de exposición a un daño físico, psíquico o a una situación intolerable*



“Garantías del proceso de restitución internacional de menores y estudio profundo del Caso María” es el título del nuevo libro que publicó la Dra. Virginia Salvo Cittadino, graduada de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM). En este libro, la Dra. Salvo estudia los procesos de restitución internacional de menores, que son parte del Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal, que regula la forma de los juicios y del cual depende -en gran parte- la debida defensa de los derechos sustanciales. A su vez, el texto involucra temas de derecho de Familia y violencia doméstica y de género.

“La temática es fundamental porque trata de la protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, que son un sector de la población especialmente vulnerable. Por su edad y circunstancias, ellos no pueden defenderse solos y no siempre pueden hablar espontáneamente y pedir ayuda. Es necesario entonces que otros hagamos fuerza para que sean oídos y protegidos en sus derechos; y no desoídos, vulnerados y violentados”, explicó la Dra. Salvo, quien cursó su carrera de grado, el Postgrado en Derecho Procesal Aplicado y el Máster en Derecho (L.L.M.) en la FDER.

El foco de su investigación estuvo en casos donde niños, niñas y adolescentes corren grave riesgo de exposición a un daño físico, psíquico o a una situación intolerable; lo que implicaría una mayor vulnerabilidad y exige una especial protección, además de la complejidad que imprime la internacionalidad.

### La reglamentación de la restitución internacional de menores

La Dra. Salvo explicó que “la restitución internacional de menores tiene lugar cuando una persona (normalmente un progenitor) traslada o retiene a un menor de dieciséis años en un país distinto al de su residencia habitual, sin consentimiento del otro progenitor

y violando su derecho de guarda que ejercía efectivamente hasta ese momento. Si esto ocurre, el segundo podrá solicitar su restitución o regreso al país de residencia habitual (también llamado centro de vida del menor); para lo cual existe normativa internacional (que obliga a decenas de países) que prevé procedimientos especiales para facilitar dicha restitución". De acuerdo a la normativa nacional e internacional vigente, en caso de que exista un traslado o retención ilícitos, la regla o principio general es restituir en forma inmediata.

No obstante, dicha regla admite básicamente dos excepciones. En primer lugar, que el progenitor que demanda la restitución internacional del menor no estuviera ejerciendo su guarda en forma efectiva, antes de producirse dicho traslado o retención, o hubiese autorizado -o posteriormente consentido- su traslado/retención en otro país (los casos más claros serían: que se hubiese decretado la pérdida de patria potestad del progenitor que reclama el traslado, o que exista un convenio de menores escrito y firmado por los padres, acordando la radicación del menor en el Estado al que fue trasladado). En segundo lugar, que exista un grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable.

"Mi experiencia práctica me hizo dudar de que realmente se apliquen las excepciones, especialmente la de grave riesgo. Me empecé a cuestionar si no se habían convertido en 'letra muerta', por el peso del principio general y el compromiso de restituir rápidamente. Si esto pasa, es gravísimo, porque significaría que todos los instrumentos que generamos para cuidar a los niños del daño que les causaría una sustracción ilícita, terminarían vulnerando gravemente sus derechos fundamentales, cuando necesitan especial protección (por estar expuestos a un grave riesgo)", afirmó.

Es por esto que la Dra. Salvo se cuestionó si la mejora del sistema dependía de la legislación interna, que regula el proceso judicial que se debe seguir en Uruguay, cuando se pide una restitución al país, por un menor trasladado o retenido aquí; "lo cual no debiera ser tan difícil de cambiar, si existe voluntad", explicó. "Por eso, primero, investigué y analicé toda la normativa nacional e internacional vigente y aplicable en Uruguay, y doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre el tema. Luego, para visibilizar las fortalezas y debilidades del sistema, resolver si se puede mejorar y eventualmente desentrañar en dónde o cómo debemos hacerlo, estudié el "Caso María". Lo elegí por su riqueza procesal (llegó a la Suprema Corte de Justicia mediante un recurso de Revisión) y por haber sacudido a los medios de comunicación y movilizó a diversos grupos e instituciones que se dedican y velan por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero que nunca intervienen en estos juicios, como el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU)".

### Sobre el "Caso María"

La segunda parte del libro estudia en profundidad el Caso María para ejemplificar lo analizado en la primera parte y visibilizar cómo operan las normas jurídicas vigentes cuando son aplicadas en la práctica, y así mostrar también sus "luces y sombras".

El "Caso María" sacudió a los medios de comunicación y sensibilizó y movilizó a la sociedad uruguaya. Ese fue el nombre que se le dio en prensa para evitar identificar a las personas involucradas y, así, preservar su identidad. Trataba de una madre de

nacionalidad uruguaya y una niña que vivían en España. Estando en Uruguay, la madre y familia materna de la niña advierten un comportamiento particular de parte de la menor, expresando en forma para-verbal temor y desconfianza hacia las figuras masculinas y una hipersexualización para su edad. Múltiples profesionales de la Psicología indicaron, tras una serie de sesiones, que la niña había sido víctima de violencia doméstica y, como parte de ella, de abuso sexual por parte de su padre en España. Ante un seguimiento con una psicóloga y sexóloga que coincidió con el primer diagnóstico, la madre decide no volver a España (posibilidad conversada con el padre de la niña, pero no definida todavía), ante lo cual éste pide su restitución internacional.

“El caso sensibilizó a la población uruguaya porque, más allá de los planteos iniciales y los diagnósticos mencionados (que fueron aportados por la madre en el proceso judicial y surgen del expediente—de acceso público—, junto con otros documentos probatorios diligenciados); se realizaron pericias por parte de Asistentes Sociales, psiquiatras y psicólogos del Instituto Técnico Forense del Uruguay. Es decir, pericias dispuestas por la juez competente y respecto a las cuales —entonces— ni siquiera cabía la duda de su imparcialidad y veracidad. Y esas pericias fueron coincidentes con los informes de los psicólogos que habían tratado a la menor”, comentó la Dra. Salvo.

Finalmente, la obra culmina con recomendaciones sobre cambios que se podrían introducir, tanto desde las normas jurídicas como en su aplicación práctica, para mejorar el sistema y lograr el equilibrio entre la celeridad que exigen estos procesos judiciales, y las debidas garantías de protección de los derechos sustanciales que pueden estar en juego (especialmente cuando se invoca un grave riesgo). También, trata de frente temas especialmente sensibles, como la violencia doméstica y el abuso sexual infantil. Esto lo transforma en un estudio relevante a nivel social, con anexos interesantes, tales como una entrevista a la Dra. Cecilia Fresnedo sobre la temática. La experta es grado 5 en la materia y, con su conocimiento y experiencia, estudió especialmente el “Caso María”. Se incluye, además, una carta escrita por la madre de la niña del “Caso María”, en la que cuenta cómo siguió la vida de ambas en España, luego de ser restituidas a ese país, desde Uruguay.





## TESINAS DE MASTERS

MARIA EUGENIA BAGNULO CEDREZ

Arbitraje de inversión en el sector energético





MARÍA EUGENIA BAGNULO CEDREZ\*  
Universidad de la República (UDELAR), Uruguay.  
dra.bagnulo@gmail.com  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6568-9513>

Recibido: 15/09/2020 - Aceptado: 29/05/2021

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo  
Bagnulo Cedrez, M. A. (2021). Investment arbitration in the energy sector. *Revista de Derecho*, 20(39) 183-216. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.8>

## Investment arbitration in the energy sector

183

In what circumstances is an investor entitled to compensation under the Fair and Equitable Treatment standard of protection in the Energy Charter Treaty as a result of the exercise by the states of the right to regulate to detriment of investors? A special analysis on photovoltaic arbitration cases in Italy, Spain and the Czech Republic.

**Abstract:** A significant development in the renewable energy field has happened in several countries like Italy, Spain and the Czech Republic over the last years mainly due to the state's support for renewable energy projects. However, because of the financial crisis, these countries decided to review and change the policies. As a result of the changes implemented renewable investors were affected in some manner. Consequently, many arbitrations claim against these states have been brought under the Energy Charter Treaty. The present Chapter analyses this jurisprudence. Based on the results of these arbitrations the lack of consistency results evident. Different interpretations around the Fair and Equitable Treatment standard and how to find a balance between the need for a stable and predictable investment framework and the sovereign right to regulate are the principal cause of diverse decisions. The concept of the standard in the treaty is reviewed and compared with the evolution of the concept in other investment agreements. In conclusion, possible amendments to increase consistency in the arbitrations under the Energy Charter Treaty will be proposed.

**Key words:** Fair and Equitable Treatment, Legitimate Expectations, Investment Arbitration, Energy Charter Treaty, Regulatory Changes.

\* Abogada por la Universidad de la República (Uruguay); Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad de la República (Uruguay); LL.M. Energy and Natural Resources Law en Queen Mary University of London School of Law (Inglaterra)..

## Arbitraje de inversión en el sector energético

¿En qué circunstancias un Inversor tiene derecho a recibir una compensación en el marco de la provisión de Tratamiento Justo y Equitativo del Tratado de la Carta de Energía como consecuencia del ejercicio del Estado de su derecho regulatorio en detrimento de los inversores? Análisis de casos de arbitraje de inversiones en el sector fotovoltaico en Italia, España y República Checa.

**Resumen:** Un desarrollo importante de las energías renovables ha ocurrido en países como Italia, España y República de Checa en los últimos años, principalmente debido al apoyo del estado a proyectos de energía renovable. Sin embargo, debido a la crisis financiera, estos países decidieron revisar su marco regulatorio. Como resultado de los cambios implementados, los inversores en el sector renovable se vieron afectados. En consecuencia, demandas de arbitraje de inversiones contra estos estados se han presentado al amparo del Tratado de la Carta de la Energía. El presente Capítulo analiza esta jurisprudencia. En base a los resultados de los arbitrajes se evidencia la falta consistencia en los laudos arbitrales. Las diferentes interpretaciones en torno al estándar de Tratamiento Justo y Equitativo y a cómo equilibrar la necesidad (para el inversor) de un marco de inversión estable y predecible y el derecho soberano (del Estado) a regular, son la causa principal de las diversas soluciones. El concepto del Estándar de Tratamiento Justo y Equitativo en el Tratado se revisa y se compara con la evolución del concepto en otros tratados de inversión. En conclusión, se propondrán posibles enmiendas para aumentar la certeza en los arbitrajes de inversiones presentados al amparo del Tratado de la Carta de la Energía.

**Palabras clave:** Tratamiento Justo y Equitativo, Expectativas Legítimas, Arbitraje de Inversiones, Tratado sobre la Carta de Energía, Cambios Regulatorios.

## Arbitragem de investimento no setor energético

Em que circunstâncias um investidor tem o direito de ser compensado no âmbito do tratamento justo e equitativo previsto no Tratado da Carta de Energia, em consequência do exercício do Estado do seu direito regulamentar em detrimento dos investidores? Análise de casos de arbitragem de investidores no setor fotovoltaico em Itália, Espanha e República Checa.

**Resumo:** Ocorreu um desenvolvimento importante das energias renováveis em países como a Itália, Espanha e República Checa, principalmente devido ao apoio do Estado a projetos de energias renováveis. No entanto, devido à crise financeira, estes países decidiram rever o seu marco regulatório. Em resultado das alterações introduzidas, os investidores no setor das energias renováveis foram afetados. Consequentemente, foram apresentados pedidos de arbitragem de investimentos contra estes Estados com o amparo do Tratado da Carta da Energia. O presente capítulo analisa esta jurisprudência. Com base nos resultados das arbitragens, verifica-se a falta de consistência nas sentenças arbitrais. As diferentes interpretações entorno do tratamento justo e equitativo e a forma de equilibrar a necessidade (para o investidor) de um quadro de investimento estável e previsível e o direito soberano (do Estado) de regular, são a principal causa das diversas soluções. O conceito de padrão de tratamento justo e equitativo no tratado é revisto e comparado com a evolução do conceito em outros tratados de investimento. Em conclusão, serão propostas possíveis alterações para aumentar a certeza nas arbitragens de investimentos apresentadas com o amparo do Tratado da Carta da Energia.

**Palavras-chave:** Tratamento Justo e Equitativo, Expectativas Legítimas, Arbitragem de Investimentos, Tratado sobre a Carta de Energia, Mudanças Regulatórias.

## 1. Introduction and background

Investment in electricity generation from renewable energy sources is rarely considered to be financially viable without state support (Selivanova, 2018, p.433). The principal aim of which is to cover projects high investment costs and encourage sustainable generation. Furthermore, the energy sector is characterized by the existence of long-term contracts (Mistelis, 2018, p.153). The reason for this is that energy projects involve large sums of capital investment and the use of technology that generally has a long useful life (Scherer, 2018, p.14). The application by a state of significant changes to these schemes or to the legal framework which governs a renewable energy investment –after a project has been constructed– may affect the investor’s expectations to receive a reasonable return on their investment and to recover costs (Selivanova, 2018, p.433).

Investors often seek guarantees that the legal framework in which an investment is made will remain stable during the entire term of the contract. However, from the state’s perspective, it is a challenge to grant the freezing of the legal regime which governs the sector during such a long period of time. The existence of conflicting interests between both parties –investors and states– is, therefore, a fact. This, in some cases, gives rise to disputes. That occurred during the financial crisis due to the over-subsidisation phenomenon. Consequently, several states reversed some of the benefits initially conceded to photovoltaic investors through schemes (Gallagher, 2018, p.250). Investors in photovoltaic energy decided to invest considering a legal framework which was subsequently changed in some way. When the changes that occurred in the regulation did not have an impact on the terms of the business conducted by the investors, the consequence is irrelevant. However, when the changes affect the economic equation of the business, investment arbitration appears as the main tool for the investors (Charles A., 2019, “Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty”, *Global Arbitration Review*).

The state’s right to regulate and modify the existing legal framework –once the investment was made– is not under debate. It constitutes an exercise of the principle of state sovereignty, according to which it has right to regulate in its domestic jurisdiction (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 2016, para. 449-503; *Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Partial Dissenting Opinion, 2015, para. 11; *Eiser v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36 (2017) Final Award, para.362; *Blusun v Italy* Final Award, 2016, para. 317,367 y 372; *Antaris v Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01 Final Award, 2018, para. 360 y *Antaris v Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Dissenting Opinion of Gary Born, 2018, para. 39).

However, certain limits should be imposed on the state’s right to regulate domestic matters if such regulations adversely affect the foreign investor’s –previously made– investments (Selivanova, 2018, p.433). It has been argued that undertakings or representations that a state has made to attract renewable investments might –in specific situations– create ‘legitimate expectations’ for the investors (Graham, 2018, p.221). Although certain tendency seems to be appearing in case-law, there is still not a *jurisprudence constante* regarding this matter. The breach by states of the legitimate expectations of the investors is being considered by some arbitral tribunals (for instance: *Eiser v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, 2017; *Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No.

ARB/13/31, 2018; *Masdar v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, 2018, and *CEF v. Italy*, SCC Case No. 158/2015, 2019) as a violation of the fair and equitable treatment standard of protection (“FET”) under the Energy Charter Treaty (“ECT” or Treaty). Article 10(1) of the ECT provides that: “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and *create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors* of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties *fair and equitable treatment*”. Nevertheless, other tribunals –in analogous situations- rejected claims regarding the breach of the FET provision, invoking similar arguments (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012 Final Award (2016) para. 486-492; *Blusun v Italy* Final Award, 2016, para. 395).

In what circumstances is a foreign investor entitled to compensation under the FET in the ECT as a result of the exercise by the states of the right to regulate to detriment of investors? Significant development has occurred on the *case-law* from *Charanne* to-date, and no comprehensive research has been conducted on this evolution, this Chapter seeks to fill this gap and contribute to the literature. Recommendations made could be useful for arbitral tribunals’ in future renewable energy disputes. Besides, some amendments will be proposed in the drafting of the ECT considering the different interpretations around the FET concept. In addition, the progress some International Investment Agreements have experienced in the manner how the standard is defined will be considered.

This Chapter will be divided into five sections. The first sets the context with a brief introduction to the ECT from a theoretical perspective. It is focused on the FET provision and the dispute resolution mechanism in the treaty (1). The second consist of an analysis of the renewable case-law under the ECT concerning states’ right to regulate (2). The third section presents the conflict between a state’s right to regulate and investor’s legitimate expectations. Different approaches to solve this conflict, identified in case-law, will be presented (3). Some thoughts on stabilization clauses in energy contracts and the impact they had and might have in future disputes will be presented (4). The final section concludes with closing remarks (5).

The state has the sovereign right to regulate and modify its legal framework. Nevertheless, there are limits to the exercise of such power. In case the state goes beyond these limits, a breach of the FET standard under the ECT occurs. Therefore, a new right appears for the investor who is entitled to receive compensation. A new discussion –not subject to analysis herein- opened in the literature about the impact these cases might have in the Energy Transition (Tienhaara K., 2008, p. 24).

## 2. Overview of the Energy Charter Treaty

### 2.1. History, Purpose and Modernisation

Since the ECT was ratified by several states, investments in the energy sector have experienced an increase in the substantive protections. The Treaty emerged in a fossil fuel setting because of a gas supply crisis occurred during the period of the cold war. Although it has been argued that its modernization is required, it is the most broadly ratified

investment agreement applicable to energy investments and the unique multilateral treaty exclusively related to energy (Gallagher, 2018, p.256). It provides investment substantive protections, including a dispute settlement mechanism. The Treaty addresses a varied range of aspects related to energy, namely: commerce; investments (promotion, protection and treatment); energy efficiency, and environment.

The treaty's purpose is "to establish a legal framework to promote long-term cooperation in the energy field" (Article 2 of the ECT, 1998). Thus, according to its preamble, the aim of the Treaty is to encourage economic growth through the adoption of measures to liberalise investment and trade in the energy sector (preamble of the ECT, 1998). The preamble should not go unnoticed, as it constitutes a tool of interpretation in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties ("VCLT"). As the Treaty does not contain a clear definition of the FET, its preamble is used by tribunals as an interpretation tool to determine its content and scope. The disputes reviewed below raised 'alleged breaches' of some of the substantive protections of the Treaty. Since the treaty does not contain a clear definition of the scope and content of these protections, an exercise of interpretation is required to unravel their meanings.

## 2.2. FET Standard of Protection and Customary International Law

While the substantive protections are examined –either by the literature or tribunals–, the concepts of 'investor' and 'investment' always draw attention. The reason for this is simple. These concepts define the scope of application of the treaty protections determining the jurisdiction *ratione materiae* and *personae* of the tribunal in case of disputes. The definition of investment can be found in Article 1(6) of the Treaty (Article 1 of the ECT, definition of "Investment"). Moreover, according to the Treaty, to be categorized as an investment, the activity done by the investor must be associated with an economic activity in the energy sector (An interesting discussion about this could be found in this case: *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 2008, para. 42-43). Besides, Article 1(5) defines 'economic activity in the energy sector' comprising the construction and operation of power generation facilities including those powered by wind and other renewable energy sources. Therefore, in principle the disputes arising out of renewable energy projects –such as the examined herein- are covered by the ECT provisions (Gallagher, 2018, p.257). Regarding the concept of investor, it is defined in Article 1(7) of the Treaty which, in comparison with other investment agreements, is considered broad.

Section III of the Treaty contains the substantive protections for investments. It covers the protections usually found in Bilateral Investment Treaties ("BITs"), such as FET standard of protection; prohibition of discriminatory measures; Most-Favoured-Nation Treatment, and payment of prompt, adequate, and effective compensation for any nationalization or expropriation. The most frequently successfully invoked substantive protection -in renewable energy disputes raised out of regulatory changes- is the FET standard of protection (Dolzer, 2012, p.1; McLachlan, 2017, p. 355-357). Most of the claims, as will be exposed, are based on the states failure to provide a stable and transparent regulatory environment in light of the investor's legitimate expectations (Cyrus, 2017, p.2).

Article 10 (1) of the ECT sets an obligation for the contracting parties to accord FET standard of protection to investors without including a definition of the standard. Consequently, investors often include claims for breaches of the duty of FET in addition to claims brought under other substantial protections. It's been argued that investment treaties –like the ECT- are not self-contained regimes (McLachlan, 2017, p. 296-329). Consistently, the meaning of their terms must be interpreted considering the relevant rules of international law applicable in the relations between the parties in accordance with Article 31(3) of the VCLT. However, it has been asserted that defined by traditional means of interpretation (wording, context, object and purpose) the FET concept is challenging (Schill, 2012). Hence, the lack of definition and the absence of an unanimously accepted meaning from state practice, determine the exercise by tribunals of a significant law-making power in international investment law (Schill, 2012, p.1). Although there is not precedent in Investment-State Dispute Settlement (ISDS) (Cheng (2017) p.1014), Arbitral Awards have become a persuasive authority –at the time of defining the content of the standard- giving raise to what has been called ‘normative expectations’ (Schill, 2012, p.1). It implies that all stakeholders involved in an investment dispute (state, investor, counsels) expect that the tribunal decide future cases consistently with previous decisions. This flows into the idea that investment treaties will and should be applied and interpreted in the future based on how they were applied and interpreted in the past (Schill, 2012, p.1). As will be reported, this tendency is not completely followed in the analysed cases where *prima facie* inconsistency seems to be the rule (Oliver, 2007, p. 225-243).

Notwithstanding the above debate, while the FET standard continues being part of the ECT, it will require to be interpreted. Concerning the link between FET and customary international law, there is an extensive debate among authors. It is mainly focused on whether the standard of protection is part of the Minimum Standard of Treatment provided to foreign investors in customary international law or if it includes a broader meaning.

There is a consensus in jurisprudence that stability and predictability of the legal framework are important components of the FET provision under the ECT. Some authors have argued that the ECT confers investors operating in the energy field greater protections against regulatory changes than other investment treaties (Hober, 2018, p.175). This statement is based on Article 10 (1) of the Treaty which refers to a state duty to create stable and transparent conditions for foreign investments, as well as the commitment to accord Fair and Equitable Treatment to such investments. Dolzer and Schreuer have identified from the arbitral case law, factual situations or principles to which this standard has been applied. These are: transparency; stability and the protection of legitimate expectations; compliance with contractual obligations; procedural propriety and due process; good faith, and freedom from coercion and harassment (Dolzen, 2012, p. 1).

