

Revista de _____ DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Democracia y Derecho

DOCTRINA

ARIAS MARTÍNEZ, Sebastián

El interés social en cuanto causal de impugnación de asambleas: ¿qué implica contar con su consagración a texto expreso?

CIANCIARDO, Juan

La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo

MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel

Avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa en las Cooperativas Chilenas: perspectivas y experiencias

LETURIA, Francisco J. ANGUITA, Pedro

Derecho a la información: análisis de los diversos criterios de diligencia exigidos para dar por cumplido el requisito de veracidad y acceder a su protección

GODOY, Agustín

El Estado en el mercado: herramientas jurídicas para la intervención en la economía

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

PAÚL, Álvaro

El Derecho Internacional en los recientes proyectos constitucionales chilenos

JURISPRUDENCIA COMENTADA

DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel

Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

TESINAS DE MASTERS

BIANCHI OLARIAGA, Carolina

El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LÓPEZ VALENZUELA, Agustina

Hacia una redignificación del sistema carcelario uruguayo: perspectivas críticas a la luz del concepto de dignidad humana

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

CABRAL, Daniel

Reseña del libro "Incidencias de la LUC en el Derecho Penal", de Daniel Cabral y Pedro Montano (coords.)



Revista de
DERECHO

Año XXIII (Julio 2024), N° 45
ISSN: 1510-5172 (en papel) - ISSN: 2301-1610 (en línea)

Política de acceso abierto

La Revista de Derecho proporciona acceso inmediato y gratuito a todos los contenidos de esta edición electrónica, bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Intenacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

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

Indexada en:

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

Redacción y suscripciones

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

Contacto de la revista

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

Página web de la revista

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

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

Plazo de recepción de originales

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

Aviso de derechos de autor

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

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), que permite a otros compartir el trabajo con un reconocimiento de la autoría y un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista.

Declaración de privacidad

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

Diseño: editáonline

Impresión: editáonline

Depósito legal: 382.468

Comisión del papel

Edición amparada al decreto 218/96

ISSN: 1510-5172 (en papel)

ISSN: 2301-1610 (en línea)

Nº 45 – JULIO 2024

Revista de
DERECHO

Director Fundador: Carlos E. DELPIAZZO

Director Académico: Santiago PÉREZ DEL CASTILLO

CONSEJO EDITORIAL

Director General y Editor Responsable: Miguel CASANOVA

Marcelo SHEPPARD

María BRUGNINI

SECRETARÍA TÉCNICA

Natalia VELOSO GIRIBALDI

Sofía MARURI ARMAND-UGON

EDITORIA TÉCNICA

Valentina MORANDI

CONSEJO ASESOR

Jorge FERNÁNDEZ REYES, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

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

Pedro MONTANO GÓMEZ, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

Walter HOWARD, Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay

COMITÉ CIENTÍFICO

- Carlos DE CORES, Universidad CLAEH, Montevideo, Uruguay
María Emilia CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España
Alejandro CASTELLO, Universidad de la República, Uruguay
David ARONOFSKY, University of Montana, Missoula, Montana, Estados Unidos
Joseph DALY, Mitchell Hamline University, Saint Paul, Minnesota, Estados Unidos
Juan CIANCIARDO, Universidad de Navarra, Pamplona, España
Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra, Pamplona, España
Juan Bautista ETCHEVERRY, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina
Pedro COVIELLO, Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina
Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Universidad de La Coruña, España
Jorge ROSENBAUM, Universidad de La República, Uruguay
Raúl GAMARRA, Universidad Católica del Uruguay, Uruguay
Rosa LASTRA, Queen Mary University of London, Inglaterra
Henry Alexander MEJÍA, Universidad de El Salvador, El Salvador
Guillermo Antonio TENORIO CUETO, Universidad Panamericana, México
Juan Carlos MORÓN URBINA, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Rafael R. DICKSON MORALES, Universidad Iberoamericana, República Dominicana
Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, Universidad de los Andes, Chile
Sebastián CONTRERAS, Universidad de los Andes, Chile
Pilar ZAMBRANO, Universidad de Navarra, España
Juana ACOSTA, Universidad de la Sabana, Colombia
Mario GARMENDIA, Universidad CLAEH, Uruguay

SUMARIO

MENSAJE DEL DECANO

Democracia y Derecho 9

DOCTRINA

ARIAS MARTÍNEZ, SEBASTIÁN

El interés social en cuanto causal de impugnación de asambleas: ¿qué implica contar con su consagración a texto expreso? 15

CIANCIARDO, JUAN

La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo 35

MARTÍNEZ MONTENEGRO, ISNEL

Avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa en las Cooperativas Chilenas: perspectivas y experiencias 53

LETURIA, FRANCISCO J. Y ANGUITA, PEDRO

Derecho a la información: análisis de los diversos criterios de diligencia exigidos para dar por cumplido el requisito de veracidad y acceder a su protección.. 69

GODOY, AGUSTÍN

El Estado en el mercado: herramientas jurídicas para la intervención en la economía..... 89