It is accepted that a reversal of promises by a state that have led to legitimate expectations in the investors will breach the FET standard (*Azurix v Argentine*, ICSID Case No ARB/01/12, Final Award, 2006, para. 287; *Glamis v United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 2009, para. 22). Thus, the issue to be addressed is what makes an investor's expectation capable of being considered ‘legitimate’. Legitimate expectations are examined in accordance with the host state's legal framework, undertakings, and representations made directly or implicitly by the host state (Levashova, 2019,

International Arbitration Law Library, Volume 50 (Kluwer Law International, 2019). The legal framework on which the investor is entitled to rely consists of legislation and treaties, assurances contained in decrees, licences, as well as contractual undertakings (Dolzen & Schreuer, 2012, p. 1). In addition, tribunals have agreed that investor's legitimate expectations must be analysed in the light of the legal order of the host state at the time the investor made the investment (*Mondev v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Final Award, 2002, para. 156; and *AES Summit v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Final Award, 2010, para 9.3.8 and 9.3.18). It was noted that legitimate expectations are not subjective hopes and perceptions, rather, they must be based on objective facts (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 2010, para. 228).

It was pointed out that “changes to general legislation, in the absence of specific stabilization promises to the foreign investor, reflect a legitimate exercise of the host state's governmental powers that are not prevented by a fair and equitable treatment standard” (*Total S.A. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 2010, para. 164). However, what must be considered is whether measures exceed normal regulatory powers and fundamentally modify the regulatory framework for the investment beyond an acceptable margin of change (*El Paso v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/03/15, Final Award, 2011, para. 402).

The legitimate expectation and the proportionality criteria are the main tools applied by tribunals in the *case-law* to evaluate whether the host-state breached the FET provision under the ECT. In the following paragraphs, after a special consideration of the dispute resolution mechanism under the ECT, an analysis of the determination tribunals have done around this concept will be conducted.

### 2.3. Dispute Resolution Mechanism

International arbitration is the principal tool used by investors under the ECT in case of violation of its substantive protections. The procedures and circumstances under which an investor of a contracting party might submit an investment dispute to International Arbitration are set in Article 26 of the ECT (Gaillard, 2018, p. 1). The Treaty contemplates a *cooling off* period of three months from the request of amicable settlement. After this period, the investor is entitled to choose to submit the dispute for resolution either to the courts or administrative tribunals of the contracting party to the dispute, or in accordance with a previously agreed dispute settlement procedure or to International Arbitration. Article 26 of the ECT clearly grants this choice to the claimant as it states that if the dispute cannot be amicably settled, “the investor party to the dispute may choose to submit it for resolution” (Gallagher, 2018, p. 262). Thus, under the ECT it is only at the investor's instigation that arbitration can be commenced. The text of the Treaty differs significantly from other treaties which provide that a dispute may be submitted at the request of either party to an *ad hoc* arbitral tribunal or arbitration under the auspices of ICSID (See the Article 9(3) of the China-Ethiopia BIT, 1980). Therefore, a *fork in the road* provision is contained in the Treaty that potentially bars an investor's claim if another dispute-settlement mechanism has been selected (Gaillard, 2018, p.1). Moreover, the Treaty gives right to any party involved in the dispute to set as a place of arbitration a

state that has ratified the New York Convention, which reaffirms the enforceability of the award (Article 26 (5) (b) of the ECT). This is notwithstanding the debate in cases of intra-European Union investment arbitration awards which will not be examined herein (*Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No 2008-13, 2008). Therefore, International Arbitration constitutes a guarantee for the investor. Point was made that it would be of little benefit to foreign investors if they were obliged to enforce their rights under investment treaties in the local courts of the host state responsible for their mistreatment, since often the action complained of is a change in the local law the relevant court is obliged to uphold (King, 2012, p. 1). The investor is also afforded a wide choice in terms of institutions and rules which can have a significant impact on its claim (Article 26 (4) of the ECT).

The above overview lays the foundations for the analysis of renewable energy arbitration disputes in the next chapter.

### 3. Renewable ECT Arbitrations and Investors' Legitimate Expectations

#### 3.1. Regulatory changes and context of its implementation

Political risk has always been a problem for renewable energy investors. An exponential growth in renewables has occurred across the world—especially in Europe—during the last decade. The growing focus on renewable energy was reflected in the creation of the International Renewable Energy Agency (IRENA). IRENA is an intergovernmental agency. Its principal objective in accordance with the Article II of its Statute is to “promote the widespread and increased adoption and the sustainable use of all forms of renewable energy”. The reasons for this can be found either at a domestic or an international level. Concerning the latter, -through treaties- several commitments were taken on by states to reduce green-house gas (GHG) emissions to combat climate change (CC) (United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) signed in 1992 and entered into force in 1994; Paris Agreement on Climate Change in 2015). Since then, they intended to reproduce the assumed international obligations in their domestic jurisdictions. Consequently, different supports were given at a local level to incentivize renewable development. For instance, Feed-in-Tariffs (FIT); Feed-in Premiums; green certificates; quota obligations; loans, and tax exemptions. The FIT regime resulted in a tariff deficit, meaning that the subsidies the government was paying to the operators of photovoltaic parks were higher than the end-price the government charged for that energy. Conversely, because of the financial crisis and over-subsidisation, several states decided to modify the policies connected with the granted supports (Gallagher, 2018, p. 257). In general, the regulatory modifications implemented by the states comprised cutbacks on subsidies for renewable energy; creation of new taxes; implementation of a state levy on solar energy, limitation of the term for regulated tariffs; imposition of limits on equivalent production hours; obligation to fulfil new technical requirements; obligation to pay a charge for grid access, and the reversal of the prioritised dispatch (Restrepo, 2017, p. 8). Therefore, renewable investors who invested based on a regime that was then modified were affected in some manner. Subsequently, several investment-



arbitration claims against host-states -mainly Spain, the Czech Republic and Italy- have been brought under the ECT provisions.

The fact is that these countries adopted measures to comply with their international obligations to reduce GHG. It was the global financial crisis that made the measures unsustainable. There are those who argue that tribunal decisions should take the global intention to lower GHG emissions into account and consider the international instruments supporting this aim (Restrepo, 2017, p. 8). However, this approach is not considered in the Awards reviewed here. This confirms that Tribunals have little room to review international law on climate change. Some concerns have been expressed about the impact the awards may represent to the aim of combating Climate Change (CC) (Restrepo, 2017, p. 8). The main concern is that it may incentivize host-states not to take CC measures to avoid the risk of facing high value claims and eventually, adverse decisions (Restrepo, 2017, p. 8). This phenomenon is well-known in literature as 'regulatory chill' (Baetens, 2011, p.11). Nevertheless, there is no evidence about its occurrence, which must be evaluated over the next few years when pending cases are finished and in relation to the subsequent conduct of states (Tienhaara, 2018, p.24).

### 3.2. Tendencies and Unsuccessful Allegation of Indirect Expropriation

It is a fact that the FET is the most successful substantive protection in the studied cases. As explained, the modification of renewable regulation in Spain, the Czech Republic and Italy resulted to date in sixty international arbitration claims under the ECT (See list of all arbitrations filed against Italy, Spain and The Czech Republic in THE ect database: <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>). Investors' who were affected as a consequence of the regulatory changes seek protection under the substantive provisions of the ECT by means of investment arbitration. This means that, currently, sixty out of one hundred and twenty-two disputes brought under the ECT are related to the modification of renewable' regulations in the mentioned countries.

Firstly, forty-five of these claims are against Spain; six (*Charanne; Isolux; Antin; Eiser; Masdar; Novenergia*) of them have been resolved and the awards are publicly available; two (*Charanne & Isolux*) concluded that Spain is not liable to pay damages and the remaining four considered it is (*Antin; Eiser; Masdar & Novenergia*). The regulatory changes that motivated investors' claims were different in *Charanne* and *Isolux* -cases decided in favour of the state- in comparison with the regulatory changes considered in *Antin; Eiser; Masdar; Novenergia* -decided in favour of the investor. The existence of different regulations on which the claimants based their claims and the different impact they caused in the investors' business seem to be *prima facie* the principal reasons for different Awards (Kudrat, 2018, p. 5).

Secondly, nine of these claims are against Italy; three (*Blusun; CEF & Greentech*) of them have been resolved and the awards are publicly available; one concluded that Italy is not liable to pay damages (Blusun) and the other two considered it is (*CEF & Greentech*).

Thirdly, six (*Antaris; Voltaic; Photovoltaic; WA; ICW; ICW*) of these claims are against the Czech Republic; five (*Antaris; Voltaic; Photovoltaic; WA; ICW*) of them have been resolved concluding that the state is not liable to pay damages.

Hence, out of a total of fourteen awards publicly available, eight have been decided in favour of the host-state and six in favour of the foreign investor. However, the jurisprudence changed significantly since the first Award was rendered in *Charanne*. The vast number of pending cases against Spain and extra official information accessible about the non-publicly available awards suggest that this tendency would be probably modified rapidly (Tones, 2019).

As was asserted, under the ECT different wording cannot serve as an explanation for divergent interpretations (D'Agostino, 2007, p.50). However, the above tendencies show how tribunals have achieved different conclusions considering similar facts and a unique Treaty.

From the reviewed awards emerges that substantive protections under which most of the investors presented their claims in the hypothesis of regulatory changes were the FET-standard and Indirect Expropriation. In the case of the claims against Spain, four of the investors claimed jointly a violation of the FET-standard and indirect expropriation (*Charanne; Eiser; Isolux ; & Novenergía*), while two investors (*Antin; Masdar*) merely claimed a breach of the FET-standard. Concerning the claims filed against Italy, from the awards follow that merely one of the investors claimed jointly a violation of the FET-standard and Indirect Expropriation (*Blusun*), while two only claimed exclusively a breach of the FET-standard (*CEF & Greentech*). Regarding the claims filed against the Czech Republic, follows that all the investors claimed solely a violation of the FET standard (see the following Final Awards: *ICW*, para.125; *Photovoltaik*, para.124; *Voltaic*, para.125; *WA* para. 125). Consequently, the above figures show that the FET standard is preferred by the investors to base their claims in case of regulatory changes by host-states. In addition, there is no case in which the investors invoked exclusively indirect expropriation. In terms of the awards' outcomes, it flows that all the cases decided in favour of the investors (*ICW; Photovoltaik; Voltaic; WA; Antin; Eiser; Novenergia; Masdar; CEF; and Greentech*) the state liability was determined based on a breach of the FET-standard. Thus, considering the above analysis, the FET standard is not only the most preferred standard by the investors to base their claims on, it is also the most successful of them.

Although indirect expropriation is not subject to analysis herein, some brief assertions will be done regarding the cause of its unsuccessful allegation. In *Charanne* the Tribunal pointed out that the concept of expropriation is generally accepted as 'a taking involving a deprivation of property' (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 2016, para 460). The tribunal followed the standard of indirect expropriation under international law, which requires the presence of a substantial effect on the property rights of the investors (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 2016, para 461). It was pointed out that a loss of value considered as expropriation must be of such magnitude as to amount to a deprivation of property (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 2016, para 464). Consequently, it was concluded that the claimants failed to prove that the disputed measures had an effect tantamount to an expropriation (*Charanne v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 2016, para 462). This conclusion reflects the high threshold in jurisprudence to consider that government measures amounted to an expropriation (*Blusun v Italy*, Final Award, 2016, para 408 & *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095 Final Award (2018), para. 727).

Normally, in renewable energy cases involving adverse regulatory measures -as the studied herein- investors remain in ownership of the affected investment, nonetheless the investment has suffered a loss of value due to the regulatory changes implemented. In the facts the investor continues operating the photovoltaic park which continues to generate energy, and thus profit.

In this sense, the *Isolux* Tribunal determined the non-occurrence of expropriation after comparing the profitability of the investor at the time of investing with the current profitability of the solar plants. Being the latter higher, the tribunal concluded that 'in no way can a "severe" or "radical loss" occurred concluding the not expropriator nature of the measures adopted by Spain (*Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Final Award, 2016 para. 852-853).

### 3.3. FET as a protection against Host-State Regulatory Changes

The allegation of a breach of the FET by investors in the cases is followed by a response of the states denying such breach. The main arguments presented by both parties will be presented here-after. As was pointed out, state support has been a necessary precondition for investments in renewable projects (Selivanova, 2018, p.433). Although currently renewables are becoming quite competitive, when they were trying to compete at the beginning with a very entrenched fossil fuel industry, they faced many challenges. Some of them were inertia to change, high capital costs, and lack of appreciation of the urgency of climate change mitigation (Outka, 2012, p. 65).

There is consensus that the reversal of supports by host-states that had led to legitimate expectations in the investors would violate the FET standard under the ECT (Dolzer, 2012, p.1). However, as will be exposed, there is no general agreement, neither in literature nor in jurisprudence, about when the investor has a legitimate expectation that the legal framework would not be modified. Thus, the key legal issue to be addressed is what makes an investor's expectation liable to be considered 'legitimate' (Tellez, 2012, p.27). A review of the investors' and host-states' assertions about this concept will be conducted in the following paragraphs.

The *rationale* behind investors' claims is the idea that the regulatory modifications introduced by states have affected the legal and economic regime established by previous regulation, on which they relied at the moment of making their investments (Selivanova, 2018, p.433). They asserted that the changes caused damages and thus it must be repaired (Tellez, 2012, p. 27). By means of a Treaty interpretation and referring to several *case-law*, investors alleged that the FET standard imposes an obligation for the states to maintain a stable and predictable legal framework (*Charanne v Spain*, Final Award,, 2016, para. 293). They likewise affirm to have a legitimate expectation that the legal framework considered when investing would not be modified (*Charanne v Spain Final Award*, 2016, para. 294). They pointed out that, via regulatory reforms, states breached their obligations to provide FET under Article 10 (1) of the ECT. The investors mostly recognized that states -as part of their sovereign power- are permitted to change their regime under the ECT, but those changes must be predictable and in line with investors' expectations (*Antin v Spain* Final Award, 2018, para. 414 & 377). To justify the existence of a legitimate expectation, the criteria usually used -which is commonly accepted in jurisprudence- consist of identifying certain elements in the conduct either of the state or the investor.

These elements are an explicit or implicit representation made by the authorities of the state (about the freezing of the legal framework); such representations must be relied by the investor at the moment of investing, and the legitimacy and reasonableness of the expectations at the light of the circumstances of the cases. Regarding the representations made by states, investors alleged that mostly are contained in the legislation –whatever form it adopts (*Charanne v Spain*, 2016, Final Award para 295). In addition, could be identified -apart from the legislation- in other type of evidence, such as press release; declarations made by public officials; meetings with government representatives, and publicity through which the state promotes the investment such as the Spain campaign, ‘*The sun can be yours*’ (*Antin v Spain*, 2018, Final Award, para. 366). In some cases investors alleged that the promise of stabilization was indirectly contained in the legislation, while others -going beyond this argument- affirmed that a stabilization clause with a specific commitment of freezing the legal framework was expressly contained in the legislation (Ivaylo, 2018).

Conversely, the *rationale* behind host-states’ responses is that although the FET standard provides that a stable regulatory framework must be granted to investments, this does not imply that the legal system must be unmodified. The idea that the FET standard is not a stabilisation clause is repeatedly alleged by states. It was affirmed that they can continue to legislate responding to changing circumstances if they do so in an equitable and reasonable manner (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para. 355). States alleged that the violation of legitimate expectations requires a specific commitment that the legal framework that governed the investments would not be modified (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para. 356). Thus, in absence of a specific commitment, the only expectation that the investor would have is that the legal framework would be modified. Host-states stated that investors’ expectations must be objective, reasonable and legitimate. To determine their scope, they observe what knowledge the investor had or should have had about the regulatory framework in the country in which the investment was done (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para. 364). Therefore, they asserted that what makes a state measure reasonable is the public interest pursued by it (*Antaris v Czech Republic* Final Award, 2018, para. 354). Thus, the adjustments to the legal framework are considered by states to be coherent and reasonable as they aim to adapt to changing economic circumstances and solve the problem of tariff deficit responding to a public interest (*Antaris v the Czech Republic* Final Award, 2018, para. 365).

While setting a general overview of the arguments presented either by investors or host-states, tribunal determinations on the subject will be examined in the following section. The strength of the arguments presented by both parties is unquestioned. Beyond their arguments, some principles could be identified. Behind states’ arguments, the *principle of sovereignty* (Byers, 2002, p.47) and the *public interest exception* appear as a main ground. The principle of sovereignty has been defined as “the full power of the state in its territory and its independence from other states” (Feshenko, 1988, p.40). This power includes the ability of the state to create their own legislation and to modified it when circumstances so required. This idea governs the states’ arguments the in the cases under study. Alternatively, in some dissenting opinions of the cases under study, some argue that while there is a right to regulate, it does not forgive a state of its obligation to compensate (*Charanne v Spain* Dissenting Opinion Guido Tawil, 2015, para 5 & *Antaris v Czech Republic* Dissenting Opinion Gary Born, 2018, para. 7). Conversely, it has been

pointed out that a compensation requirement would discourage regulation and without forgiveness of liability, the right to regulate could not exist (Giest, 2017, p.18).

In addition, the public interest exception is used by states to justify the regulatory changes implemented. It has been argued that generally acknowledged that states need to be given some freedom for public interest regulation (Giest, 2017, p.18). And thus, public interest exceptions are incorporated into investment treaties to reduce liability when the regulation is intended to benefit the public and prevent the chilling of such regulation (Giest, 2017, p.18). In the reviewed cases states alleged that the regulatory changes implemented responded to a public interest as a result of the financial crisis being that an exception to the ECT promise of stability.

However, under investor's argument, the doctrine of *no venire contra factum proprium* or *estoppel* (Sombra, 2016, p.9) –by which the legitimate expectations rule is influenced– is easily recognised. The doctrine of *no venire contra factum proprium* consists of the prohibition of disloyal or inconsistent behaviour. It lies in avoiding contradictory behaviours regarding previous manifestations of will that are based on good faith and that can cause damages (Sombra, 2016, p.9). Similarly, the concept of estoppel in common law is related to the protection of the practice of an initial behaviour that results from a legitimate expectation that such practice conforms with good faith (Sombra, 2016, p.9).

At the end, it appears that after a confrontation between state rights to regulate and investor legitimate expectations, that who wins the battle will obtain an award in its favour. Thus, the decision-maker role that arbitrators play in these cases is not simple. This not only because of the strength of the arguments alleged by both parties, but also because of a rising concern about the possible interference of international investment rules with domestic law (Lise, 2014).

### 3.4. Tribunal Approaches to FET Standard in the Context of Regulatory Changes

Due to the lack of definition of the FET in the ECT, tribunals have interpreted the provision differently. There is consensus in the jurisprudence that the duty to provide FET implies an obligation to create a stable, equitable, favourable, and transparent conditions for investments (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para. 447). The following have been construed by arbitral tribunals as elements of the FET-standard: the legitimacy (reasonableness) of investor expectations; the stability, predictability and transparency of treatment by the state, and the absence of arbitrariness or discrimination in such treatment (Restrepo, 2017, p. 8).

This interpretation is done by means of a literary analysis of the text of the treaty in terms of the meaning of the words '*fair*' and '*equitable*', in cooperation with some provisions of its preamble in accordance with the criteria defined to interpret treaties in the VCLT.

There is also a compromise about the fact that the state cannot induce an investor to make an investment generating legitimate expectations, to later ignore the commitments that had generated such expectations (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para. 486). It is also accepted that investors' legitimate expectations come from specific commitments of the state, for example those assumed by means of a stabilization clause. Some tribunals

understood that in the absence of a specific commitment, an investor cannot have a legitimate expectation that existing legal framework will not be modified. However, regarding the rules that are not specifically addressed to a particular investor –normally designed to encourage foreign investment-, there is no consensus in tribunals about its ability to be considered as a source of a commitment of the state. In this sense, some have expressed that the existence of a specific commitment – whether of a contractual nature, or based on statements or specific terms granted by the host-state– can be based on the legal order in force when the investment was made (see *Gary Born* and *Guido Tawil* dissenting opinions). This installed the discussion about whether a representation is valid to create a legitimate expectation in the investor, a debate that makes the lack of consistency evident.

The idea that the state has a reasonable degree of regulatory flexibility to face to the changing circumstances in the public interest is generally accepted (*Eiser v Spain* Final Award, 2017, para 387). However, those subsequent changes –in case they happen- should be made fairly, consistently, and predictably, taking into consideration the circumstances of the investment (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para 500). Nevertheless, in some dissenting opinion it's been argued that if in the valid exercise of that regulatory power of the host-state it affects acquired rights or legitimate expectations of the investor, the state must compensate the damage caused (*Charanne v Spain* Dissenting opinion Guido Tawil, 2016, para. 11).

There is also consensus regarding the fact that the regulatory measures, to be in violation of investors' legitimate expectations must not have been reasonably foreseeable by the investor (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para 506). To prove this aspect, investors use either reports or other type of evidence to support the fact of having done a due diligence process before the investment decision to mitigate or avoid any type of risk that could appear. This suggests how important the evidence may be in the resolution of this cases. Although *prima facie* the expectation seems to be located in the subjective scope of the investors, it is generally accepted by tribunals that the legitimate expectation must be proved objectively and assessed on a case-by-case basis (*Antin v Spain*, 2018, Final Award, para. 536). This idea reveals the importance of the realization of a due diligence by the investor prior to make the decision to do an investment. This is not only to assess possible risks, and eventually mitigate or avoid them, but also to pre-establish evidence to be prepared in case of dispute. The expectation is in the subjective sphere of the investor who eventually will face the challenge to make visible in an objective manner. The investor is who has the burden of proving such expectations, thus, as was alleged, the strongest the evidence is, the more likely to obtain an award in which the legitimate expectation be recognized (*Antaris v Czech Republic*, 2018, Final Award, para. 368).

There are other aspects that in a case by case basis are analysed by the tribunals when assessing a legitimate expectation. For instance, the lifespan of the technology used in a project -such as the solar panels-, or the term of the lease agreement for the land above which the photovoltaic project is to be built (*Charanne v Spain* Final Award, 2016, para 521 & 522). This elements contribute to exteriorize in some way the expectations the investor has and the reasonableness of its expectations at the light of the circumstances of the projects.

Some tribunals refer to a *test of proportionality* when assessing the regulatory changes. This test analyses that the modifications are not capricious, unreasonable, arbitrary, contrary to public interest, disproportionate or unnecessary, and do not suddenly and unpredictably eliminate the essential characteristics of the existing regulatory framework (*Charanne v Spain*, 2016, Final Award para. 517 & 539).

Others refer to ‘*an acceptable margin of change*’ in the regulation by the states in parallel to the ‘*margin of appreciation doctrine*’ (see dissenting opinion of Gary Born, 2018, para. 39). The basic idea behind is that the state is entitled to a certain ‘*room to maneuver*’, within which its conduct is exempt from full-fledged review. Tribunals appear to conclude that the state retains a margin of discretion to balance the investor’s expectations against public policy objectives and that only the exercise of regulatory power exceeding that margin can constitute a breach of a state’s obligations under the treaties’ FET standard.

The Spanish, Czech and Italian renewable energy arbitrations are likely to focus on whether the host-state acted with consistency, transparency, and reasonableness in modifying the existing regime, and whether investors had legitimate expectations that the legal framework would not be modified. As emerges from the tribunals determinations, there is not an exclusively standard as to when investors’ expectations deserve treaty protection under the FET standard, any evaluation will depend on several aspects, such as the facts of the cases, the evidence provided by the parties, the scope of the regulatory modifications adopted, and the impact they caused on the investors. The legitimate expectations’ rule developed by tribunals as an instrument to assess the breach of the FET standard will be explained in detail in the following paragraph. Such analysis will bring us a step closer to the answer this Chapter questions.

### 3.5. What Attributes must an Expectation have to be considered as Legitimate?

As was largely argued hereinbefore, it is accepted that a violation of a legitimate expectation of the investor would derive in a breach of the FET-standard. Since there is no provision in the ECT referring specifically to investors’ legitimate expectations, the determination of the extent and content of protection of such expectations is being assessed by Tribunals through a review of the relevant case law on the matter (Tellez, 2010, para. 110).

The lack of rigorous analysis by tribunals supporting the use of legitimate expectations is noted in most of the reviewed awards. Some exceptions to this rule are the cases against the Argentine Republic (*Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Final Award, 2009, para. 260-262; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 2001, para. 113 and *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Final Award, 31/10/2011, para. 356-364 which contain important analysis of the subject matter and are constantly referred by tribunals in the cases under study).

The doctrine of legitimate expectation has been established on precedents —awards citing prior awards that have mentioned the concept. However, as will be explained, this approach without additional elaboration is unsatisfactory. The *rationale* behind the legitimate expectations doctrine is that the investor should not be protected from the

ordinary business risk of an investment, and that the expectations of the investor must have been reasonable and legitimate in the context in which the investment was made. The logic behind the rule is to encourage foreign investors to make adequate business decisions based on the legal regime in force in the state, and the representations made by the host-states. Therefore, this doctrine requires to be assessed in a case by case basis.

It has been argued that little justification has been provided by tribunals to account for the use of legitimate expectations in the context of the FET-standard (Potestá, 2013, p.88). This is surprising considering the lack of explicit definition of the concept in the ECT. However, there is a tendency to define the content of the standard in the last Investment Agreements. For instance, the United States-Mexico-Canada agreement (USMCA) contains a provision expressly excluding the legitimate expectations to the scope of the FET standard (Article 14.6(4) of the USMCA). Conversely, the Investment Agreement recently signed between the European Union and Vietnam (*see* the Investment agreement between the European Union and Vietnam) provided a clear definition of the FET standard including a protection of the investor's legitimate expectations in its scope. The latter seems to be the rule in the last Investment Agreements, reason why some authors speak about its evolution (Behn, 2015, p.363). This reaffirms the need to modify the ECT to make it participant of such evolution.

Tribunals have accepted that the mere subjective belief held by the investors is insufficient to create a legitimate expectation (*Charanne Final Award*, 2016, para 493). Therefore, some objective criteria have been identified in jurisprudence to evaluate whether a legitimate expectation exists. The following paragraphs identify different elements and forms in relation to which a breach of legitimate expectations has been found by tribunals. The absence of a clear definition of the standard in the text of the ECT obliges tribunals to find mechanisms to define it. What is curious about the tribunal's decisions is the use of some extracts of other awards to underpin their positions, while they were rendered under the scope of application of a different legal framework (Chen, 2019, p.47). This installs the discussion -that will not be subject to analysis herein- about whether there is a universal concept of the FET-standard, or if, on the contrary, it has a different meaning and content depending on the legal framework it is contained on.

Based on the determinations of the tribunals in the case law analysed in this dissertation, four elements can be identified as decisive in evaluating whether the expectations of an investor are legitimate (Levashova, 2019, p.51). Firstly, the specific representations made by the host-state to an investor. Concerning the representations, the analysis will include situations where the investor invokes contractual commitments or unilateral representations of the state through general legislation. Secondly, the stability of the general regulatory framework will be assessed. Regarding states right to regulate, it has been argued that unqualified protection of legitimate expectations may have the effect of limiting the state's right to regulate (Potestá, 2013, p.88). That is why this issue will be addressed in the following chapter, as it deserves specific analysis. Thirdly, tribunals consider the economic and socio-political circumstances in the host-state at the moment of the investment. And finally, the investor's conduct before making the investment -due diligence and risk assessment- will be examined as an element also being considered by tribunals.



Regarding the first element -specific representations by host-state- the arbitral practice confirms that representations by the state are, in principle, capable of creating legitimate expectations, and thus may be protected under the FET-standard, if they are later unknown by the state. Regarding the form in which the state can make those promises, commitments, or representations, lack of consistency appears in case-law.

There are two approaches in case-law to assess the existence of a state representation. The first entails the host state to have made clear, direct and specific assurances to the investor regarding the specific relationship -which is normally a contract- that the legal framework will not be modified. As an example, *Charanne* tribunal has affirmed that “in the absence of a specific commitment, an investor cannot have a legitimate expectation that existing rules will not be modified” (Charanne, Final Award, 2016, para. 499). The second approach understands that the expectations could be based on assurances of the state provided in general applicable laws of a country, or the legal framework at the time of the investment. A tribunal is more likely to find a breach of the FET where the host-state, implicitly or explicitly, made specific representations, commitments, assurances or promises on which the foreign investor relied in making the investment.

Some claimants intended to rely on statements by the host-state in investment promotion documents, in which it was asserted that high return in photovoltaic sector could be reached. Another strategy used by claimants is invoking the legal framework in force at the time of investing as the basis of their legitimate expectations (Charanne, Final Award (2016) para. 491). Some tribunals asserted that the investment promotion documents and the legislation per se could not create a legitimate expectation that specific laws would not be modified (Charanne, Final Award, 2016, para. 496 & 497). However, in some dissenting opinions –in all circumstances issued by arbitrators appointed by investors-, a different position was expressed regarding this matter (Gary Born and Guido Tawil Dissenting Opinions). It was asserted that legitimate expectations could arise from the legal system in force at the time of the investment. An UNCTAD publication on FET is used to justify the idea that an investor may derive legitimate expectations from “rules that are not specifically addressed to a particular investor, but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment” (UNCTAD FET: UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements II, 2012).

Thus, it is clear from case-law that not every representation or assurance creates legitimate expectations. A certain degree of precision, specificity or lack of ambiguity for representations to be enforced under the theory of legitimate expectations is required. In this sense tribunals seem to follow the principles set on the ILC Guiding Principles. This principles reflect the idea that state’s statement would involve obligations for the expressing state “*only if it is stated in clear and specific terms*” (Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations’, in: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_9\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_9_2006.pdf)>). The requirement of the specificity of the promise is analysed by tribunals from different angles. Firstly, regarding the object or content of the promise. Secondly, considering who the promise or representation is addressed to. In terms of the content, what is assessed is whether there is a promise to maintain the legal framework unmodified. Regarding the addressee of the representation, what is discussed is if a promise addressed to a specific investor

is required, or if statements of a more general nature, such as legislation or statements by politicians or government representatives directed to investors, are able to create legitimate expectations.

In *Charanne*, the tribunal asserted that the commitment of the state could have been made based on a stabilization clause, or a statement directed to the investors assenting that the existing regulatory framework will not change. The Tribunal concluded that these declarations have not been addressed to the investor. However, in the dissenting opinion of the same case, Tawil expressed that the legitimate expectation can originate or be based on the legal order in force when the investment is made. The *Charanne* decision was determinant in the change of strategy adopted by the investor in later arbitrations. This notwithstanding the fact that in *Charanne* the tribunal only considered the first regulatory changes implemented by Spain. Thus, this case can be distinguished on the facts to the subsequent awards against Spain which considered additional regulatory changes. According to the tribunals, while in *Charanne* the regulatory changes did conserve the principal characteristics of the investment, in *Eiser* they did not. Consequently, one can easily arrive at the conclusion that the main factor to determine proportionality was the substantiality of the loss (Restrepo, 2017, p.101). For instance, in *Eiser* the investors alleged that the decree, which was designed to attract investment, contains a stabilization clause (*Eiser* Final Award, 2018, para. 357). Although the tribunal did not analyse the nature of the decree provision –whether it constitutes a stabilization clause–, it concluded that ‘investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability’ (*Eiser* Final Award, 2018, para. 362).

However the *Isolux* tribunal based on an UNCTAD report concluded that an investor may derive legitimate expectations not only from specific commitments addressed personally, but also from rules that are not specifically addressed to a particular investor but which are put in place with a specific aim to induce foreign investments, and on which the foreign investor relied in making his investment (“UNCTAD FET: UNCTAD Series on issues in International Investment Agreements II”, 2012). The *Novenergia* Tribunal concluded that Spain actively promoted the perception of its legal framework as stable, transparent, and welcoming to investors through its reports, ‘*The Sun Can Be All Yours*’ and other prospectuses creating legitimate expectation that the legal framework was not going to be modified (*Novenergia v Spain*, 2018, Final Award, para. 556). The *Antin* tribunal concluded that state undertakings were sufficiently specific to generate legitimate expectations for the investor. The tribunal based the decision on the stabilization commitment contained in a decree and specific representations addressed to the investor in meetings (*Antin v Spain*, 2018, Final Award, para. 365).

In the cases against Italy, *Blusun* tribunal states that, in the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as FIT, or to maintain them unchanged once granted (*Blusun v Italy*, 2016, Final Award, para.319). The *CEF* tribunal, however, based the existence of investor’s legitimate expectations on the recognition letters issued by the state, in which certain fixed price and term were mentioned (*CEF v Italy*, 2019, Final Award, para. 211). The Tribunal also took into consideration the agreements signed by the state and the investor; these, even though did not contain a stabilization clause, did contain a clause of modification asserting that

the only mechanism to modify the contract was by mutual agreement in writing (*CEF v Italy*, 2019, Final Award, para. 214).

In the cases against the Czech Republic in *Antaris* the tribunal concluded that “the provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or a category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law” (*Antaris*, 2018, Final Award, para. 360.6). However, in the dissenting opinion it was asserted that the state enacted legislation that provided specific and unambiguous guarantees to investors in renewable energy guaranteeing that specified minimum tariffs would be payable for electricity produced by renewable energy sources for a period of 15 years, being this guarantees the instrument by which the legitimate expectations were created (*Antaris*, Dissenting Opinion, para.7). In *Photovoltaik*, the tribunal asserted that in the absence of a stabilization commitment -either contractual, legislative, or individual- it is not possible to allege that changes in the law applicable to the foreign investment in question were unlawful (*Photovoltaik*, Final Award, para. 482).

There is a general agreement in jurisprudence about the fact that if there is a specific commitment of the state in an agreement about the freezing of the legal framework –by a stabilization clause-, the lack of compliance with this will determine a violation of the FET-standard. Nevertheless, when there is no stabilization clause, the jurisprudence is divided. The general and less specific the representation is -in terms of content and addressee- the less likely to be considered valid to create legitimate expectations. However, this element never is assessed alone, being evaluated considering the specific circumstances of the case.

Regarding the second element considered by tribunals when evaluating the existence of legitimate expectations -stability of the regulatory framework- tribunals agree that the FET-standard involve an element of stability of the regulatory framework. Thus, some tribunals have been willing to extend protection under this standard to the state’s duty to maintain a stable framework. Often, this has been supported by reference to the ECT preamble, which refer to stability of investments in the energy sector. However, certain tribunals have asserted that, as a matter of principle, the state’s right to regulate cannot be considered frozen or restricted as a result of the existence of investment treaties. In *Saluka Investments v Czech Republic*, one can find repeated statements to the effect that no investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time of the investment remain totally unchanged Tribunal required due diligence from the investor, who ‘must anticipate that the, circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment’ (*Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17/03/2006).

*Eiser* tribunal recognized that the states have the right to regulate -including the right to change existing regulations. However, the tribunal noted that the ECT protected investors against what it characterized as ‘fundamental’ and ‘unprecedented’ regulatory changes that led to a ‘totally different’ regulatory regime than the one in place when the investment was made, particularly when those changes had a significant negative impact on prior investments that had been made in reliance on the previous regulations. This right may involve some modifications in previous regulations when necessary. In this sense was pointed out that the FET-standard cannot suppose the freezing of the legal regulation of economic activities in contrast to the state regulatory power and the

evolutionary character of economic life (*EDF v. Romania*, ICSID CASE No ARB 05/13 (Final Award) 08/10/2009, para. 217). Accordingly, arbitral tribunals have emphasised, in rejecting claims based on an alleged breach of the FET, that: ‘No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged’. Rather, a determination ‘whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable’ requires consideration of ‘the host-state’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest’.

In its assessment of the legitimacy of investor expectations, the tribunal considered it pertinent, referring to *Electrabel v Hungary*, to look at the information available to investors at the moment of the investment: “Fairness and consistency must be assessed against the amount of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host-state” (*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19 (Final Award) 25/11/2015, para.7.78). For the legitimate expectations of investors to be violated, such new regulatory changes should not be foreseeable for a prudent investor (*Isolux Netherlands, BV v Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153 (Final Award) 12/07/ 2016, para.781).

The expectations as to the regulatory framework must be assessed *in concreto* regarding all circumstances, including the specificities of the host-state, its level of development, as well as the sector in which the investment was made. However, if an alteration of the law has benefitted the investor, then the latter’s legitimate expectations, far from being violated, are protected, and enhanced (Tellez, 2012, p.432).

Another element that tribunals consider is the reasonableness of the investors’ expectations in the specific economic and socio-political context of the host-state. It is obvious that what an investor can legitimately expect -particularly in terms of stability- cannot be alike in a developing country than in a developed country. Tribunals have considered that the ‘reasonableness requirement’ intrinsic in the expectations requires a scrutiny of all the circumstances that the investor should have considered when making the investment, including the level of development in the host state. In the analysis of this element -which *prima facie* seems to be objective- is maybe where most of the subjective evaluations are made by tribunals.

For instance, the *WA tribunal* finds that the changes introduced by the state were part of the exercise of the sovereign right of the state to regulate tariffs –in particular in the context of ‘the solar boom’ (*WA v Czech Republic*, Final Award, 2019, para.576). The tribunal also stated that, with regard to the treaty obligation to maintain a stable and predictable legal framework, in the absence of an express stabilization commitment, changes to address the solar boom were within the state regulatory power (*WA*, Final Award (2019) para. 586. The *Voltaic* tribunal in the same sense asserted that “before the Claimant started its investment project, political and energy sector circles in the Czech Republic were aware that the then current Incentive Regime was problematic and, because of the solar boom, would become even more problematic with time” (*Voltaic v Czech Republic*, Final Award, 2019, para. 471). The context of the investment and the political situation are also considered by tribunals to assess the existence of a legitimate expectation. *Blusun* Tribunal asserted that the expectations were even less powerful since it was clear that the incentives offered were subject to modification, considering changing costs and improved technology (*Blusun v Italy*, Final Award, 2016, para. 371). *Charanne*

tribunal, in the same line of thinking, asserted that the investor could have easily foreseen possible adjustments to the regulatory framework as the law of the host-state clearly left open the possibility that the system of compensation applicable to photovoltaics could be changed (Charanne, Final Award, 2016, para. 505).

As emerges from the above exposition, the consideration of socio-economic circumstances of the host-state contribute to shape the content of legitimate expectations.

Finally, another element that has been evaluated repeatedly by tribunals in the cases under study is the 'reasonableness' of the investor expectations at the light of its conduct.

It has been recognized that expectations required to be analysed *in concreto* in order to determine whether the investor has acted with due diligence and thus can be said to hold the expectations in the specific circumstances. For instance, *Masdar* tribunal asserted that if general legislation is alleged as the source of an investor's legitimate expectations, such investor must demonstrate it has exercised appropriate due diligence, and it is familiarised with the existing laws (*Masdar*, Final Award, 2018, para. 494).

The rationale behind the tribunals' assessment is in the idea that not all risks an investment may face deserve protection under international investment law. For instance, the investor is not protected from the ordinary business risk that any investment implies. Thus, the investor must make the investment decision based on a risk assessment, examining all potential complications in the investment project, and the political and economic situations in particular. In this sense, it is argued that, since the FET standard represents a certain assurance to the investor, it does not play the role of insurance policy, and thus it cannot protect the investor from all the risks that its investment may face (Dolzer, 2012, p.1).

## 4. Renewable Energy Disputes and State's Right to Regulate

### 4.1. Conflict between the investor's legitimate expectation vs states' right to regulate

According to the ECT, it is unquestionable that host-states have a duty to encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for investors. However, it was repeatedly asserted in the awards that the article of the treaty in which the stability duty is contained does not constitute *per se* a stabilization clause (*AES v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Final Award, 23/09/2010, para. 9.3.29). Thus, states are entitled to amend their regulatory framework -which is normally subject to change- to adapt it to new circumstances that may appear (*AES v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Final Award, 23/09/2010, para. 9.3.29). The right to make modifications in the domestic legislation is been widely recognized as a key element of the sovereign rights of the states (Yaw, 2002, p.21). That is why some tribunals have asserted that the FET-standard imposes the obligation to implement regulatory changes in a way (*Blusun v Italy*, 2016, Final Award, para. 319.4). Consequently, a balance is required between state's rights to regulate and the obligation of the state to provide FET to the foreign investor (Kudrat, 2018, p.87). After reviewing the awards in the cases under study, either the arguments alleged by states or investors seem to be valid. It was

pointed out that the question on how to balance the interests between both rights depends on the arbitrators' discretion (Jaunius Gumbis & Rapolas Kasparavicius, 2017, p.5). The diverse methods adopted to 'find a balance' between both conflicting rights have been the principal reason for different decisions (Rivkin, 2015, p.130).

Different approaches to resolve this conflict have been adopted in case-law. One of these consists of the analysis of the circumstances that surround the decision of the investor to make the investment. Another consist of the analysis of whether there was a public interest behind the measure adopted by the state (*see AES Final Award*, 2010). Through these approaches the tribunals attempted to put itself in the position of both parties in the conflict before making a decision. These approaches find their origins in the *proportionality* and the *sole effects doctrine* (Gumbis, 2017, p.153).

The *sole effect doctrine* assumes that the host-state has a compensation obligation to the foreign investor if its actions significantly damage the economic value of the investor's assets (Gumbis, 2017, p.153). It is being argued that this doctrine does not restrict the sovereign rights of the state (Gumbis, 2017, p.153). This is because in case of breach by the state of its international undertakings, the remedy is not an order to cease from exercising sovereign powers, but to pay the investor a compensation for the damage caused (Gumbis, 2017, p.153)).

The *proportionality doctrine* obstructs the state's liability if it is proved that the adopted measures -in these cases the regulatory changes- were adopted in a proportional manner, considering the investors' expectations (Gumbis, 2017, p.153). This doctrine is based on a risk that the *sole effects doctrine* creates by discouraging states from taking an action when there is a need to protect the public interest. According to this doctrine, if regulatory changes adopted by states are reasonable and proportional in light of the circumstances, the investor has to accept the negative impact on its investment without receiving a compensation. Accordingly, the ECT provides that the treaty does not prevent any contracting party from taking any measure considered necessary for the maintenance of public order (*see Article 24.3(c) of the ECT*). This provision gave the perfect argument to states to allege the existence of a public interest behind the adopted measures and thus break the causal link between them and the alleged damage. However, according to some authors, the increase in the electricity price does not destabilise the public order and thus falls outside the scope of an exception provision, such as the one contained in ECT art 24(3)(c) (Reuter, 2015, p.12). Correspondingly, it was pointed out that the responsibility for the risk of an excessive cost on energy consumers lies in the scope of the host-state legislator rather than in the foreign investor (Reuter, 2015, p.12).

The arbitral tribunal may at its discretion apply one doctrine or the other to balance states and investors interests in the specific circumstances. If the proportionality doctrine is chosen, the threshold for the investor would be high as it has to prove that the states' measures were not proportional in light of the circumstances given. It has been pointed out that the standard of FET contains an element of proportionality (Scheu, 2017, p.449). The *proportionality test* consists of three elements: suitability, necessity, and proportionality *stricto sensu* (Scheu, 2017, p.449). This three step analysis assumes that the state is acting for the promotion of a public interest. Consequently, before analysing whether a host state measure can be characterized as proportional, it must be first established that the host state has taken the action to pursue a legitimate purpose (Scheu, (2017) p.449).

Another approach used in the cases under study is the *doctrine of margin of appreciation*, which origins lie in the European Court of Human Rights (ECHR) (Spielmann, 2012, p.381). The margin of appreciation is a tool used by the ECHR in its assessments of those provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR) and its Protocols that require balancing with other rights, or need to be weighed against other aspects of the public interest (Frantziou, 2019). Regarding this doctrine, it considers that national authorities were better placed to determine whether measures implemented were in the public interest because of their “direct knowledge of their society and its needs” (Frantziou, 2019, p.1). It has been noted that this doctrine is one of the forms in which the principle of proportionality appears (Henckels, 2015, p.1). Notwithstanding the above, in some dissenting opinion it’s been argued that the application of a margin of appreciation to a state’s FET under investment treaties is not a generally accepted principle of international law. Asserting that outside the ECHR there is no place for its application (*Antaris*, Dissenting Opinion of Gary Born, para. 47-48).