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

PAÚL, ÁLVARO

El Derecho Internacional en los recientes proyectos constitucionales chilenos 113

JUSISPRUDENCIA COMENTADA

DELPIAZZO ANTÓN, GABRIEL

Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos 125

INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados 135

TESINAS DE MASTERS

BIANCHI OLARIAGA, CAROLINA

El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada 161

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

LÓPEZ VALENZUELA, AGUSTINA

Hacia una redignificación del sistema carcelario uruguayo: perspectivas críticas a la luz del concepto de dignidad humana 197

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

CABRAL, DANIEL

Reseña del libro “Incidencias de la LUC en el Derecho Penal”, de Daniel Cabral y Pedro Montano (coords.) 223



MENSAJE DEL DECANO

MIGUEL CASANOVA
Democracia y Derecho

Mensaje del decano

Democracia y Derecho

Este año, tanto Uruguay como otros estados de nuestro entorno, se encuentran transitando procesos electorales que, en definitiva, determinarán quiénes habrán de liderar su gobierno en los próximos años. Se suele destacar que los resultados de estos procesos inciden muy significativamente en el Derecho porque, en función del partido que resulte vencedor, una u otra ideología política resultará preponderante, lo que indefectiblemente se verá reflejado en el ordenamiento jurídico. Ciertamente, este efecto puede verse claramente en la evolución de nuestro marco jurídico positivo en las últimas décadas. Cabe preguntarse, sin embargo, si ello es deseable y, en su caso como surge evidente, si dicho efecto es evitable o, al menos mitigable.

Parecería que una de las claves de la solución pasaría, como sugería Friedrich Hayek (*"Derecho y Ley"*, 1966), por distinguir “Ley” (Derecho) de “Legislación” (regulación imperativa). Recordaba este pensador austriaco que la idea de “autoridad estatal legislativa” es relativamente reciente en la historia. Hasta hace algunos siglos, el Derecho no era concebido, como es mayoritariamente entendido en la actualidad, como un producto de la actividad legislativa del estado, sino como un conjunto de reglas derivadas de la evolución de las relaciones humanas que tocaba a los juristas descubrir, explicar y articular. De hecho, afirmaba, las personas respetan y hacen respetar las normas jurídicas mucho antes de que sean articuladas por el legislador. Surgen porque posibilitan el orden y la paz social. La tarea del legislador debería consistir entonces, exclusivamente, en formalizar lo ya existente, no en crear algo nuevo.

Es decir que, desde esta perspectiva, no hay que buscar el contenido apropiado de las normas en las resoluciones de la mayoría parlamentaria. Las resoluciones mayoritarias, explicaba Hayek, son producto de una meditación menos cuidadosa y generalmente representan un compromiso que no satisface a nadie y cuando no responden a normas comúnmente aceptadas, se encuentran predestinadas a provocar consecuencias que nadie desea. En la misma línea, el jurista italiano Bruno Leoni (*La libertad y la Ley*, 1961), explicaba que históricamente tanto los juristas romanos como los ingleses compartieron la idea de que la Ley –el Derecho- es “*algo que se descubre*” y que a nadie debe adjudicarse tanto poder como para pretender que se identifique su voluntad con la Ley. La Ley sería, entonces, independiente de la voluntad de las personas que la promulgan.

Desde esta perspectiva, los vaivenes ideológicos que habitualmente sufren los parlamentos, derivados de los ciclos electorales, no deberían tener la incidencia sobre el Derecho que se percibe actualmente. El problema es, según señala Hayek (*Camino de servidumbre*, 1944, p. 47), que desde un determinado momento, el progreso derivado del proceso evolutivo de la sociedad, se empezó a considerar demasiado lento y los principios

que habían hecho posible tal progreso, obstáculos a ser suprimidos para acelerarlo. El desafío, sería pues, mitigar el impulso a buscar soluciones rápidas inspiradas en unas u otras posiciones ideológicas que, en definitiva, son limitadas e incapaces de contemplar las complejas implicaciones de las relaciones jurídicas.

Antes de concluir esta introducción al n° 45 de nuestra Revista de Derecho, debemos recordar muy especialmente al profesor Luis María Simón, quien sorpresivamente nos dejó hace unos días. El profesor Simón fue una figura clave en nuestra Facultad, prácticamente desde sus inicios, reconocido por su dedicación, conocimiento y pasión por la enseñanza del Derecho. Su legado perdurará en todos los que tuvimos el privilegio de aprender de él y trabajar a su lado. Su ausencia se siente profundamente. Su memoria nos seguirá inspirando en la formación de las futuras generaciones de juristas.

Miguel Casanova,
julio de 2024



DOCTRINA

SEBASTIÁN ARIAS MARTÍNEZ

El interés social en cuanto causal de impugnación de asambleas: ¿qué implica contar con su consagración a texto expreso?