The principle of proportionality was adopted by most of tribunals to ground their decisions on the cases under analysis. For instance, in *Charanne*, the tribunal asserted that the proportionality of the measures is fulfilled as the modifications to the legal framework are not capricious or unnecessary and do not abruptly and unforeseeable eliminate the vital characteristics of the existing legal framework (*Charanne*, Final Award, 2016, para. 517). Moreover, the investor’s condition of expert in the energy market is used as an argument to justify that it should have foreseen the legislation changes. *Charanne* tribunal considered that regulatory changes were not disproportionate since they did not modify the basic benefits of the investor (*Charanne*, Final Award, 2016, para. 517).

In *Eiser* the Tribunal emphasized the idea that Spain introduced a completely new regulatory regime, which deprived claimants from all the value of their investment, in a disproportionate manner. Furthermore, it was highlighted that the measures adopted by the state in order to be justified require a rational public policy aim and a rational act of the state in relation to that policy (*Eiser v Spain*, Final Award, 2018, para. 418). The impact of the measure on the investor should be proportional to the policy objective sought. It is noted that the test of proportionality ‘requires the measure to be suitable to achieve a legitimate policy objective, necessary for that objective, and not excessive considering the relative weight of each interest involved’ (*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Final Award, 25/11/2015, para.179).

Moreover, a new approach involving CC has appeared in literature to complement the way in which tribunals are addressing the balance of rights phenomenon. Although it was not considered by tribunals in the reviewed awards, its rapid growth in literature indicates that it probably would be alleged by the parties in future disputes. The idea behind this approach is that investor-state arbitration may become a threat to the aim of combating climate change, as it may encourage the states not to take CC measures to avoid the risk of high value claims as a consequence of eventual adverse decisions. Supporters state that tribunals should take into consideration the interaction between investment arbitration and CC, since its decisions and arguments may have an impact on CC (Restrepo, 2017, p.101). Thus, it is noted that, to a certain degree, tribunals make CC law decisions (Restrepo, 2017, p.101). Supporters argue that the *sole effect doctrine* must be considered by tribunals by means of adopting a wide interpretation of representations;

less harmful measures standard, and an analysis of proportionality in the context of climate change. Consequently, the balancing test must give a proper weight to the CC interest grounded on the global intention to lower GHG emissions and the international instruments supporting this aim (Restrepo, 2017, p.101).

Another approach followed consist of limiting the existence of legitimate expectations to stability contracts or other explicit representations. It has the advantage of creating a certainty framework. Either the state creates legitimate expectation by providing clear, specific, direct assurances –as it happens in the case of stabilisation clauses- or it does not. However, this approach is clearly favourable for the state interests in detriment of investors, as frequently states refuse to include this type of clauses in their agreements (Cameron, 2010, p.1). Nevertheless, in cases in which stabilization clauses are present, the will of the states should not be unknown, being the specific commitment a limit to its regulatory powers. In this line, *Blusun* tribunal asserted that that FET standard conserves the state right to change its laws to adapt to the changing circumstances, but subject to respect the specific commitments made (*Blusun v Italy*, 2016, Final Award, para. 319.4).

Perhaps the most novel approach regarding the balance between investors' expectations and state's rights to regulate appeared in some recent BITs. The Morocco-Nigeria treaty which entered into force in 2016 is an example of this (Nigeria-Morocco BIT). It contains a provision in its Article 23, called 'Right of State to Regulate', which recognizes the right of the states to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development. It also recognizes some limits to the regulatory powers of the state referring to the balancing test in this terms: "the rights to regulate shall be understood as embodied within a balance of the rights and obligations of Investors and Investments and Host States, as set out in the Agreement". This BIT is in line with recommendations by the UNCTAD, which called for the inclusion in investment treaties for the protection of the environment (See the Road Map for International Investment Agreement Reform: available in; [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d6\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d6_en.pdf), accessed 17/08/2019).

206



#### 4.2. Role of Stabilization Clauses in Renewable Energy Disputes

One of the main features of energy agreements is that they are long-term contracts. This is what makes these contracts vulnerable to political risk. As was noted, the occurrence of significant changes in the law during the life of a project is almost unavoidable. To mitigate that risk, the common practice is the use of contract drafting as a mean of achieving the aim of stability through the stabilization clauses (Mistelis, 2018, p.1). As was quite rightly asserted, lawyers pretend to 'Play God' with contract drafting under the illusion that the draftsman can draft away all the vagaries of the future (*Waelde*, 1996, p.215). The principal aim of these clauses is to preclude the application to an agreement of any subsequent legislative or administrative act issued by the state which modify the investor situation (Kuyper, 1995, p.1)

Although generally states do not accept the inclusion of this type of clause in their agreements, sometimes they are used as a mechanism to attract investment. In addition, as several renewable energy developments are built under project finance structures the inclusion of this clause in agreements is sometimes a requirement established by



the financial institutions to granting credit (Lee, 2013, p.1). It has been pointed out that “the more stability there is at the treaty level, the less stability is arguably needed at the contractual level” (Lee, 2013, p.1). However, this assertion is not always true. In the scope of the ECT the stability is generally accepted. Nevertheless, in absence of a stabilization clause, some tribunals have been reluctant to accept the existence of a specific commitment of the state possible to create a legitimate expectation in the investor that the legal framework would not be modified.

In this sense, *Charanne* Tribunal recognized that a specific commitment of the state in the form of a stabilization clause is possible to create legitimate expectations (*Charanne* Final Award, 2016, para. 489-490). Likewise, *Antaris* Tribunal recognized the state power to modify the legislation asserting that ‘at least in the absence of a stabilization clause’ is not prevented to implement regulatory changes (*Antaris*, Final Award, 2018, para. 360.7).

The tribunal in *Masdar* concluded that “on the basis of the due diligence exercised by the investor, it had a legitimate expectation that the laws would not be modified, as they included stabilisation clauses” (*Masdar* Final Award, 2018, para. 499).

In conclusion, from the reviewed Awards follows that tribunals recognized the existence of legitimate expectations because of a stabilization clause.

## 5. Conclusion

Based on the reviewed awards it is possible to conclude that investors are entitled to receive compensation under the FET provision of the ETC -in the scenario of implementation of regulatory changes in its detriment- if a legitimate expectation is violated. However, the diverse ways in which the concept of legitimate expectation is being interpreted by tribunals and the different approaches regarding how to balance investor’s expectations and state’s sovereign right to regulate are the principal cause for divergent awards in similar situations.

Thus, the lack of consistency in case-law regarding this matter is, therefore, a fact. Similar scenarios have resolved either in favour or against the state. Although in theory there is no precedent in Investor State Dispute Settlement, the common practice by the tribunals is using prior awards to ground their decisions. Decide a dispute considering as the main tool the determination of a previous tribunal seems to close the door to the evolution of the FET standard. Regarding this, international investment agreements have evolved, including a more detailed concept of the FET standard, comprising in some cases expressly references to the legitimate expectations.

The ECT requires to evolve urgently in the same direction. The Treaty does not contain a clear definition of the FET-standard and it does not mention the legitimate expectations rule. As a tool to mitigate the lack of consistency, a clear definition of the standard must be included in the text of the treaty. The way how the standard was recently defined in some BITs and the criteria set to balance public and private interest may be a benchmark for the drafters of the new Treaty.

Besides, considering the role the evidence has in the resolution of these cases, it is important for the investors to carry a due diligence prior to the decision of investing. Similarly, the inclusion of stabilization clauses in energy agreements is suggested at the light of the determinations made by tribunals in the cases.

Finally, the cases reviewed open a new discussion, which must be assessed the next years, about the impact these awards may have in the Energy Transition. Although some concerns have been expressed about an eventual *regulatory chill*, nowadays there is no evidence of its occurrence. Nonetheless, and due to the increasing number of awards decided against the states, if it happens it would not be surprising.

## Bibliographic references

### 1. Table of Arbitral Awards reviewed for this Chapter

#### Awards divided by country

##### Italy

*Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, (27/12/2016).

*CEF Energía BV v. Italian Republic*, SCC Case No. 158/2015, Final Award, (16/01/2019).

*Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award, (23/12/2018).

##### Spain

*Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Final Award, (15/08/2018).

*Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, (21/01/2016).

*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, (04/05/2017).

*Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Final Award, (17/07/2016).

*Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Final Award, (16/05/2018)

*Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Final Award, (15/02/2018).

##### The Czech Republic

*Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Final Award, (02/05/2018).

*ICW Europe Investments Limited v. Czech Republic*, PCA Case No.214-22, Final Award, (15/05/2019).

*Photovoltaic Knopf Betriebs GMBH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-21, Final Award, (15/05/2019).

*Voltaic Network GmbH v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-20, Final Award, (15/05/2019).

*WA Investments Europa Nova Ltd. v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-19, Final Award, (15/05/2019).

#### Other Arbitration Awards

*Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No 2008-13, Final Award, (7/12/2012).

*AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Final Award, (23/09/2010).

*AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Final Award, (23/09/2010).

*Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Final Award, (14/07/2006).

*Continental Casualty Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB 03/9, Final Award, (05/09/2008).

*Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Final Award, (05/09/2009).

*EDF Services Limited v. Romania*, ICSID CASE No ARB 05/13, Final Award, (08/10/2009).

*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Final Award, (31/10/2011).

*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Final Award, (31/10/2011).

*Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Final Award, (25/11/2015).

*Glamis Gold Ltd v United States of America*, UNCITRAL, Final Award, (8/06/2009).

*Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, (6/07/2007).

*Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, (26/03/2008).

*Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, (12/10/2002).

*Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Final Award, (11/11/2007).

*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Final Award, (01/11/1991).

- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, (17/03/2006).
- Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Final Award, (28/09/2007).
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, (30/07/2010).
- Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, (27/12/2010).
- Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, (27/12/2010).

## 2. Books & Journals

- Abhijit, P. & Moody, S. (2010). *Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future*. *Tilburg Law Review*, 1-22.
- Arp, B. (2016). *Charanne B.V. v. Spain*. *American Journal of International Law*, 110, 327-333.
- Arsanjani, M. H., Cogan, J., Sloane, R., & Wiessner, S. (Eds.). (2010). *Looking to the Future*. Leiden, The Netherlands: Brill. Nijhoff. doi: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004173613.i-1100>
- Baetens, F. (2010). *The Kyoto Protocol in Investor-State Arbitration: Reconciling Climate Change and Investment Protection Objectives*. Kluwer Law International, 681.
- Baumgartner, J. (2016). *Treaty Shopping in International Investment Law*. International Economic Law, Oxford University-Press: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198787112.001.0001/acprof-9780198787112>
- Behn, D. & Kristian, O. (2015). *Governments under Cross-Fire: Renewable Energy and International Economic Tribunals*. *Manchester Journal of International Economic Law*, p. 117.
- Belyi, A. Nappert, S. & Pogoretsky, V. (2011). *Modernising the Energy Charter Process? The Energy Charter Conference Road Map and the Russian Draft Convention on Energy Security*. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 29, p. 383.
- Boute, A. (2011). *Challenging the re-regulation of liberalized electricity prices under investment arbitration*. *Energy Law Journal*, 32(2), 497-540.
- Brown, A. (2018). *A Theory of Legitimate Expectations for Public Administration*. Oxford University Press.
- Burnett, H. and Bret, L. (2017). *Arbitration of International Mining Disputes: Law and Practice*. Oxford University Press.
- C Chen, R. (2019). *Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration*. *Harvard International Law Journal*, volume 60, p. 47.

- Cameron, P. (2010). *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford University Press.
- D' Agostino, J. & Jones, O. (2007). *Energy Charter Treaty: A Step towards Consistency in International Investment Arbitration?* *Journal of Energy & Natural Resources Law*, volume 25 (3).
- De Luca, A. (2015). *Renewable Energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom*. *Transnational Dispute Management*, 12 (3).
- Dias Simoes, F. (2017). *When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking*. *Denver Journal of International Law and Policy*, 45 (2).
- Dias, F. (2017). *Charanne and Construction Investments v. Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy*. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, p. 174.
- Dolzer, R. and Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- Dumitru, F. (2016). *The Role of Legitimate Expectations in Establishing a Jurisprudence Constante in International Investment Law*. *Manchester Review Law Crime & Ethics*, p. 28.
- Fernandez Masia, E. (2017). *Spain before the International Arbitration for the Cut to Renewable Energies: A Representation in Three Acts, for Now*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, No. 666.
- Gaillard, E. (2015). *Sociology of International Arbitration*. Arbitration International, Oxford University Press.
- Gerards, J. (2018). *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*. *Human Rights Law Review*, 18 (3), p. 495-515.
- Gerrard, M. (2011). *The Law of Clean Energy: Efficiency and Renewables*. American Bar Association publication, Section of Environment, Energy, and Resources, p.1-642.
- Ghori, U. (2018). *Reverse Permissibility' in the Renewable Energy Sector: Going Beyond the US-India Solar Cells Dispute*. *Asian Journal of International Law*, volume 8, p. 322.
- Gumbis, J. & Kasparavicius, R. (2017). *State's Right to Regulate: What Constitutes Compensable Expropriation in Investor-State Arbitration*. *Yearbook on International Arbitration*, volume 5.
- Henckels, C. (2015). *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge University Press, available in: <http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9781316104378>
- Hober, K. (2007). *The Energy Charter Treaty - Awards Rendered*. *Disputes Resolution International Law*, Volume 1, p. 36.
- Iacob, I. & Cirlig, R. (2016). *The Energy Charter Treaty and Settlement of Disputes - Current Challenges*. *Juridical Tribunal*, volume 6.

- Kaufmann-Kohler, G. (2006). *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* *Arbitration International*, 23 (3).
- King, R. (2012). *Dispute Resolution in the Energy Sector: A Practitioner's Handbook*. Globe Law and Business.
- Kudrat, D. (2018). *Charanne v Vpain and Eiser v Spain: Comparative Case Analysis on Legitimate Expectations and Fair and Equitable Standard*. *SOAS Law Journal*, volume 5, p. 87.
- Le Bars, B. (2015). *Recent Developments in International Energy Dispute Arbitration*. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, volume 32, Issue 5, pp.543 – 550.
- Leal-Arcas, R. (2018). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Edward Elgar Publishing.
- Lee, D.; Price, G.; & Vinter G. (2013). *Project Finance: A Legal Guide, 4<sup>th</sup> edition*, Sweet & Maxwell.
- Lee, J. (2015), *Putting a Square Peg into a Round Hole? Assessment of the "Umbrella Clause" from the Perspective of Public International Law*. *Chinese Journal of International Law*, volume 14, p. 341.
- Levashova, Y. (2019). *Right of states to regulate in international investment law: The Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. *Kluwer Law International*.
- Levashova, Y. (2019). *States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*. *International Arbitration Law Library*, volume 50, Kluwer Law International pp. 113 -172.
- Lim, C.; Ho; J. & Paporinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards, and Other Materials*. Cambridge University Press.
- Mark, W. & Weidemaier, C. (2010). *Toward a Theory of Precedent in Arbitration*. *William & Mary Law Review*, volume 51, p. 1895.
- McLachlan, C., Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford University Press.
- Miaja de la Muela, A. (1967). *Los Actos Unilaterales en las Relaciones Internacionales*. *Revista Española de Derecho*, 20 (3), 429-464.
- Nathanson, R. (2013). *The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis*. *Iowa Law Review*, No. 98, p. 863.
- Nikhil, T. (2016). *Legitimate Expectations in Investment Arbitration: At the End of Its Life Cycle*. *Indian Journal Arbitration Law*, volume 5, p. 64.
- Nowrot, K. (2006). *Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities*. *Philosophy Law Journal*, volume 80, p.563.

- Outka, U. (2012). *Environmental Law and Fossil Fuels: Barriers to Renewable Energy*. *Vanderbilt Law Review*, volume 65, p. 1679, 2012.
- Pohl, J. (2018). *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?* *European Constitutional Law Review*, volume 14, p. 767.
- Potesta, M. (2013). *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*. *ICSID Review*, volume 28, p. 88.
- Reed, L. and Martinez, L. (2008). *The Energy Charter Treaty: An Overview*. *ILSA Journal International Law & Comparative Law*, volume 14, p.405.
- Restrepo T (2017). *Modification of Renewable Energy Support Schemes under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change*. *Goettingen Journal International Law*, volume 8, p. 101.
- Rivkin, D.; Lamb, S. & Leslie, N. (2015). *The Future of Investor-State Dispute Settlement in the Energy Sector: Engaging with Climate Change, Human Rights and the Rule of Law*. *The Journal of World Energy Law & Business*, pág. 130.
- Roe, T., Happold, M. & Dingemans, J. (2011). *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge University Press 2011, available in: <http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9780511977329>
- Rowley, J., Bishop, R. & Kaiser, G. (2018). *The Guide to Energy Arbitrations*.
- Saavedra, C. (2016). *The Narrow Meaning of the Legitimate Expectation Principle in State Aid Law Versus the Foreign Investor's Legitimate Expectations*. *European State Aid Law Quarterly*, p. 270.
- Sales, P. (2006). *Legitimate Expectations*. *Judicial Review*, volume 11, p.186.
- Scherer, M., (2018). *International Arbitration in the Energy Sector*. Oxford University Press.
- Schill, S. (2012). *System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking*. *International Judicial Lawmaking*, volume No. 236, available in: [https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-642-29587-4\\_5](https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-642-29587-4_5)
- Schønberg, S. (2000). *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2004). *Travelling the BIT Route*. *The Journal of World Investment & Trade*.
- Selivanova, Y. (2018). *Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases*. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, volume 33, p. 433.
- Simões, F. (2017). *Blusun S.A. and Others v Italy: Legal (in)Stability and Renewable Energy Investments. Review of European. Comparative & International Environmental Law*, volume 26, p. 298
- Sombra, T. (2016). *The Duty of Good Faith Taken to a New Level: An Analysis of Disloyal Behavior*. *Journal of Civil Law Studies*, volume 9, p. 27.

- Spielmann, D. (2012). *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* Cambridge Yearbook of European Legal Studies, volume 14, p. 381.
- Tai-Heng, C. (2007). *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*. Fordham International Law Journal, volume 30, p. 1014.
- Tellez, F. (2012). *Conditions and Criteria for The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law*. ICSID Review, volume 27, p. 432.
- Ten Cate, I. (2013). *The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration*. Columbia Journal Transnational Law, p. 418.
- Tienhaara, K. and Downie, C., (2018). *Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes*. Global Governance, volume 24, p. 451.
- Van den Berg, A. (2015). *Charles Brower's Problem with 100 per Cent—Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*. Arbitration International, volume 31, p. 381.
- Waelde, T. (1996). *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*. Texas International Law Journal, volume 31, p. 215.
- Waelde, T. (1996). *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. Kluwer Law International.
- Weiler, T. (2008). *Investment Treaty Arbitration and International Law*. JurisNet.
- Wolfgang, P.& others (1995). *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Kluwer Law International.
- Wood, T. (2015). *Political Risk or Political Right? Reconciling the International Legal Norms of Investment Protection and Political Participation*. ICSID Review, volume 30, p. 665.
- Yannaca-Small, K., (2018). *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> edition.
- Yaw, E. (2002). *International Law, Sovereign Rights and Foreign Direct Investment: Directions from the Jurisprudence of International Arbitral Tribunals*, U. Ghana Law Journal p. 1.

### 3. Websites and Blogs

- Organization for Economic Co-operation and Development. (04 August 2019). *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_3.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf)
- Italaw. (01 June 2019). *Newly Posted Awards, Decisions & Materials*. <https://www.italaw.com>
- Energy Charter Secretariat. (02 June 2019). *List of all Investment Dispute Settlement Cases*. <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>



- Energy Charter Secretariat. (06 June 2019). *Road Map for the Modernisation of the Energy Charter Process*. <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDEC201010.pdf>
- Kluwer Arbitration Blog. (01 July 2019). *Legitimate Expectations in the Absence of Specific Commitments According to the Findings in Blusun v. Italy: Is there Inconsistency Among the Tribunals in the Solar Energy Cases?* <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/18/legitimate-expectations-absence-specific-commitments-according-findings-blusun-v-italy-inconsistency-among-tribunals-solar-energy-cases>
- United Nations Climate Change. (01 July 2019). *Nationally Determined Contributions*. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs>
- Mena Chambers. (02 July 2019). *Italy's Withdrawal from the Energy Charter Treaty*. <http://www.menachambers.com/note-12-italys-withdrawal-from-the-energy-charter-treaty>
- International Institute for Sustainable Development (02 July 2019). *State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law*. <https://www.iisd.org/itn/es/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law>
- International Renewable Energy Agency. (29 July 2019) *Renewable Energy Statistics 2019*. <https://www.irena.org/publications/2019/Jul/Renewable-energy-statistics-2019>
- Kluwer Arbitration Blog. (03 August 2019). *Intra-EU Disputes under the Energy Charter Treaty: Quo Vadis?* <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/18/intra-eu-disputes-under-the-energy-charter-treaty-quo-vadis/>
- Kluwer Arbitration Blog. (03 August 2019). *Legitimate Expectations in Renewable Energy Treaty Arbitrations: The Lessons So Far*. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/22/legitimate-expectations-renewable-energy-treaty-arbitrations-lessons-far>
- Kluwer Arbitration Blog. (03 August 2019). *Spanish Energy Arbitration Saga: Green Light for Investors Claiming Breach of FET?*. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/06/17/spanish-energy-arbitration-saga-green-light-investors-claiming-breach-fet>
- Global Arbitration Review. (06 August 2019). *Spain liable again in solar cases*. <https://globalarbitrationreview.com/article/1195912/spain-liable-again-in-solar-cases>
- Kluwer Arbitration Blog. (07 August 2019). *From Iura Novit Curia to Zeno's Paradox of Motion*. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/16/from-iura-novit-curia-to-zenos-paradox-of-motion>
- United Nations Conference on Trade and Development. (01 August 2019). *Fair and equitable treatment, Series on Issues in International Investment Agreements II*. [https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf)

United Nations Conference on Trade and Development. (12 August 2019). *Nigeria-Morocco Bilateral Investment Treaty 2016*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>

United Nations Conference on Trade and Development. (12 August 2019). *Viet Nam-EU 2019 Investment Protection Agreement*. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>







## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LUCIANA SANGUINETTI

La desheredación como forma de exclusión sucesoria



LUCIANA SANGUINETTI\*

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo (UM), Uruguay.

[lsanguinetti@correo.um.edu.uy](mailto:lsanguinetti@correo.um.edu.uy)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1599-3776>

Recibido: 30/04/2021 - Aceptado: 25/05/2021

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
Sanguinetti, L. (2021). La desheredación como forma de exclusión sucesoria. *Revista de Derecho*, 20(39)221-243. <https://doi.org/10.47274/DERUM/39.9>

## La desheredación como forma de exclusión sucesoria

221

**Resumen:** La desheredación es una forma de exclusión sucesoria que recoge nuestro ordenamiento jurídico. En el siguiente trabajo el lector se encontrará con un detallado análisis conceptual y práctico donde, además de una aproximación conceptual del instituto en estudio, así como de sus requisitos de validez, funcionamiento y causas de procedencia; propongo replantearnos una flexibilización de la normativa que nos gobierna a los efectos de garantizarle mayor protagonismo a la libertad para testar del causante.

**Palabras clave:** Desheredación; Exclusión sucesoria; Validez de la desheredación; Procedencia de la desheredación; Prueba de la desheredación.

\* Procuradora por Universidad de Montevideo (Uruguay). Estudiante de abogacía en la Universidad de Montevideo (Uruguay).

## The disinheritance as a form of succession exclusion

**Abstract:** The disinheritance is a form of succession exclusion that our legal system includes. In the following work the reader will find a detailed conceptual and practical analysis where, in addition to a conceptual approach to the institute under study, as well as its requirements for validity, operation and causes of origin; I propose to rethink a flexibilization of the regulations that govern us in order to ensure greater prominence to the freedom to test by the deceased.

**Key Words:** Disinheritance; Succession exclusion; Disinheritance validity; Origin of the disinheritance; Proof of disinheritance.

222



## A deserdação como forma de exclusão sucessória

**Resumo:** A deserdação é uma forma de exclusão sucessória incluída em nosso ordenamento jurídico. No seguinte trabalho o leitor encontrará uma detalhada análise conceitual e prática, além de uma aproximação conceitual do instituto em estudo, bem como seus requisitos de validade, funcionamento e causas de origem; proponho repensar a flexibilização das normas que nos regem, para efeitos de garantir maior destaque à liberdade para testar do falecido.

**Palavras-chave:** Deserdação; Exclusão Sucessória; Validade da deserdação, Procedência da deserdação; Prova da deserdação.



## 1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de que una persona sea llamada a suceder no se considera un acontecimiento determinante ni concluyente, puesto que existen numerosos casos en los cuales se ha determinado que dicho sujeto sea excluido de la sucesión, por haber incurrido en comportamientos que permiten al *de cuius* o a los tribunales de justicia, privarlo de su condición de sucesor. (Howard, 2019)

La desheredación es una hipótesis de exclusión sucesoria prevista en el art. 896 del Código Civil Uruguayo (en adelante “C.C.U”). Se define como “una disposición testamentaria, por la cual se priva de su legítima a aquel sujeto que es considerado heredero forzoso” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay.)

Se trata de un instituto que opera a través de una disposición testamentaria, alcanzando únicamente a los legitimarios, es decir, a aquellos sujetos que se ven favorecidos con un beneficio exclusivo conocido como *las legítimas*.

Nuestra normativa interna se encarga de prever quiénes serán los legitimarios; dejando así un ámbito muy acotado de elección para que el causante pueda elegir libremente quienes serán los beneficiarios. Si bien, a través de la figura en estudio, recobra mayor protagonismo la libertad del testador para disponer, no es tan simple la operatividad del instituto en análisis, puesto que las causas para su procedencia son taxativas, exigiéndose una intensa carga probatoria, cuando la desheredación es resistida por parte de quien es excluido.

Para que tenga lugar la desheredación se requiere que el causante recurra al testamento; la finalidad de ésta es privar al heredero forzoso de la legítima que le corresponde. Se trata de un derecho del testador de privar a su heredero forzoso de aquella asignación forzosa a la que tiene derecho en calidad de tal. Si testador quisiera excluir de la herencia a otro heredero que no es legitimario, podría hacerlo también; pero ya no se trataría de una desheredación sino de una exclusión de su calidad de heredero, no siendo necesario para esta última que se cumplan los requisitos previstos para la desheredación (Rivero de Arhancet, 2001).

## 2. Concepto

Conforme al art. 896 del C.C.U, la desheredación es una disposición testamentaria por la cual se priva o excluye de su legítima a los herederos forzosos. El instituto alcanza únicamente a los legitimarios.

El art. 884 del C.C.U dispone lo siguiente: “Llámase legítima la parte de bienes que la Ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación. Los herederos que tienen legítima se llaman legitimarios o herederos forzosos” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

De acuerdo con el art. 885 del C.C.U, tienen legítima o, lo que es lo mismo, son legitimarios “1°.- Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus

descendientes legítimos o naturales. 2°.- Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural. 3°.- Los ascendientes legítimos (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Es concluyente que la desheredación no opera respecto de todas las asignaciones forzosas, sino únicamente respecto de las legítimas en función de que solo tiene virtualidad a fin de excluir a los llamados merced a esta situación. Como prescribe el art. 870 del C.C.U, las asignaciones forzosas son aquellas que el testador está obligado a realizar y que, en caso de que no las haga, se suplen, aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas.

La libertad del causante para testar cede ante la procedencia del artículo antes citado; el *de cuius* se encuentra obligado a cumplir con tales asignaciones forzosas, y en caso de que no lo haga, su voluntad se ve colmada por el imperio de la ley.

Del lado del causante, la legítima es una verdadera limitación al derecho de testar, puesto que el derecho a la misma encuentra sus fundamentos en los vínculos de familia. Por dicho motivo, la afectación del beneficio previsto en la ley debe tener lugar únicamente invocando alguna de las causas preceptuadas taxativamente en la normativa, no extensibles analógicamente.

Ciertamente, la figura en estudio no solamente se encuentra afiliada al principio de legalidad (puesto que las causas que deben invocarse son las recogidas por la ley) sino que, además, se adhiere al mismo el principio de tipicidad. Dado el carácter sancionatorio que luce la figura, la misma debe ajustarse a los principios antes citados, propio de las regulaciones que imponen sanciones a las conductas reprobables.

Ahora bien, cuando la solidaridad intergeneracional que caracteriza a las legítimas ha desaparecido como consecuencia de un comportamiento reprochable del legitimario, previsto en la ley, la privación de este derecho es lícita.

*No sería racional obligar a un testador a favorecer a quien por su conducta reparable no se ha hecho digno de recibir el beneficio, puesto que si la legítima se funda en los deberes de asistencia y afecto del causante hacia el legitimario, la desheredación significa la dispensa que la Ley confiere al testador de seguir vinculado por tal deber, ante la concurrencia de una causa grave y legalmente reconocida (Howard, 2019, p. 557).*

Por el principio de la *intangibilidad de las legítimas*, los legitimarios tienen derecho a recibir la cuota parte que legalmente les corresponde. Si bien, la misma no debe ser afectada ni cuantitativa ni cualitativamente; se entiende que quien vulnera los vínculos de familia por la operatividad de alguna de las conductas previstas en la ley, no puede ser beneficiado por una institución jurídica que encuentra, justamente, sus fundamentos en los vínculos de familia.

El instituto de la desheredación cuenta con dos limitaciones normativas para poder operar:

En primer lugar, el art. 896 del C.C.U exige, al definirla, una manifestación de la voluntad expresa; ya que la desheredación no puede presumirse, ni deducirse de los negocios *inter vivos* del causante, ni ser tácita.

Una segunda limitación, viene dada por el art. 897 del C.C.U. Preceptúa los requisitos que, en su *totalidad*, deben reunirse para que la desheredación no sea nula o, lo que es lo mismo, no sea dejada sin efecto para el caso de que sea objetada.

### 3. Requisitos de validez

Para que la figura en estudio no sea impugnabile es fundamental que se cumplan los requisitos de validez previstos la ley; de lo contrario, si los mismos no confluyen en su totalidad, la desheredación será declarada nula.

Tal como se desprende del art. 897 del C.C.U, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos acarrea la falta de validez de la desheredación (Rivero de Arhancet, 2001).

Para que valga la desheredación se requiere:

#### 3.1. Que se haga en testamento válido.

El testamento es un instrumento de planificación sucesoria por el cual el disponente encauza el destino de sus bienes, de conformidad con su autonomía privada, para cuando haya cesado de vivir; corrigiendo con su voluntad la distribución hereditaria que se lleva a cabo por parte de la ley (Howard, 2020).

Se trata de un negocio jurídico, que debe otorgarse con discernimiento, intención y libertad por parte del testador, puesto que sería nulo en caso de que se ausente su libre voluntad, y anulable en caso de que dicha voluntad exista, pero este viciada por error, violencia o dolo.

Es un acto de disposición de bienes; directa, en caso de instituir herederos o legatarios o, indirecta, en caso de prever la desheredación de un legitimario.

No solamente debe tratarse de un testamento valido; se requiere además que el mismo no se haya revocado. Al tratarse de un acto esencialmente revocable, la posibilidad de hacerlo por la sola voluntad del testador existe hasta su muerte, como lo prevé el art. 998 del C.C.U. Si el testador desheredó a un legitimario, y luego revoca dicho testamento, más allá de que no mencione la disposición en cuestión, la desheredación quedará sin efecto puesto que cae el testamento en la que fue dispuesta la misma (Howard, 2019).

#### 3.2. Que sea hecha pura y simplemente y del total de la legítima.

La desheredación no puede sujetarse a un plazo, ni condición, y debe alcanzar la totalidad de la legítima.

El instituto es un modo de exclusión de la legítima; no lo es de otros beneficios que pueda recibir el sucesor. La ley es clara al expresar que la afectación es sobre la legítima, no sobre otros beneficios. Nada impide que el sucesor se viera beneficiado de otra manera, como por ejemplo con un legado, a pesar de haber perdido su legítima.

La desheredación debe que ser pura y simple. No debe estar sometidas a condiciones ni plazos. Esto no impide que, en caso de que el testador no tenga certeza absoluta de la existencia de la causa, condicione la desheredación a la probanza de ésta con posterioridad; en verdad no se está condicionando la concurrencia o no de la causa, sino

solamente de su prueba. No es lo mismo, por ejemplo, disponer “desheredo a mi hijo X si intentara matarme”, a decir, “revoco la desheredación de mi hijo X si se probara que se ha arrepentido de haber intentado matarme” (Howard, 2019).

Tampoco sería admisible desheredar a futuro, previendo la procedencia de la desheredación para la eventual hipótesis de que en el futuro el legitimario incurriera en alguna de las causales descriptas por la ley.

El fundamento de que la desheredación no pueda someterse a ningún plazo ni condición viene dado porque, al tratarse de una disposición testamentaria, se origina plenamente en las causales previstas en la ley. Se debe vincular la desheredación a una causal que la motive; si la misma no existe al momento de incluir la disposición testamentaria, no habría desheredación.

De lo contrario, se afectarían los derechos que la ley protege y reconoce a los legitimarios, puesto que sería incoherente e incongruente prever la desheredación (con todas las consecuencias que ello apareja) y esperar a que la casual ocurra. Solamente los hechos previstos en la ley tienen aptitud o significación jurídica para conducir a la desheredación; si esos hechos no se configuran, no operaría la misma.

### 3.3. Que se designe al desheredado por su nombre y se exprese clara y específicamente la causa de la desheredación.

Este ordinal refiere a dos requisitos diferentes: por un lado, a la designación del desheredado, y por otro, a la causa de la desheredación.

En lo que respecta a la designación del desheredado, se lo debe indicar precisamente a través de su nombre, más allá de que no existan dudas acerca de su identificación, o que se tenga certeza quién es el sujeto.

La ley exige el nombre del desheredado, excluyendo así el manejo de un apodo o pseudónimo; pero no exige el nombre y apellido del sujeto; siendo suficiente con el nombre de pila de éste. Sin embargo, más allá de que no se puedan pretender requisitos que la propia ley no prevé, es de entenderse que la designación tiene que ser clara, inequívoca e indudable.

En lo que respecta al requisito de la expresión de la causa, se debe tener en cuenta que la especificidad de la que habla la ley, más que a una referencia puntual de alguna de las causas tipificadas, debe entenderse en sentido amplio, determinando los hechos u eventos que llevan al testador a imponer la sanción civil. Si las palabras del testador son claras para reflejar que los hechos ocurridos ingresan dentro de la causal prevista; es suficiente. Pero, más aún, ella (o ellas, puesto que nada impide que coexistan varias causas de desheredación) debe formar parte del elenco de causas que están previstas taxativamente en la norma, debiendo ser probada.

Esto último por cuanto la naturaleza de la figura es de una típica sanción civil; debe ajustarse al principio de tipicidad, propio de las regulaciones que imponen sanciones a las conductas reprobables; donde su acreditación y probanza forma parte de su invocación.

Por aplicación de los arts. 899 y 900 del C.C.U, solamente las conductas y hechos contenidos expresamente en la ley tienen la suficiencia para conducir a la desheredación. Los demás acontecimientos que puedan ocurrir, aun siendo perjudiciales, denigrantes,

inmorales y deshonestos para con el testador, carecen de aptitud para lograr el fin perseguido por la norma por no estar incluidos en ella.

### 3.4. Si el desheredado es un hijo o descendiente, se requiere, además, que haya cumplido dieciocho años.

Para ser desheredado se requiere que el legitimario haya alcanzado la mayoría de edad. Sin embargo, el Código omite indicar en qué momento el legitimario debe tener esa edad, o, lo que es lo mismo, cuando debe mirarse esa exigencia de edad. Doctrinariamente se ha entendido que la capacidad para incurrir en las causales de desheredación debe observarse en el momento en que se producen los hechos que la motivan. (Howard, 2019).

## 4. Causas de desheredación

Las causas de desheredación deben ser analizadas restrictivamente, no debiendo ser extendidas por analogía, ya que suponen la limitación de un derecho: las legítimas.

Cobra especial relevancia el principio de *intangibilidad de las legítimas*; esta última podría verse afectada únicamente por las causales de desheredación que la ley prevé. Es así como el art. 898 del C.C.U nos indica que “la causa en que se funda la desheredación deberá ser alguna de las señaladas expresamente en la ley.” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay.)

En orden a lo que acaba de decirse, como la figura denota total característica sancionatoria, debe ajustarse al principio de legalidad y tipicidad. Nadie puede ser sancionado sin que exista una ley que tipifique, para un comportamiento notoriamente reprochable, un castigo.

Según el art. 899 del C.C.U, “todas las causas de indignidad para suceder (art. 842 C.C.U) lo son también respectivamente de desheredación”. (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay.)

Acompañando este precepto, el art. 900 del C.C.U detalla cuáles serían, además de las previstas por el art. 842, justas causas de desheredación de los hijos y descendientes; mientras que, el art. 901 del C.C.U, prescribe aquellas que se podrían invocar para que el padre y la madre puedan ser desheredados por sus hijos.

Entonces, de acuerdo con los arts. 899 a 901 del C.C.U, se advierte lo siguiente: existen tres grupos de causas: 1) todas aquellas que producen la indignidad 2) las que afectan a los hijos y descendientes 3) las que tienen por finalidad excluir a los ascendientes matrimoniales.

### 4.1. Causas de la indignidad aplicables a la desheredación

Si bien, para la operatividad de la desheredación, existe una remisión expresa a las causas de la indignidad; la realidad es que no todas las que se encuentran previstas para esta última figura son igualmente aplicables a la desheredación.

A la par de lo dicho, algunas causales de la indignidad operan una vez que el sujeto ha fallecido, lo cual no es coherente ni coincidente con el instituto en estudio, puesto

que la desheredación es una disposición testamentaria, y para configurarse como tal requiere de la voluntad del causante (Howard, 2019).

Las causales previstas en el art. 899 del C.C.U, son las siguientes:

#### 4.1.1. “El condenado en juicio por homicidio intencional o tentativa del mismo contra la persona de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo.

Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causal de indignidad, pierde también su legítima.” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Esta causal tiene un referencia subjetiva y objetiva.

En cuanto a la referencia subjetiva, quien haya sido condenado por un homicidio intencional o tentativa del mismo, debe haber desarrollado esa conducta contra el sujeto de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo.

Se trata de una causal de gran componente ético, moral, y de gran reprobación judicial, puesto que el beneficiario privó o intentó privar de su vida al causante; es decir, el sujeto de quien pretende obtener un beneficio, como lo es la legítima.

Las víctimas de la conducta delictiva, además de ser la persona de quien se hereda, alcanza a su cónyuge o sus descendientes (sin limitación de grado ni parentesco impuesto por la ley, ni distinción de la filiación- si es matrimonial o extramatrimonial-)

En cuanto a la referencia objetiva, se requiere una sentencia penal condenatoria ejecutoriada por homicidio intencional o tentativa de homicidio, configurándose la causal de indignidad solamente cuando exista sentencia de condena.

Vemos que la ley no solo considera realmente reprobable la conducta delictiva de dar muerte a un sujeto, sino también la tentativa de cometer esa conducta. Castiga de la misma manera la intención de dar muerte a una persona, y la consumación de la conducta delictual. La norma abarca un estadio previo a la efectiva consumación del delito. No es admisible que, quien tuviera la intención de quitarle la vida al testador, luego se beneficie de los derechos sucesorios que la ley le concede.

Como bien lo determina la norma, se requiere intención. No se encuentra englobada la conducta culposa; la norma no lo prevé. Para que una conducta se castigue a título de culpa debe estar expresamente prevista en la ley, ya que el hecho culpable solamente es punible en los casos determinados por ley, tal como deriva del art. 19 del Código Penal Uruguayo.

Por lo tanto, no se considerará configurada la causal en casos de homicidio culposo, homicidios no imputables (como los ocurridos en estado de embriaguez o demencia, etc.), puesto que la norma es clara al exigir un evento que debe ser querido e incluso previsto.

Como lo adelantábamos, la aplicación de esta causal en el campo de la desheredación debe hacerse sopesando las características del instituto en estudio, puesto que operaría solamente en caso de que haya existido condena ejecutoriada *de tentativa de homicidio* para con la persona de quien se hereda, así como condena ejecutoriada de homicidio o tentativa del mismo contra la persona del cónyuge o descendientes del testador.

4.1.2. “El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del difunto, no la denuncia dentro de sesenta días a la justicia cuando esta no ha procedido ya de oficio sobre ella.

Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes o hermanos del heredero o cónyuge cesara en éste la obligación de denunciar” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

No podría operar dicha causal en el campo de desheredación por los siguientes motivos:

Primero, porque esta causal tiene como presupuesto la intervención de oficio por parte de la justicia. Solamente en caso de que esta última no haya intervenido de oficio, podría operar la causal; pero aún en este último caso existen ciertas limitaciones: que se trate de un heredero mayor de edad, sabedor de la muerte violenta del difunto, y no haberla denunciado dentro de los sesenta días a la justicia. Por obvias razones no podría operar como causal de desheredación; para que esta última proceda se requiere de la voluntad del testador; no existente en caso de que el mismo haya fallecido.

En segundo lugar, incluso no habiendo cumplido con la obligación de denunciar la muerte del causante; el sujeto tampoco podría ser privado de su herencia en caso de que el homicida sea ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge del heredero legítimo.

4.1.3. “El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito capital” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

229

La ley habla de difunto, evidentemente se refiere al testador fallecido; cronológicamente no sería posible invocar esta causal para desheredar al beneficiario, porque la desheredación es una disposición testamentaria, y como tal requiere de la voluntad del testador.

El delito capital es aquel que conduce a la pena de muerte. El precepto no recibe aplicación en el ordenamiento jurídico uruguayo ya que se abolió la pena de muerte.

Se considera legalmente inadmisibles entender que “delito capital” se refiere a “delito grave” puesto que la ley refiere al delito castigable con pena de muerte, no siendo aplicable esta última en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.4 “ El pariente que, sabiendo ser heredero presuntivo del difunto, y hallándose este demente y abandonado, no cuida de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Claramente la causal operaría en caso de que el sujeto víctima de los hechos deje atrás su estado de demencia y teste excluyendo al legítimo que lo abandonó en las condiciones que el artículo prescribe.

4.1.5. “El que para heredar estorbó, por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto para testar” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Se trata de una causal vinculada con la obstrucción de la libertad para testar. Las conductas que quedarían comprendidas en esta causal son las siguientes (Howard, 2019):

- a. estorbar con fuerza o fraude para que el difunto hiciera testamento. *Estorbar* debe ser entendido con la idea de obstaculizar o dificultar la posibilidad de testar, ya sea por fuerza (tanto por la fuerza física, así como por amenazas que inspiren al testador un temor insuperable), o por fraude (quedando comprendidas las maquinaciones directas o positivas), ya que para estorbar se requiere una conducta directa o activa.
- b. utilizar fuerza o fraude para lograr que se revoque un testamento ya hecho. A diferencia del caso anterior, la fuerza y el fraude se utilizan para revocar un testamento que ya se otorgó.
- c. sustraer el testamento hecho por el testador. Se trata de una hipótesis que solamente procedería respecto de testamentos que son solemnes cerrados y menos solemnes o especiales.
- d. forzar al difunto a testar. Refiriéndose únicamente a la fuerza con el alcance que vimos, pero no al fraude. El testamento sería nulo, por aplicación del art. 789 del C.C.U.

230

## 4.2 Causales que afectan a los hijos y descendientes

### 4.2.1. “Haber maltratado de obra o injuriado gravemente la palabra al padre o ascendiente que le deshereda” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

En la actualidad, se ha tendido a la flexibilización del concepto de maltrato de obra, de tal forma que se han incluido daños y maltratos psicológicos que los hijos provocan a sus padres, incluso no existiendo de por medio violencia física. En la medida en que dichos comportamientos generan un sufrimiento y padecimiento notorio se verían alcanzados por la disposición en estudio. Nada obsta a que los maltratos psicológicos sean notoriamente mayores que el maltrato físico, puesto que pueden causar un gran menoscabo y deterioro a la salud mental del testador mayor que una dolencia corporal.

Dicho comportamiento notoriamente infringe lo previsto por el art. 256 del C.C.U, el cual dispone que “*los hijos, cualquiera que sea su estado, edad, y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre*” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Las conductas desarrolladas por el legitimario no necesariamente tienen que reputarse de ilícitas; alcanza con que en el entorno afectivo se califiquen como inmorales, indecentes o indecorosas. Lo dicho por cuanto el análisis no recae necesariamente en la conducta en si misma que desenvuelve el legitimario, sino en el sufrimiento, menoscabo, dolor que genera para el testador.



*Ninguna actividad ilegal lleva a cabo el hijo que interna a su padre en un establecimiento geriátrico y ninguna obligación le impone el ordenamiento jurídico de concurrir a visitarlo. Sin embargo, la omisión a este respecto por parte del hijo que produce un daño psicológico a su ascendiente queda comprendida en la noción de maltrato que recoge la disposición. (Howard, 2019, p.584).*

El estudio y la prueba de esta causal debe ser enfocada desde una perspectiva objetiva. Es decir, aun existiendo una ofensa, injuria o agravio para con el testador, debe ser analizado objetivamente; la conducta *en si misma* debe ser agravante e injuriente.

#### 4.2.2. “Haberle negado los alimentos, sin motivo legítimo” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

El art. 121 del C.C.U, indica: *“Bajo la denominación de alimentos se comprende, no solo la casa y la comida, sino el vestido, el calzado, las medicinas y salarios de los médicos y asistentes, en caso de enfermedad.*

*Se comprende también la educación, cuando el alimentario es menor de veintitún años”* (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay)

Según el artículo citado y el art. 46 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (en adelante, C.N.A) el concepto jurídico de alimentos disfruta de un contenido más amplio del que se confiere vulgarmente, ya que incluye comida, casa, vestido, calzado, medicinas, honorarios médicos, etc. El legislador se apartó del sentido natural y obvio de la palabra, para darle un significado especial, de modo que se incluyen también otros rubros que colman diversos requerimientos de la condición humana, además de los alimentos que permiten satisfacer las necesidades naturales del hombre. (Howard, 2016).

Para la operatividad de esta causal es necesario que se configuren los requisitos que la ley prescribe para el nacimiento de la obligación alimentaria: un título que permita exigirlos; las necesidades del beneficiario y las posibilidades de quien debe sufragarlos.

Es así como el art 122 del C.C.U establece que *“los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe”* (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Se trata de una causal que encuentra su contracara en el art. 900 numeral 1 del C.C.U.

En el ámbito de las relaciones paternofiliales, la presente causal encuentra su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones que tienen los hijos para con sus padres. Una de ellas es la prestación de alimentos; se trata de una obligación de carácter recíproca entre padres e hijos.

El art. 118 del C.C.U, nos indica que *“la obligación de alimentar es recíproca entre los ascendientes y descendientes”*; mientras que el art. 279 establece que *“la acción de reclamar alimentos es recíproca entre padres e hijos naturales y tendrá lugar siempre que unos u otros se hallaren en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades”* (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

4.2.3. “Haber sido declarado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, culpable de un delito y condenado como tal a la pena de cinco años de penitenciaría o a otra pena de mayor gravedad” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Muy pocos ordenamientos jurídicos han incluido entre sus disposiciones esta causal; probablemente sea porque *no* se trata de un comportamiento delictivo que tenga como víctima al testador, a sus parientes, o familiares.

Es una disposición normativa que no se encuentra ajustada a la realidad que actualmente se vive y, seguramente, forme parte del grupo de disposiciones que habría que replantearse modificar. No se comprende la inclusión de una causal de estas características, puesto que en sí misma no debería verse como un impedimento para obtener el beneficio que la ley les asigna a los legitimarios.

Sin perjuicio de lo dicho, el fundamento de haber incluido esta causal tiene una doble vertiente: por un lado, el hecho de haber sido sancionado con una pena de cinco años de penitenciaría o de mayor gravedad arroja deshonra sobre la familia y, en segundo lugar, porque hace presumir que quien comete este tipo de conductas en realidad no siente afecto por sus ascendientes, porque si así fuera no la habría cometido (Howard, 2019).

#### 4.3. Causales de desheredación de los ascendientes matrimoniales

4.3.1. “Cuando han perdido la patria potestad, con arreglo lo dispuesto en el Código, arts. 284 y stes.” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

La patria potestad supone un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres para con la persona y bienes de sus hijos menores. Cuando la conducta que desarrollan los padres los hace indignos de su misión de tales; o cuando se dan ciertos hechos que manifiestan que los padres no están en condiciones de afrontar las exigencias que demanda el correcto funcionamiento de la patria potestad; en tales casos la ley se encarga de enumerar conductas que suponen la pérdida de la patria potestad en protección de los hijos menores (Cestau, 1999).

Los comportamientos que precisa nuestra normativa suponen una afectación a la persona de los hijos menores. Coherente es la desheredación de los padres por los hijos cuando los primeros emplean conductas que atentan contra los derechos y la protección integral de los segundos.

La normativa prescribe que el padre y la madre pueden ser desheredados con arreglo a esta causal; la cual debe ser analizada de manera estricta, y vista únicamente desde la perspectiva de quien deshereda. Es decir, las causas para desheredar son personales, por lo tanto, solo podría desheredar aquel que fue víctima de los hechos; pero no podría desheredar un hijo a su padre, porque este último haya perdido la patria potestad sobre otro de sus hijos, diferente de quien está desheredando.

No incluye como causal la limitación de la patria potestad; solamente su pérdida. Pero, aun invocando esta última, se requiere sentencia que condene a la pérdida de la patria potestad.

#### 4.3.2. “Cuando les negaren los alimentos, sin motivo legítimo” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Se trata de una causal que, además de ser motivo suficiente para desheredar a los ascendientes del testador, está incluida en el art. 900 ya analizado como excluyente del beneficio para aquel hijo o descendente que haya negado alimentos al testador.

Se trata de una causal que opera tanto para cuando los hijos son menores, como cuando son mayores, pero deben operar los requisitos previstos en la ley para el nacimiento de la obligación alimentaria (títulos para pedirlos, necesidades del beneficiario, y posibilidades de quien debe sufragarlos), de acuerdo con los arts. 122 del C.C.U y 46 del Código de la Niñez y de la Adolescencia (C.N.A.).

#### 4.3.3. “Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquel y no hubo reconciliación entre los mismos” (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

A pesar de que el precepto se refiere a la reconciliación, en verdad parecería estar recogiendo el instituto del *perdón o de la remisión*. La posibilidad de desheredar se mantiene siempre que no haya reconciliación entre los padres. Por lo expuesto, desaparece la posibilidad de desheredar en caso de que se pruebe a través de cualquier medio dicha la reconciliación antes de que se otorgue el testamento que deshereda.

En caso de que se haya otorgado testamento y la reconciliación sobrevenga con posterioridad; la desheredación se mantendría hasta tanto no se revoque el testamento que incluye dicha disposición testamentaria. Por lo expuesto, se puede concluir que si bien se exige la reconciliación de los padres, quien realmente debe remitir la causal es el propio hijo-testador. (Howard, 2019)

## 5. Prueba de las causales de desheredación

El art. 898 del C.C.U señala que *“La causa en que se funda la desheredación deberá ser alguna de las señaladas expresamente en la ley y probarse, además, por las personas a quienes interesare la desheredación, si no se hubiese probado judicialmente en vida del testador”* (Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay).

Se debe interpretar que la causa de desheredación, en algunos casos, puede estar plenamente probada en vida del testador. Sin embargo, otras veces, la probanza de la causal opera una vez ocurrido el deceso del testador.

No obstante, aún en esta última hipótesis, la causal debe ser probada de todos modos cuando el desheredado controvierta en vía judicial la privación de la legítima. Para

que se descargue prueba de la misma por parte de quien se encuentra interesado en la desheredación, se requiere como presupuesto que el desheredado haya accionado contra dicha cláusula testamentaria. Si esto último no ocurre, nos encontraremos frente a un supuesto de aceptación tácita de la operatividad de la causal, y, por lo tanto, nada debería probarse acerca de ella (Howard, 2019).

Ahora bien, si la causal fue probada judicialmente en vida del testador, la pregunta que nos debemos plantear es si esa causal debe tenerse como plenamente probada a los efectos de la desheredación.

Si se entendiera que dicha causal, plenamente probada judicialmente y en vida del testador, alcanza a la desheredación, la persona interesada en que opere la desheredación no debería invocar ningún tipo de prueba al respecto; debiendo, el excluido de la sucesión, impugnar la cláusula testamentaria por la cual se decide desheredarlo.

Ahora, si se entendiera que la causal no debe tenerse plenamente probada a los efectos de la desheredación- más allá de que la misma se haya probado judicialmente en vida del testador- el *onus probandi* se desplaza a quien interesa la desheredación.

Suponiendo que la causal, probada judicialmente en vida del testador, alcanzara a la desheredación, a mi criterio si abren dos interpretaciones:

Quienes entienden, por un lado, que el interesado en la misma no debería probarla, puesto que la ley condiciona la probanza de la causal por este último solo "*si no se hubiese probado judicialmente en vida del testador*".

Por otro lado, quienes entienden que, habiéndose probado en vida del testador, la misma de todos modos debe ser probada por quien le interesa la desheredación y a los efectos de esta última, tomando como argumento principal que la probanza se limita a las partes que intervienen en un juicio. Puede que la causal, aun probada judicialmente en vida del testador, no le sea oponible al desheredado por no haber sido parte del proceso judicial en que se probó.

El alcance de la cosa juzgada está limitado a aquellos que intervinieron en un juicio; si en este último se probó la causal de desheredación, no es un obstáculo para que se pruebe aún por el interesado en ella, siempre que el desheredado no haya sido parte de aquel juicio.

No es oponible el alcance de la cosa juzgada a terceros que no fueron parte del procedimiento y; más aún, la prueba diligenciada en ese procedimiento tampoco debe serle oponible al desheredado, en tanto la misma se diligenció sin su contralor por tratarse de un juicio del cual él no formaba parte. De allí que, si se adoptara esta última postura, el *onus probandi* continuaría sobre espaldas de quien interesa la desheredación.

Ahora bien, cuáles son las posibles acciones o defensas que tendría el afectado frente a la desheredación:

Por un lado, podría promover la acción de nulidad, en la medida en que la desheredación no haya cumplido con todos los requisitos de validez que exige el art. 897 del C.C.U. Debemos interpretar que se trata de requisitos de validez, siendo que la propia norma así lo indica cuando expresa "*para que valga la desheredación se requiere*". Por

lo tanto, si se omitieron algunos de los requisitos, la acción a impetrar es la de nulidad, siendo plenamente aplicable el art. 1560 inciso 1 del C.C.U: nulidad absoluta.

No obstante, si los requisitos de validez se han cumplido, pero el desheredado discrepa con la solución adoptada por el testador, al considerar que sus comportamientos están realmente alejados de las causales alegadas considerando que la causal invocada es inexistente o no se ha verificado, en este caso la acción a impetrar sería la de reforma de testamento, consagrada en los arts. 1006 y stes. del C.C.U.

Es importante diferenciar estos dos tipos de acciones que se encuentran en manos del afectado para accionar, puesto que ambas figuras divergen en cuanto a sus efectos. Si se opta por la acción de nulidad, rigen a su respecto todas las exigencias en cuanto a la carga probatoria prevista en el 139 del Código General del Proceso, (en adelante C.G.P.), puesto que quien alega un hecho, debe probarlo. Además, al tratarse de una nulidad absoluta es imprescriptible. Sin embargo, en el supuesto de que la acción a promover sea la de reforma de testamento, la hipótesis es diferente, ya que se encuentra sujeta a un plazo de prescripción de cuatro años contados desde el día en que el desheredado conoció el testamento del difunto; además de que la ley beneficia al afectado puesto que la carga probatoria recae sobre quien interese la desheredación, de acuerdo con el antes citado art. 898 del C.C.U.

Entonces, ¿quiénes son los interesados de la desheredación? No solamente se puede incluir a los herederos del testador, sino también a todos aquellos que se puedan ver afectados en caso de que la acción de reforma de testamento o la acción de nulidad triunfe. Es a los sujetos que interesa la desheredación sobre quienes recae la prueba de los hechos constitutivos de la causal alegada; si no cumplen con el deber de prueba que la propia ley les impone, van a sufrir los perjuicios que de ello se derive, es decir, la declaración de ineficacia de la desheredación.

## 6. Nuestra normativa actual

Tal como lo hemos adelantado, las causales de desheredación deben interpretarse taxativamente atento a su característica sancionatoria. Los principios de legalidad y de tipicidad afloran al momento de acceder a ellas, no pudiéndose aplicar analógicamente dada su naturaleza condenatoria.

Nadie puede ser sancionado por un comportamiento que al momento de su perpetración no se encontraba regulado por la ley como una causal de desheredación. Además, la conducta que desarrolla el legitimario debe ajustarse a los presupuestos detalladamente establecidos en la norma, no admitiéndose una extensión analógica del comportamiento cuando el mismo no se encuentra en su totalidad recogido por el cuerpo legal.

Ahora bien, dadas las características antedichas, se advierte que existen comportamientos incluso más graves que los que se encuentran previstos por la normativa, pero, al no encontrarse regulados, no podrían invocarse como una causal válida para la desheredación.

Por lo expuesto y atento a las características que tiene la institución de las legítimas en los ordenamientos jurídicos actuales, la doctrina ha considerado de vital importancia reformar los sistemas jurídicos introduciendo las llamadas causas “abiertas” para desheredar. Las mismas son causas que, por su expresión legal, permiten un mayor margen de interpretación y en las que la libertad de testar del causante tiene un mayor protagonismo, como sucede, por ejemplo, con el comportamiento inmoral del legitimario (Howard, 2019).

### 6.1. Abandono emocional

Comportamientos tales como el abandono emocional del padre por parte del hijo no se encuentran taxativamente previstos en la norma; sin embargo, por su naturaleza nos cuestionamos si es posible su inclusión dentro la causal maltrato de obra recogida en el art. 900 nral 1 del C.C.U.

El abandono emocional se da en aquellas situaciones en las cuales el testador mayor, necesita de cuidados, atención y afecto de sus descendientes. La falta de interés, de comunicación, de cuidados, de afectos - independientemente de los aspectos materiales del cuidado de los adultos mayores-, son comportamientos que vulneran el componente ético y moral que debe tener las relaciones entre padres e hijos.

Según la Real Academia Española (en adelante, R.A.E), el abandono, en una de sus acepciones, se define como “*dejar solo a alguien alejándose o dejando de cuidarlo*”. Desamparar a un ascendiente implica desasistirlo y eso es incompatible con los *deberes* que derivan de la relación jurídica paternofilial. Desde esta perspectiva se trata de determinar si el abandono emocional tiene encaje en la causa de maltrato de obra (Algaba Ros, 2015). Tal conducta, además de incluirse dentro de la hipótesis del maltrato de obra, consiste en un incumplimiento de las obligaciones que tienen los hijos respecto de sus ascendientes, en tanto que *descuidar* también se define como *desatender las obligaciones*.

El nuevo panorama social nos conduce a la necesidad de interpretar las normas conforme a la actual realidad social. El contexto social que vivimos actualmente pone de manifiesto que el abandono emocional de un mayor debe ser tenido presente en nuestra normativa, permitiendo a éste desheredar a sus descendientes cuando sea objeto del mismo. No tiene sentido que el ordenamiento no le permita privar de la legítima a aquellos sujetos que no han mantenido con el testador-abandonado ninguna relación familiar. Sería como obligar al testador a respetar unos lazos familiares que han quedado rotos, mientras que ninguna sanción recibe el legitimario que ha roto los propios lazos familiares. No se admite el hecho de que los padres deban dejar a sus hijos su legítima, aunque durante años hayan mantenido una postura de indiferencia, alejamiento y abandono emocional para con sus padres.

En una sentencia del Tribunal Supremo español, se señala que el “*hecho de que las causas de desheredación sean de enumeración taxativa sin posibilidad de analogía, “no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”* (Tribunal Supremo 1ª, 3.6.2014 (RJ.3900)15). Señala la referida sentencia que las causas de desheredación deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen (Algaba Ros, 2015).

Si bien el entorno social que actualmente vivimos exige una interpretación flexible de las diferentes causales a los efectos de abarcar comportamientos que, aun no recogidos expresamente, puedan invocarse como causal de desheredación atento a la voluntad del causante; se debe mencionar que la interpretación extensiva que se procure no debe llegar a la analogía. Se debe interpretar la norma de forma tal que el resultado de dicha interpretación sea acogido por la propia norma, atento a la realidad social que vivimos.

## 6.2. El maltrato psicológico

Junto con el maltrato de obra, también debe considerarse como una causa de la privación de las legítimas el maltrato psicológico que efectúan los hijos para con sus padres. La jurisprudencia en derecho comparado ha entendido que es conveniente que los sistemas se limiten a reconocer como motivos de desheredación un “maltrato” genérico, dejando así mayor libertad al juez para apreciar si efectivamente existe una infracción grave de los derechos y deberes familiares antes que atender a las causas específicas, tasadas y, probablemente, más severas, previstas por el legislador.

En particular, el Tribunal Supremo español parece inclinarse por la necesidad de permitir que el testador pueda privar de la legítima al descendiente que lo desampara en situación de necesidad o especial vulnerabilidad, que sería la máxima expresión de la infracción de un deber legal y/o moral hacia el progenitor, tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos que lo recogen (Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós, 2015).

## 6.3. La falta de trato familiar

Se ha considerado de especial relevancia la falta de trato familiar; tomando en casos particulares mayor relevancia que un maltrato físico perpetrado por los hijos para con sus padres, o los insultos de los primeros para con los segundos.

Se ha entendido por parte del Tribunal Supremo español que siempre es grave y culposa la conducta de quien abandona en manos de terceros o en soledad a sus padres, máxime si estos enferman antes de morir y aunque ello no les coloque en una situación de necesidad material (Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós, 2015).

Los intentos de desheredar al hijo en las hipótesis de rechazo de éste al contacto con el padre, generalmente como consecuencia de la separación de los progenitores, es una hipótesis que se ha ido admitiendo progresivamente en varias sentencias del Tribunal Supremo como motivo contundente para invocarlo como causa de desheredación.

A vía de ejemplo, en el Código Civil Cataluña, en su artículo 443-5, se supedita los derechos sucesorios ab intestato del hijo o hermano adoptado, en la herencia de su padre o hermano biológicos (en determinados tipos de adopción), al mantenimiento de “trato familiar” entre ellos.

No obstante, la privación de la legítima por falta de trato no puede identificarse directamente con la falta de convivencia. Se entiende que lo normal es que padres e hijos ya no convivan cuando nace el derecho a la legítima. No puede entenderse rota la relación, por muchas desavenencias que existan entre el testador y el legitimario, si estos conviven bajo el mismo techo; y tampoco podrá apreciarse ausencia de relación familiar cuando no convivan, pero el legitimario visite al causante, aunque solo sea de vez en cuando (Arroyo Amayuelas y Farnós Amorós, 2015).

## 7. Jurisprudencia

### Desheredación del hijo por el padre

Sentencia primera instancia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en los Civil de 18° Turno. “R. de C., J contra C., A.A. – Desheredación (F.A. N° 85/969). Montevideo, 28 de octubre de 1969.

Sentencia segunda instancia: Tribunal de Apelaciones en los Civil de segundo turno. N° 296. Montevideo, 25 de noviembre de 1970.

#### 7.1. Hechos

El causante, P.B.C, casado en terceras nupcias con J.R, con fecha 11 de mayo de 1962 otorgó testamento previendo en una de sus cláusulas la desheredación de su hijo A.A.C.G., habido de su primer matrimonio con A.G, por haber configurado causal del adulterio con su madrastra, P.C.D, esposa de segundas nupcias del causante. Este último instituyó única universal heredera a su última esposa de terceras nupcias, J.R de C.

Comparece el hijo del causante, A.A.C.G, solicitando se lo declare único y universal heredero, manifestando no haberse probado la causal de adulterio a su respecto, ya que la misma fue invocada en el juicio de divorcio entre P.B.C y P.C.D., en el cual él no tuvo ningún tipo de intervención. Frente a este hecho, la esposa del causante de terceras nupcias, J.R de C, acciona contra el primero invocando su calidad de única instituida universal heredera, incorporando como prueba de la causal el expediente relativo al divorcio por adulterio seguido por el causante y su esposa de segundas nupcias.

En primera instancia, resolución caratulada “R. de C., J contra C., A.A- Desheredación” se desestimó la demanda interpuesta por la parte actora, instituida universal heredera, la Sra. J.R, fundamentando que la desheredación solamente debe proceder cuando exista justa causa de desheredación, plenamente probada. De acuerdo al art. 898 del C.C.U, la causal de desheredación debe probarse por las personas a quienes interesase la desheredación, en el supuesto de que la misma no se haya probado judicialmente en vida del testador. La causal de adulterio invocada por las partes en el proceso de divorcio surge acreditada con el límite de la autoridad de la cosa juzgada, alcanzado únicamente a las partes intervinientes en el proceso de divorcio.

El tribunal entendió que la declaración de adulterio fue formulada en un contradictorio totalmente ajeno al heredero que se pretende excluir, puesto que este último respecto de aquel procedimiento es un tercero, no teniendo posibilidad de ninguna injerencia en aquel proceso, menos aún, en el diligenciamiento de la prueba producida en el mismo. La sentencia dictada en el marco del juicio de divorcio reviste el alcance de la autoridad de la cosa juzgada, no siendo oponible a A.A.C.G, pues no ha sido parte de dicho procedimiento, no pudiendo defenderse respecto de la conducta personal y agravante que se le señala. Concluye que la causal no se ha probado en vida del testador, motivo suficiente para trasladar la carga de la prueba de la causal a J.R de C.



En segunda instancia, comparece la parte actora, J.R de C, agraviándose de la resolución dictada en primera instancia, alegando que la prueba producida por el desheredado no fue suficientemente hábil para demostrar la inexistencia de la causal que se invoca a su respecto. El tribunal, por su parte, manifiesta que el adulterio, más allá de su trascendencia y gravedad, no se encuentra comprendido dentro de la causal prevista en el inciso 1 art. 900 invocado por la parte actora. En otras palabras, dicho comportamiento resulta excluido de la enumeración legal. Pero aun hipotéticamente admitiendo que la causa de desheredación es legal, entiende el tribunal que no resultó judicialmente probada en vida del testador por el alcance de la cosa juzgada, limitada a las partes el proceso de divorcio.

El precitado caso jurisprudencial resulta notoriamente interesante a los efectos de analizar las diferentes posiciones que se podrían haber adoptado para dar resolución al caso, independientemente de los fallos efectivamente dictados en ambas instancias por los tribunales intervinientes.

Así las cosas, podemos preguntarnos lo siguiente: 1) ¿qué argumentos se podrían haber manejado en defensa de la protección de los derechos del cónyuge en terceras nupcias, instituido testamentariamente, del fallecido. 2) ¿cuáles podrían haber sido los argumentos invocados en defensa de la protección de los derechos del hijo desheredado.?

## 7.2. Argumentos se podrían haber manejado en defensa de la protección de los derechos del cónyuge en terceras nupcias, instituido testamentariamente.

Le desheredación, teniendo su origen en la voluntad del testador, siempre que cumpla con los requisitos legalmente previstos, es idónea para generar la exclusión sucesoria de los legitimarios.

Aplicable a la situación en estudio es la causal prevista en el art. 900 numeral 1, ya que haber maltratado de obra o haber injuriado gravemente la palabra del padre es motivo suficiente para afectar el beneficio que se tiene como legitimario. Jurisprudencialmente se ha identificado el maltrato de obra no solamente como maltratos corporales, o lesiones físicas; se han visto alcanzados los daños psicológicos. Las ofensas y agravios psicológicos generan un sufrimiento y deterioro a la salud mental del causante de gran significación. La injuria, por su parte, debe entenderse como daño o perjuicio causado al padre. Lo dicho por cuanto no debemos circunscribir los maltratos de obra a maltratos físicos, ni las injurias graves de palabra a maltratos psicológicos.

Si bien es admitido que las causales de desheredación son taxativas, eso no obsta una interpretación flexible y extensiva de las mismas, conforme a la realidad social del momento que se vive. Dicha causal es corolario del incumplimiento de ciertos deberes que tienen los hijos respecto de sus padres, como el de honrarlos y respetarlos (art.256 CCU). Así, en doctrina, se ha considerado este artículo determinante en tal contexto, puesto que: *“se trata de una máxima, a la vez moral y religiosa. Se consagra un deber moral, sin límites de tiempo y espacio”* (Cestau, 1999, p. 34).

Trascendente es recordar que los vínculos de familia son los que principalmente se tienen en cuenta cuando un sujeto no ha testado, o aun cuando lo ha hecho. Si la persona que es llamada a heredar, como legitimaria, comete ciertos actos, notoriamente ofensivos

y perjudiciales para la persona que ha de suceder, nada impide que éste último lo prive de su legítima a través del instituto en estudio, puesto que contradice principios de moralidad, el hecho de favorecer a quien, por su conducta manifiestamente reprobable, no es digno ni merecedor de recibir tal beneficio.

La disposición testamentaria, por la cual se instituye universal heredera a la cónyuge en terceras nupcias, responde a un acto de última voluntad del causante. Este hecho no puede dejarse de lado; a pesar de tener disposiciones civiles notoriamente rígidas se debe hacer un esfuerzo por efectuar una interpretación flexible de la normativa que nos gobierna.

Mas allá de las normas procesales, no debemos olvidar que el adulterio fue motivo suficiente para efectuar la disolución del matrimonio entre el causante y su cónyuge de segundas nupcias. Definido por la R.A.E. como *“ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge”* nos lleva a concluir que la prueba directa del mismo es prácticamente imposible, dando cabida a la prueba por presunciones. Tomando dicho punto en consideración, la probanza de la causal escapa de las posibilidades de la cónyuge en terceras nupcias, instituida universal heredera. Aclarando el asunto: ¿existe prueba, para el adulterio, más contundente que la considerada en el expediente de divorcio?, ¿puede, la instituida universal heredera, probar dicho adulterio? Estas son las preguntas que nos tenemos que hacer. La respuesta negativa no es sorprendente, y la estimo adecuada; puesto que, si es dificultosa su probanza para las partes en proceso de divorcio, más arduo lo sería para la instituida universal heredera hacerlo en éste.

240

### 7.3. Argumentos invocados en defensa de la protección de los derechos del hijo desheredado

Que desheredación es instituto que afecta las legítimas -parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos de manera independiente a la voluntad del testador. Solamente se los podría privar de tal derecho siempre y cuando exista una *causa legal y probada de desheredación*.

Conforme a los arts. 889 y 900 del CCU, las causales intervinientes son taxativas. No podrán alegarse otras que no fueran las que se encuentran taxativamente previstas.

El legislador ha previsto de manera taxativa las causales de desheredación, atento a la nota sancionatoria que tiene la figura, la cual debe adherirse a los principios de legalidad y tipicidad propio de este tipo de sanciones.

Tal como resulta aplicable en la desheredación; el instituto de la indignidad como una forma de exclusión sucesoria también se sostiene la taxatividad de las causales, su característica de *numerus clausus*. Perfectamente aplicable al instituto en estudio es la opinión sustentada por la Suprema Corte de Justicia en el fragmento de la siguiente sentencia:

*Como se advierte, la tesis general de los recurrentes, en el sentido de una interpretación extensiva de las causales de indignidad, aplicables a toda conducta moralmente reprimible del sucesor, carece de todo apoyo en los textos legales, en sus antecedentes y en su interpretación doctrinaria y no se compadece con la naturaleza de pena privada de aquéllas. (Sentencia Suprema Corte de Justicia, N° 310/2014)*

*Siendo causales taxativamente previstas por la ley que constituyen la fuente de una grave pena civil a efectos de que sea aplicable la sanción se requiere que se produzca lo que la doctrina penal denomina "la adecuación típica" entre la conducta realizada por heredero o legatario, y la descripta por la ley (Carozzi, 2010, p 131).*

A través de la taxatividad se pretende no afectar el principio de intangibilidad de las legítimas, plenamente de recibo en nuestro ordenamiento jurídico.

*Si bien existe un reconocimiento de la autonomía privada para toda persona consistente en otorgar testamento, cuando se priva a los herederos forzosos de los derechos que les corresponden en su calidad de tales, la adopción de la medida solo es operable cuando se encuentra presente una de las causales aptas para ello; pero incluso el legislador ha otorgado una garantía más para el desheredado, en virtud de que si este niega la existencia de hechos que llevaron a la desheredación, la ley impone, a quien contradiga esa afirmación, la carga de la prueba (Howard, 2019, p 556).*

Así, en una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia 1° T. se entendió lo siguiente:

*En consecuencia, corresponde amparar la demanda en cuanto se vulnera la legítima de la accionante –legítima rigurosa (sin acrecimientos) y/o en su caso la legítima efectiva propia (acrecimientos de la porción legitimaria dispuestos por los numerales 893 num. 1 y 2 CC) ya que como expresa la autora citada "la intangibilidad es una nota esencial de la legítima rigurosa en sentido estricto (esto es la legítima sin acrecimiento alguno), así como la de la legítima efectiva propia (la que se ve acrecida con cuotas que vienen de la porción legitimaria) (Sentencia Tribunal de Apelaciones de Familia 1° T. nro. 396/2012).*

241

Aun pretendiendo invocar la causal prevista en el artículo 900 numeral 1 del C.C.U; *haber maltratado de obra o haber injuriado gravemente de palabra al padre, o ascendiente que le deshereda*, a contrario sensu de los fundamentos que sostuvimos en el apartado anterior, podría aducirse que las cauales no deben ser objeto de una interpretación extensiva o analógica, atendiendo al perjuicio que ello causa al legitimario.

La ley se limita a establecer la causal, no determinando el alcance de los términos contenidos en ella. No se encuentran ni descritos ni definidos por el Código Civil tales extremos; si la ley no lo distingue, el intérprete tampoco debe hacerlo.

Notoriamente esta última fue la postura seguida por los tribunales en ambas instancias en el caso comentado, apegándose a un criterio literal de la normativa, entendiendo que la causal de adulterio no es una causal legal de las enumeradas en el artículo, por no encontrarse amparada en ninguna de las hipótesis.

En la hipotética situación de que la conducta del legitimario hubiere ingresado en alguna de las causales previstas legalmente, nos queda un paso más por revolver: la prueba de la desheredación. Mas allá de que la desheredación sea válida, en virtud del artículo 897 del C.C.U, la causal tiene que relacionarse directamente con el heredero, a quien perjudica, atribuyéndosele una conducta personal y propia agravante y, si bien se invocó como causal de disolución del matrimonio del causante con su cónyuge en

segundas nupcias, dicha prueba diligenciada en ese proceso no es oponible al tercero (legitimario) habida cuenta del alcance de la cosa juzgada, *siempre limitada a quienes fueron parte del proceso*.

Siguiendo la línea de pensamiento del tribunal, la última alternativa en materia de probanza la tiene la instituida heredera quien, como interesada, no desarrolló actividad probatoria suficientemente energética para que opere la exclusión.

## 8. Conclusiones

La desheredación se trata de una hipótesis de exclusión sucesoria recogida en el Código Civil Uruguayo; su procedencia será válida siempre que se reúnan los requisitos que la ley prescribe en el art. 897.

Atento a la característica sancionatoria que padece, y las eventuales consecuencias que aparea el hecho de que un sujeto sea desheredado, la interpretación de las diferentes causales recogidas en la norma debe ser de interpretación estricta, apegada al principio de legalidad y tipicidad; por ser causales que no deben ser extensibles analógicamente.

La pérdida de la legítimas es la sanción que nuestra norma recoge para aquel legitimario que haya incurrido en algunas de las conductas prescriptas.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y a la luz del contexto actual que se vive, se comprende que la rigidez en las causales previstas por el Código Civil ha dejado por fuera conductas que son notoriamente reprobables, como la reflejada en el caso jurisprudencial comentado.

La falta de ductilidad y flexibilidad de la normativa se torna evidente, y necesario resulta replantearnos una reforma del sistema, e introducir cláusulas “abiertas” para desheredar o declarar la indignidad. Consecuentemente, se le garantizaría mayor protagonismo a la libertad de testar del causante, puesto que la amplitud en las causales respondería y se adecuaría a los intereses del mismo, evitando conceder beneficios a quien no es digno ni merecedor de percibirlos por los comportamientos en los que ha incurrido.

## Referencias Bibliográficas

Algaba Ros, S. (2015), Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación, *Rev.InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 2/2015, pp 9-11. Recuperado de [www.indret.com](http://www.indret.com), [fecha de obtención: 29 de abril de 2021].

Arroyo Amayuelas, E. y Farnós Amorós, E.(2015) Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?, *Rev.InDret, Revista para el Análisis del Derecho* 2/2015, pp 8-17. Recuperado de [www.indret.com](http://www.indret.com). [ fecha de obtención: 29 de abril de 2021]

Carozzi, E. (2010) *Manual de Derecho Sucesorio*, T. 1, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Cestau, S. D. (1999) *Personas* (Vol. 3), Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

- Código Civil Uruguayo. Ley 16.603 de 1994. 19 de octubre de 1994. Uruguay.
- Howard, W. (2016) *Alimentos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Howard, W. (2019) *Derecho de las Sucesiones*, T. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Howard, W. (2020) *Derecho de las Sucesiones*, T. II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rivero De Arhancet, M. (2001) *Lecciones de Derecho Sucesorio*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.





## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

**HORACIO M. LYNCH**

¿Resistirá la ética de la abogacía la presión de los cambios de la profesión?:  
*Abogacía y ética en el siglo XXI*, de LYNCH, Horacio M.

**SANTIAGO PEREIRA CAMPOS**

*Civil courts coping with Covid-19*, de Bart Krans y Anna Nylund (Coords.), Eleven  
International publishing, Yhe Hague, 2021.

**FEDERICO FISCHER CASTELLS**

*Principios de Derecho Administrativo Sancionador*, de VELOSO GIRIBALDI,  
Natalia (Coordinadora), Universidad de Montevideo, Montevideo, 2021





## ¿Resistirá la ética de la abogacía la presión de los cambios de la profesión?: *Abogacía y ética en el siglo XXI*<sup>1</sup>

Horacio M. LYNCH<sup>2</sup>

El forzoso encierro por la pandemia fue una oportunidad para escribir una obra colectiva intentando responder preguntas claves respecto de la ética de la abogacía: su efectivo cumplimiento por los profesionales, los grandes cambios que se están produciendo en la profesión en todo el mundo y cómo pueden impactar en las reglas que rigen esta delicada actividad.

Es que la segunda década del siglo XXI encuentra a la profesión en pleno cambio por *la tecnología y por la forma como se prestan de los servicios legales, y, también, respecto de la educación legal y la formación de abogados.*

Los cambios que la tecnología ha provocado en la profesión son espectaculares en todo sentido, positivos y negativos, y afectan la forma como se ejerce y también como se prestan los servicios legales. La inteligencia artificial ha impactado en el corazón del trabajo del abogado que antes destinaba buena parte de su tiempo a la investigación y a la revisión de instrumentos legales (IA), a las reuniones y audiencias (teleconferencias). Otro gran cambio es que se ha diluido la importancia de la ubicación del abogado, del país en el que se encuentra físicamente. Por otro lado, la prestación de los servicios ha impactado en las organizaciones: pensar que no hace mucho se comenzó a hablar del *legal bussines*, en tanto hoy se habla de la *legal industry*. Oficinas jurídicas grandes en los '80 eran a las de más de 100 abogados: ¡hoy estamos hablando de 10 veces más!

En lo relativo a la formación, hace tiempo en la Comunidad Europea se determinó que nadie puede ser abogado sin dar un examen de habilitación ante los colegios profesionales (antigua práctica en los países anglosajones que, desde siempre, separaron los estudios de Derecho de la formación de abogados; el gran presidente y gran abogado Abraham Lincoln nunca fue a una Facultad de Derecho). Una vez más, en estas latitudes, parecemos congelados en el tiempo.

Esta obra en colaboración reúne miradas y reflexiones de experimentados abogados sobre la abogacía y la ética ante los nuevos retos de la profesión con énfasis en la realidad del ejercicio de la abogacía en la Argentina y el relativo cumplimiento de las normas éticas. Pero la mayoría de quienes escriben tienen, además, una marcada inclinación



1 Nota del libro ABOGACÍA Y ÉTICA EN EL SIGLO XXI –EBook - 1a. Edición digital, Mayo 2021. Horacio M. LYNCH et al. DESCARGA GRATUITA en Varios formatos (PDF, eBook, Kindle) <https://foresjusticia.org/2021/05/13/abogacia-y-etica-en-el-siglo-xxi/>

2 El autor que ha dirigido la obra junto con Marcelo Gobbi, tiene cincuenta años de ejercicio profesional y casi tantos de actuación en instituciones nacionales e internacionales de la abogacía y de la Justicia. En 1976 fundó y presidió la institución convocante - FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia) durante veinte años - la primera ONG de América Latina sobre la Justicia.

por la docencia y por la investigación. A sus reflexiones se suman los resultados de una encuesta realizada entre abogados jóvenes.

## Destinatarios del libro

Son destinatarios de esta obra aquellos que se interesan por la abogacía, que la ejercen y la consideran una profesión apasionante, que ven claramente a los abogados trabajando para la Justicia de uno u otro lado del mostrador. También, es para quienes proclaman la importancia de la profesión para traer paz al mundo, para facilitar el desarrollo de los países, para afirmar una convivencia republicana y democrática; aquellos, en fin, que comparten la visión de Lincoln de que el abogado, como pacificador, componedor, tiene una sublime oportunidad de ser un buen hombre. Está escrito también para los que, aun dudando que la profesión deba ser ejercida de una determinada forma y bajo ciertas reglas, aspiran siempre a lo mejor. Es para los que se preocupan por los avances tecnológicos, por los cambios en la forma cómo se ejerce la abogacía o cómo se proveen los servicios legales y que presienten que hay nuevos riesgos que involucran los principios más elementales de la profesión. La variedad de enfoques y de temas debería ayudar a que el lector encontrara por sí mismo respuestas a sus inquietudes. Sirve, en fin, para la enseñanza, para mostrar la ética profesional desde distintos aspectos, para cuestionar, debatir, para leerlo escuchando los sabios consejos de experimentados abogados que aman la profesión y que entienden que es posible - y conveniente - ejercerla según 'las reglas del arte'.

248

## Objetivos

La obra se emprendió con múltiples objetivos en derredor de aquellas preguntas iniciales: cómo es el cumplimiento efectivo de las normas de ética en el mundo y en la Argentina, *profundizando las causas* de esta situación y la enseñanza de la ética en dicho país. Busca analizar los cambios se están ocurriendo en la profesión y su impacto en las reglas deontológicas. Pretende también revisar la vigencia de los principios generales, ahondar algunos temas éticos muy delicados y relacionar todo con la ética judicial. Mi comentario seguirá este esquema, aunque la estructura del libro, por razones metodológicas, sea diferente.

## La realidad de la ética profesional

Inspira el libro la convicción de que en el mundo hay una gran distancia entre los principios que rigen la profesión y la realidad, distancia que es muy grave en Argentina, en buena parte porque las autoridades responsables - Colegios de Abogados, las Facultades de Derecho y la Justicia - han descuidado la cuestión. Para corroborar la situación en Argentina se utilizan los resultados de una encuesta entre abogados

jóvenes y se confrontan esta visión con la situación de otros países para tener puntos de comparación.

Para intentar bucear más profundamente en la realidad de la Argentina el suscripto realizó una encuesta entre abogados jóvenes, cuyos resultados abonan su capítulo *La ética de la abogacía en la Argentina 2020 (y los resultados de una encuesta)*, en el que se analizan los resultados. Además repasa la crisis de la abogacía instalada desde hace varias décadas en la Argentina sin síntomas de mejoría, estimando que la situación crítica es consecuencia directa de la ausencia de enseñanza de la ética de la abogacía y la poca importancia asignada al tema en los organismos responsables. Como los estudios comparativos ayudan a dimensionar la situación, el libro incluye dos estudios sobre la realidad en otros países. En el primero, tres destacados profesionales que ejercen en Francia - Beatriz Burghetto, Christophe Dubois y Santiago Muzio de Place - abordan *La ética profesional del abogado en Francia*, describiendo los requisitos para convertirse en abogado en ese país, en particular, la preparación de candidatos a abogado en las escuelas de abogados francesas con énfasis en la enseñanza de la ética profesional. Pero también incluyen referencias a la aplicación en la práctica de las reglas de ética con citas a un interesante estudio empírico y con las opiniones y experiencias personales de los autores. Y otro capítulo de Melisa Ortes González, abogada argentina que ejerce en una importante firma de Nueva York, *La Ética Profesional en los Estados Unidos de América*, en el que afirma que para comprender el rol que tienen estas normas en el foro local americano hay que considerar el contexto histórico de su desarrollo desde la sanción de la Constitución de los Estados Unidos y que se propagó y reafirmó con el advenimiento de las asociaciones profesionales en cada uno de los estados. Los resultados del estudio preliminar y de la encuesta realizada entre jóvenes profesionales sobre la realidad del cumplimiento de las normas éticas en la Argentina, no sólo es preocupante, sino que, confrontada con la de los EE.UU. y Francia, lo es aún más.

## Nueva abogacía, ¿nuevos dilemas éticos?

La profesión se está transformando radicalmente en el mundo, con cambios que tarde o temprano llegarán a estas orillas y en el libro se analiza su impacto en tanto pueden implicar nuevos dilemas éticos. También se lo vincula con las nuevas visiones que habrá que tener respecto de la preparación de los abogados, y la forma como se enseña en la Argentina.

En su ensayo *Compromisos relevantes para la práctica de la abogacía actual* el Dr. Armando S. Andruet [h] (ex magistrado y doble Académico de Derecho y de Medicina) propone cinco criterios a tener en cuenta sugiriendo la manera en que las Universidades, los colegios de abogados y tribunales de disciplina pueden enfrentarlos. Señala que las Universidades no se hacen cargo de la explicación de la ética profesional en concreto pues sólo presentan una teorización por lo que también deben atender a este cuestionamiento. Los colegios de abogados deberían, por su parte, construir una conciencia profesional. Y corresponde que los tribunales de disciplina fortalezcan la difusión de sus resoluciones para, con ello, profundizar la ejemplaridad, insistiendo en la matriz ética de la profesión. Por su parte, Ricardo Rojas, ex magistrado, investigador y catedrático, propone reflexionar sobre un

distinto enfoque de la formación, *Del abogado litigante al abogado negociador, un necesario cambio de paradigma*, donde, con ayuda del análisis económico del Derecho pondera en especial, en la labor del letrado en su función de promotor de soluciones eficientes a los conflictos, más que como litigante sobre cuestiones legales, proponiendo sumar a su formación las habilidades como negociador y empresario para ofrecer un mejor asesoramiento a su cliente. María Julia Fornari, docente y abogada con sólida experiencia en mediación nos brinda sus *Reflexiones el ejercicio profesional y la tecnología*, en el que muestra el contraste entre los vertiginosos adelantos de la tecnología que impactan en todas las áreas de nuestra vida cotidiana con el ejercicio de la profesión de abogado en un país anclado en el pasado. Siguiendo esta línea, en *Nueva abogacía ¿nuevos dilemas éticos?*, el suscripto intenta dar respuesta a la cuestión de si los cambios en la profesión han determinados nuevos problemas éticos para los abogados, o son los de siempre, aunque presentados en odres nuevos. Tres ensayos muy desafiantes completan este panorama: dos de Marcelo Gobbi, destacado abogado corporativo - *Nuevos (ya no tanto) paradigmas en la abogacía* y *Dónde diablos se ejerce la abogacía* - que renuevan los planteos anteriores y analiza, en el primero, la necesidad de los abogados y sus organizaciones de responder al impacto de la automatización; en tanto en el segundo cuestiona la relativa utilidad de los criterios puramente territoriales, aplicados por las regulaciones sobre la abogacía como consecuencia de la deslocalización; y del investigador Demetrio Alejandro Chamatropulos, *La innovación y el derecho en tiempos de pandemia*, en el que llama la atención sobre los nuevos fenómenos que provoca la pandemia del COVID-19).

## La enseñanza de la ética de la abogacía

Varios ensayos reflejan la preocupación de los autores por la mala o nula enseñanza de la ética profesional en las Facultades de Derecho y en los colegios profesionales de Argentina: si efectivamente se brinda, y, cuando se enseña, cómo se lo hace, cómo son sus planes y métodos, su orientación, su vinculación con la práctica diaria de la abogacía incluyendo nuevos enfoques, como el de comparar la enseñanza de la ética en las Facultades de Derecho con las de Medicina.

En la colaboración ¿NO INTERESA LA ÉTICA?, Marina Iturbide destacada comercialista, reflexiona sobre las razones por las que no se enseña la ética profesional a todos los abogados egresados del país. Por su parte, en *La enseñanza universitaria de la ética profesional en la argentina*, Juan Marcos Pueyrredón titular de una cátedra de Ética de la Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, junto con sus ayudantes Guillermina Federik y Lucía María Traverso, analizan cómo se enseña en las Facultades de Derecho en la Argentina (en las que la brindan) y señalan cómo se podría mejorar la situación. Y, como cierre, resalto el original estudio conjunto de Raúl Farías, director de los programas de formación de abogados de FORES, especializado en nuevas tecnologías, y de Lucía Beccar Varela, destacada médica, titulado *Semejanzas y diferencias entre la ética de la abogacía y de la medicina*. Nos dicen que “*Todas las profesiones son importantes, pero sólo dos tienen en sus manos los bienes más preciados de las personas: la Medicina y el Derecho ... en el primer caso, los médicos cargan con la responsabilidad de la salud y de la vida de sus pacientes; en el segundo, los abogados con la libertad y el patrimonio de sus clientes*”.

## Los principios y valores permanentes de la abogacía

También se incluyen visiones que, apelando a los principios vigentes desde el origen de la profesión, analizan su vigencia actual, concluyendo que son más válidos que nunca, frescos y modernos, y con aptitud para afrontar los nuevos retos profesionales.

Dos profundos trabajos de Enrique V. del Carril, experto abogado, ex Presidente de FORES y del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires - *Derecho, ética profesional y moral del abogado (importancia de la ética y moral profesional en la aplicación del derecho)* - y otro *Dos tradiciones jurídicas, una misma profesión* nos muestran cómo la abogacía es la misma sin perjuicio de la tradición jurídica donde se ejerza y del Derecho de fondo que se aplique. Continúa un ensayo de Felipe Ordóñez, abogado y ex docente, sobre *Perspectiva diacrónica del deber de verdad*, en el que nos acerca a la idea del deber de verdad en el proceso judicial, recorriendo la interpretación que ha tenido el principio en algunos pueblos de la antigüedad hasta llegar a nuestros días. Muy interesante es el aporte de Damián F. Beccar Varela, fallecido ex titular del prestigioso estudio de Buenos Aires que lleva su apellido - *Las nuevas reglas de ética profesional* - con reflexiones sobre su trabajo de actualización de las reglas del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

## Abogacía penal y de familia, secreto profesional, honorarios y otros temas puntuales

Para completar el panorama el libro incluye varios estudios sobre temas puntuales y estratégicos del ejercicio profesional, como la práctica en ciertas áreas complejas como familia y penal y el delicado tema del secreto profesional. Este tema también es abordado desde dos perspectivas, la inmutabilidad del secreto, y la colisión entre este principio y el de las normas sobre el lavado de dinero y el terrorismo. Revisa también el de los honorarios y el arancel obligatorio, terminando con dos trabajos sobre las realidades de los abogados externos e internos de las empresas.

En el primero, Juan María Rodríguez Estévez experimentado penalista, doctor en derecho y docente, aborda el tema de la *Ética profesional y defensa penal eficaz*, en el que plantea como una cuestión éticamente exigible para el abogado penalista el redoblar los esfuerzos por parte de la defensa para nivelar un escenario procesal de una desventaja inicial de fuerzas. Jorge A. Mazzinghi, ex Presidente de FORES y también profesor universitario, con destacada carrera profesional en el área del Derecho de familia nos brinda unas ricas páginas con sus *Dilemas éticos habituales de los abogados que se dedican al derecho de familia*, en las que explica el significado primordial de la Ética en el campo del Derecho de Familia basado en el carácter complejo o compuesto del interés del abogado que se dedica a atender esos asuntos que debe defender o resguardar. Pablo A. Pirovano prestigioso abogado con actuación en FORES y en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires aborda la especificidad de los *Principios éticos para los abogados árbitros* que deben primar antes, durante y después de su actuación como árbitros jurisdiccionales, y las obligaciones de ser y mantener independencia e imparcialidad como contenedoras de los deberes éticos. El también reconocido penalista Hernán Munilla Lacasa en *El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto*

*profesional*, defiende la tesis de que el secreto profesional pertenece a la conciencia del abogado, por cuanto aquella actúa siempre por encima de los deseos de su cliente y no puede ser condicionada por ninguna otra regulación. Y, María Eugenia Talerico, abogada ex subdirectora de la UIF -Unidad de Información Financiera de Argentina-, aborda el delicado problema de *El abogado ante las normas sobre lavado de dinero y financiación del terrorismo*, advirtiendo que el esfuerzo conjunto del sector público y del sector privado puede contribuir de este flagelo que compromete el orden económico y la paz mundial. Respecto del delicado tema de los honorarios, la experimentada Rosalía Silvestre en *La ética profesional y los honorarios del abogado*, concluye que el camino no está claro: ¿se puede legislar y aplicar lo que no ha sido posible de un exhaustivo análisis y debate por parte de la abogacía?, y Marcelo Gobbi, en *Honorarios mínimos y orden público: una perspectiva deontológica*, examina desde una perspectiva ética las consecuencias de imponer mínimos obligatorios de los abogados, que considera inconsistente con los principios éticos. Suma también *Abogacía interna en la Argentina, reflexiones a partir de una sentencia europea sobre confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogados*, comentando el caso Akzo (Tribunal Europeo de Justicia) y cuál podría ser su interpretación bajo las normas argentinas. Cierra Juan Manuel Vaquer, abogado con una extensa carrera corporativo que culmina como presidente de una de las más importantes empresas de la Argentina, aporta toda su experiencia en un breve, pero sólido *Decálogo del abogado externo de empresas*, estudio que transpira ética profesional en esta rama del ejercicio.

## ¿Y los abogados jueces?

Con tres trabajos muy interesantes, uno del magistrado Santiago Finn sobre *La ética judicial como ética de las virtudes*, y dos de Alejandro Turjansky termina la obra que comento.

En el primer estudio, Santiago Finn convoca al ideal profesional de los jueces que debe alejarse del perfil burocrático y normativista. En cuanto a los dos trabajos de Alejandro Turjanski, el primero un estudio comparativo de los códigos de ética judicial y una encuesta realizada entre magistrados, fueron preparados años atrás para enriquecer un libro sobre la ética judicial publicado por FORES, pero hemos entendido que dado el interés que mantienen debían complementar esta obra. El primero se refiere a su Encuesta a los jueces sobre temas de ética profesional, en tanto el segundo, titulado Estudio comparado de los códigos de ética judicial, aborda y compara distintos códigos de ética judicial sancionados en las provincias argentinas y otros de América Latina.

## Fores y los hombres y mujeres de derecho

Considero que, con el libro que presento, la ONG convocante cumple una vez más con uno de los principios básicos de su fundación que considera que los hombres y mujeres del Derecho son el más importante factor de cualquier sistema judicial. La obra es un aporte objetivo con fundamentos fácticos y teóricos, suma al estudio de la ética y cómo está preparada para afrontar los retos presenta que la 'nueva' abogacía'. Y lo hace desde diversos enfoques institucionales y jurídicos con autores de muy distintas visiones y aún desde distintas localizaciones. Todo ello recomienda su lectura más de lo que el puedo incluir en este comentario.

*Civil courts coping with Covid-19, de Bart Krans y Anna Nylund (Coords.), Eleven International Publishing, The Hague, 2021<sup>1</sup>*

Santiago PEREIRA CAMPOS<sup>2</sup>

La editorial Eleven International Publishing acaba de publicar en La Haya, Países Bajos, el libro “Civil Courts coping with Covid-19”, obra colectiva en la que tuve el honor de participar.

Los editores de la obra son Bart Krans (Profesor Titular en la Universidad de Leiden, Holanda, donde ocupa la cátedra de Derecho Privado y Derecho Procesal Civil) y Anna Nylund (Profesora Titular de Derecho en la Universidad de Tromsø).

La imprevista pandemia de Covid-19 tuvo impactos de gran relevancia en los sistemas de justicia de todos los países, que demostraron no estar preparados para el inmenso desafío de garantizar el acceso a justicia y cumplir con las medidas sanitarias. Ello determinó que la prestación del servicio de justicia se viera gravemente afectado en casi todos los Estados.



Frente a ello, la doctrina, la judicatura, la abogacía y la sociedad toda, debieron buscar rápidamente soluciones que permitieran restaurar el servicio, mediante transformaciones sin precedentes en los procesos judiciales. Los tribunales han demostrado ser creativos e innovadores en sus respuestas a la pandemia, y en su capacidad para implementar digitalización de trámites y audiencias remotas.

El libro contiene un estudio comparativo de cómo los tribunales en 23 países han hecho frente a la pandemia, abordando innovaciones y adaptaciones a los procesos judiciales, que facilitan el salto digital y, a su vez, generan nuevas preocupaciones. Incluye informes de Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Croacia, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Japón, Lituania, Países Bajos, Noruega, Perú, Polonia, Singapur, Slovenia, Taiwan, Uruguay y Estados Unidos y un excelente análisis comparativo de los editores.

En la obra, los autores discutimos las implicaciones de la digitalización, cómo garantizar la igualdad de acceso a los tribunales, cuestiones novedosas relativas al derecho a un juicio justo en procesos telemáticos, el papel de la resolución de disputas durante la pandemia por vías diferentes al proceso judicial, y las raíces de la resistencia a la digitalización. Varias contribuciones también abordan cómo las innovaciones durante la pandemia pueden transformar el litigio civil en el futuro.

<sup>1</sup> La obra es de open access a través del siguiente link: <https://boeken.rechtsgebieden.boomportaal.nl/publicaties/9789462362048#2>

<sup>2</sup> Director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación, Director del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado y Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo.

En situaciones de especial dificultad, las instituciones y sus personas se dan por vencidas o sacan lo mejor de sí para salir adelante. Es probable que en un contexto de normalidad habría llevado décadas construir la infraestructura, implementar los nuevos procesos de trabajo y completar los otros numerosos desarrollos necesarios para dar el salto necesario e inevitable hacia la digitalización. Como señalan los editores, la pandemia ha desatado un flujo de creatividad e innovación sin precedentes entre los tribunales, la judicatura y la abogacía. Simultáneamente, la pandemia ha puesto de manifiesto en muchos casos la lentitud de los tribunales para digitalizar, así como algunas de las razones subyacentes para resistir a las audiencias remotas y la resolución de disputas en línea (ODR). Mientras que algunas de las razones de esta resistencia están bien justificadas y son oportunas, algunas otras parecen originarse de la fricción que inevitablemente conlleva un cambio cultural.

Sin duda que el salto tecnológico y otros avances han abierto nuevos horizontes en el futuro de la justicia civil. De ello también trata este libro.



*Principios de Derecho Administrativo Sancionador,  
de Natalia Veloso Giribaldi (Coordinadora),  
Universidad de Montevideo, Montevideo, 2021*

FEDERICO FISCHER CASTELLS

*Es un honor comentar la publicación “Principios de Derecho Administrativo Sancionador”, coordinada por la Prof. Dra. Natalia Veloso Giribaldi, que presenta un estudio sistematizado de los diversos principios generales que son aplicables al derecho administrativo sancionador.*

La obra comentada tiene su génesis en la primera edición del curso Derecho Administrativo Sancionador dictado por la Prof. Dra. Veloso Giribaldi en el año 2020 en el marco de la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo (para la cual el curso de Derecho Administrativo Sancionador constituye una muy valiosa y oportuna adición).

La publicación recoge una selección de los trabajos de investigación final que realizaran los maestrandos que participaron del curso mencionado sobre los principios de derecho administrativo sancionador, así como valiosos aportes del Prof. Dr. Carlos Delpiazzo y diversos trabajos de la Prof. Dra. Veloso Giribaldi en la materia.

No caben dudas que esta publicación constituye un aporte fundamental a la doctrina administrativista y al estudio del derecho administrativo sancionador, de gran trascendencia y aplicación tanto teórica como práctica.

En primer lugar, en virtud de **la actualidad de la temática abordada.**

Es innegable que la potestad sancionatoria estatal ha experimentado un crecimiento en el Estado moderno y que hoy constituye un instrumento de vital trascendencia para el cumplimiento de sus fines, especialmente en su rol de regulador de diversas actividades de interés público.

Así, el avance de la presencia estatal en un número creciente de manifestaciones de la actividad individual determina también un correlativo avance de la potestad sancionatoria, que se despliega con cada vez mayor intensidad sobre los individuos. El elenco de infracciones y sanciones administrativas consagradas por el ordenamiento jurídico es amplísimo y diverso, y - en cuanto a las sanciones - abarca desde un simple apercibimiento u observación a multas con topes millonarios, así como sanciones que imponen graves limitaciones a derechos individuales, como ser clausura de establecimientos e inhabilitaciones, entre otras.

Todo lo cual lleva a que los aportes dogmáticos que profundicen sobre la disciplina del derecho administrativo sancionatorio resulten de alta utilidad e interés.

En segundo lugar, en virtud **del objeto de estudio elegido dentro del derecho administrativo sancionador: sus principios generales.**

Si bien el estudio de los principios generales que rigen una determinada rama del derecho siempre constituye un valioso aporte, su estudio tiene una especial relevancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Es importante tener en cuenta que la teoría del derecho administrativo sancionador, en tanto rama autónoma del derecho administrativo y con principios propios, se encuentra aún en plena construcción y desarrollo, y sus contornos no han sido plenamente delineados.

Asimismo, dada la naturaleza no codificada de esta rama del derecho (y del derecho administrativo en general) y el hecho de que la potestad sancionatoria abarque materias muy diversas, las normas de derecho positivo en materia sancionatoria no están unificadas y en muchos casos tienen diferente regulación según la Administración o la temática de la que se trate. Lo que crea dificultades para elaborar un marco teórico unificado.

En este contexto, los principios generales del derecho administrativo sancionador, en tanto mandatos de optimización, al decir de ALEXY, cumplen un rol fundamental para la aplicación, integración e interpretación del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, en tercer lugar, dado que abarca un **estudio pormenorizado y abarcativo de los principios generales que rigen el derecho administrativo sancionador**.

La publicación es de especial importancia ya que estudia y analiza todos los principios fundamentales del derecho administrativo sancionador.

Se trata de un valioso aporte a la doctrina administrativista en la materia, ya que si bien la doctrina nacional ha abordado el estudio de esta temática, no existía una obra de la naturaleza de esta publicación, que abordara en forma sistemática y tan completa en una misma publicación todos los principios generales del derecho administrativo sancionador.

Por lo que estamos seguros de que esta publicación será fuente de consulta para futuros aportes doctrinarios en esta materia, así como para la aplicación práctica de la normativa de derecho administrativo sancionatorio.

A lo largo de ocho capítulos, la publicación “Principios de Derecho Administrativo Sancionador” analiza, en profundidad y desde varias ópticas, los principios generales del derecho administrativo sancionador y diversas temáticas de gran actualidad relacionadas con los mismos.

En el Capítulo I, se aborda el *principio de limitación*, estudiándose por el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo los límites que la Constitución y los principios generales del derecho imponen al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria al imponer.

En el Capítulo II, se aborda el estudio del *principio de tipicidad*. La Prof. Dra. Veloso Giribaldi analiza con carácter general la aplicación del principio general en el derecho sancionatorio. Asimismo, la Dra. Yully Lacerda Neves, realiza un estudio y sistematización de la jurisprudencia reciente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en materia de la aplicación del principio de legalidad, tipicidad y la reserva de ley, en materia sancionatoria.

En el Capítulo III, se aborda el *principio de culpabilidad*. La Dra. Josefina de la Fuente estudia a la culpabilidad como elemento de la infracción administrativa y su aplicación en la práctica del derecho administrativo sancionador. Por su parte, la Dra. Tatiana Rodríguez Percíncula analiza la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, enfocándose en la admisibilidad de las infracciones objetivas en el derecho administrativo sancionador. Finalmente, la Dra. Andrea Piccardo Lapi, aborda la temática del principio de

culpabilidad desde la óptica de la prueba indiciaria y su aplicación a la luz del principio de presunción de inocencia.

En el Capítulo IV, la Prof. Dra. Natalia Veloso Giribaldi pone de relieve los aspectos más salientes aplicación del *principio de non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador.

En el Capítulo V, se aborda el *principio de debido procedimiento*. El Dr. Jose Pedro Montero estudia la aplicación de este principio desde un punto de vista práctico, analizando como se traduce dicho principio al procedimiento administrativo sancionador, a la luz de la jurisprudencia. Asimismo, la Dra. Stefanie Karina Antenor De León realiza un estudio del alcance del derecho de defensa y su tratamiento jurisprudencial. Finalmente, el Dr. Santiago Inchausti Pinto, analiza la aplicación de las medidas cautelares o provisionales en materia administrativo sancionatoria, con especial foco en la materia ambiental.

En el Capítulo VI, el Dr. German Mora Caruso examina los *principios de obligatoriedad y oportunidad* en el principio administrativo sancionador, analizando si el Estado puede o no decidir no perseguir y sancionar una infracción administrativa.

En el Capítulo VII, se aborda el *principio de proporcionalidad* en el derecho administrativo sancionatorio. El suscrito, Dr. Federico Fischer Castells, analiza la regulación y aplicación de los criterios de graduación de sanciones administrativas en el derecho administrativo sancionatorio nacional y las problemáticas que la falta de regulación uniforme plantea en la aplicación de este instituto. Por su parte, con un enfoque práctico, la Dra. Maite Dalmao Rodriguez ilustra acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, la Esc. Verónica Morelli Ferreira y la Dra. Ana Muria, en sendos trabajos, estudian este principio como límite a la discrecionalidad de la administración en materia sancionatoria. Finalmente, el Dr. José Grassi Pampilega, estudia el principio de proporcionalidad en el nuevo marco legal del Banco Central de Paraguay.

Por último, en el Capítulo VII, la Dra. Adriana Allende aborda el *principio de seguridad jurídica*, estudiando los plazos de prescripción y caducidad del Derecho Administrativo Sancionador a la luz del principio de seguridad jurídica, exponiendo las diversas opiniones existentes al respecto en doctrina y jurisprudencia y la opinión de la autora.

Como comentario final, destaco que esta publicación no hubiera visto la luz de no ser por invaluable impulso y generosidad intelectual de la Prof. Dra. Veloso Giribaldi. Durante el curso de Derecho Administrativo Sancionador, la Prof. Dra. Veloso Giribaldi transmitió sus reflexiones sobre esta disciplina en forma didáctica y con un enfoque práctico, pero a la vez con gran profundidad y rigor jurídico, lo que despertó el interés en la materia y el impulso de investigar y reflexionar sobre sus principios generales de aquellos que participamos de dicho curso, y que fructificó en esta publicación.

En definitiva, vaya el reconocimiento a esta publicación, que sin duda contribuirá de manera significativa al estudio de los principios generales y la teoría del derecho administrativo sancionador.



## 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](mailto: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.<sup>a</sup> 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](mailto:redaccionfder@um.edu.uy). Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
  - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
  - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
  - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
  - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in in Spanish, English and in Portuguese.
- 6) The different sections must be structured following Arabic numbering: 1, 1.1., 1.1.2. and so forth.
- 7) Acronyms must be followed by their extended form, between brackets, the first time they appear Example: CC (Civil Code).
- 8) Formal rules for textual citation:

Citations and bibliographical references of the texts sent to the *Revista de Derecho*, will be made according to the APA (American Psychological Association) standards <https://apastyle.apa.org/> and the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay <https://biblo.timbo.org.uy/opac?id=00981424> in order to be able to start the arbitration process.

**Textual citations** will be made according to the author-date system, also indicating the page number of the source. Example: (Bugallo, 2006, p. 484).

If the quotation contains less than 40 words, it is enclosed in double inverted commas.

If the quotation contains 40 words or more, it is written in a block paragraph with an indentation of 1.25 cm.

**Paraphrased quotations** are also to be made according to the author-date system, the quotation is not enclosed in inverted commas and the format of the paragraph is not changed, it is not necessary to indicate the page of the source. The reference of the paraphrased quotation must be added to the list of bibliographical references.

References of cited sources are listed in a separate paragraph with French indentation of 1.25 cm and are arranged alphabetically under the heading **Bibliographical references**.

### Examples:

#### Books:

Surname, A. A., and Surname, B. B. (year). Title of the book. City of Publisher: Publisher.

Surname, A. A. (year). Title of the book (translations by B. B. B. Surnames and C. C. Surnames, 15th ed.). City of Publisher: Publisher.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

#### Book chapters:

Surnames, A. A., and Surnames, B. B. (year). Title of book chapter. In C. Editors, D. Editors, and E. Editors (Eds.), Title of the book (pp. Xxx-xxx). City of Publisher: Publisher.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

#### Journal articles:

Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (year). Title of the article. Title of the journal, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (*Ius Cogens*). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

For normative legal material such as the Constitution of the Republic, laws, court rulings, jurisprudence published in books or journal articles, etc. consult the Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

Sources consulted but not cited in the text will be included in an alphabetical list under the heading **Bibliography** at the end of the document.



## Regulamento editorial

A Revista de Direito é uma publicação semestral da Faculdade de Direito da Universidade de 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](mailto: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, 15ª ed.). Local: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

**Capítulos de livros:**

Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

**Artigos de periódicos:**

Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

Olivera García, R. (2018). La ley de arbitraje comercial internacional. Primeras reflexiones. *Revista de Derecho Comercial*, (12), pp. 33-65.

Servi, A. (2001). Derecho Ambiental. Responsabilidad Ambiental Internacional. *Relaciones Internacionales*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1659>

Para material jurídico normativo, como a Constituição da República, leis e decretos, projectos de lei, decisões judiciais, jurisprudência publicada em livros ou artigos de revistas, etc. consulte o manual de Estilo APA: guía con ejemplos y adaptaciones para Uruguay.

As fontes consultadas mas não citadas no texto serão incluídas numa lista alfabética sob a rubrica **Bibliografía** no final do documento.









Facultad de Derecho  
[www.um.edu.uy](http://www.um.edu.uy)