JUAN CIANCIARDO

La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo

ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO

Avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa en las Cooperativas Chilenas: perspectivas y experiencias

FRANCISCO J. LETURIA I. Y PEDRO ANGUITA

Derecho a la información: análisis de los diversos criterios de diligencia exigidos para dar por cumplido el requisito de veracidad y acceder a su protección

AGUSTÍN GODOY

El Estado en el mercado: herramientas jurídicas para la intervención en la economía

SEBASTIÁN ARIAS MARTÍNEZ
Investigador independiente (Uruguay)
sebaariasm69@gmail.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2051-4442>

Recibido: 28/12/2023 - Aceptado: 21/05/2024

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

Arias Martínez, S. (2024). El interés social en cuanto causal de impugnación de asambleas: ¿qué implica contar con su consagración a texto expreso?. *Revista de Derecho*, 23(45), 15-34. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.2>

El interés social en cuanto causal de impugnación de asambleas: ¿qué implica contar con su consagración a texto expreso?

15
■

Resumen: El presente trabajo busca analizar qué implicancias tiene el hecho de que nuestra ley de Sociedades Comerciales N° 16.060, en su artículo 365, consagre, a texto expreso, la contravención del interés social como causal de impugnación de Asambleas.

Para ello, se propone al lector una breve reseña de cuales han sido las teorías que la doctrina ha ensayado respecto al contenido del interés social, analizar si existe en nuestro derecho una definición legal del mismo, y finalmente, interpelarnos sobre que implica, cuáles son las consecuencias de que el mismo este contemplado como una causal de impugnación de Asambleas.

Palabras clave: Interés Social; impugnación de Asambleas; artículo 365; Ley de Sociedades Comerciales.

Corporate interest as grounds for challenging the shareholders' meetings: what does its express inclusion in the written law imply?

Abstract: This work seeks to analyze the implications of the fact that our Business Companies Act No. 16,060, in its section 365, expressly provides the contravention of corporate interest as a cause for challenging Shareholders' Meetings.

To this end, we offer a brief review of the theories that academic scholars have written regarding the content of corporate interest, we analyze whether there is a legal definition of this concept in our law, and finally, we ask ourselves about what it implies, what are the consequences of it being included as a ground for challenging Meetings.

Keywords: Corporate Interest; challenge of Shareholders' Meetings; section 365; Business Companies Law.

16

O interesse social como causa de impugnação de assembleias: o que implica sua consagração de forma expressa?

Resumo: O presente trabalho busca analisar que implicações tem o fato de que nossa lei de Sociedades Comerciais N° 16.060, em seu artigo 365, consagre, a texto expresso, a contravenção do interesse social como causa de impugnação de Assembleias.

Para isso, propõe-se ao leitor uma breve resenha de quais foram as teorias que a doutrina tem ensaiado a respeito do conteúdo do interesse social, analisar se existe em nosso direito uma definição legal do mesmo, e finalmente, interpelar-nos sobre o que implica, quais são as consequências de que o mesmo esteja contemplado como uma causa de impugnação de Assembleias.

Palavras-chave: Interesse Social; desafio das Assembleias; artigo 365; Direito das Sociedades Comerciais.

1. Introducción: importancia del tema en análisis

La Asamblea de accionistas es, sin hesitaciones, uno de los órganos fundamentales dentro de la sociedad anónima, ya que, en definitiva, es allí en donde los accionistas, mediante el voto, efectivizan uno de sus derechos fundamentales, tanto así que la ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 (en adelante “LSC”), se refiere a ella como el órgano de Gobierno.

Tal realidad no podría ser diferente, pues en última instancia, son los accionistas quienes, comportan la esencia del fenómeno societario, y ello queda manifiesto desde la propia definición de sociedad comercial que nos ofrece el artículo 1 de la LSC.

En definitiva, y al igual que sucede en el seno del Directorio, en la Asamblea de Accionistas, se llega a conformar nada menos que la voluntad social.

A este respecto, es menester recordar las enseñanzas de Colombres (1959):

No puede válidamente hablarse de “derechos y deberes de la sociedad”. Ello, porque sólo a los seres humanos pueden corresponder derechos y deberes, ya que la conducta de éstos es la única que puede ser regulada por las normas. La diferencia estriba en que los deberes y derechos presentados como de la sociedad, son deberes y derechos que los miembros de ésta poseen en una forma específica, distinta de aquéllas en que poseen otros deberes y derechos sin el carácter de miembros de una persona colectiva (...) La sociedad anónima es un orden jurídico parcial o especial. Un grupo de individuos somete parte de su conducta a un conjunto especial específico de normas jurídicas que determinarán así una forma específica de derechos y obligaciones (...) El órgano es entonces aquella estructura normativa que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o la de varios serán imputados “en sus efectos” a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial (...) En efecto, las personas colectivas, tanto del derecho público como del derecho privado, expresarán la voluntad de los individuos agrupados por el orden jurídico especial a través del sistema orgánico previsto. (pp. 40 – 49)

17

Así, observamos como la sociedad comercial no es otra cosa que un contrato plurilateral y asociativo, en el que diversas voluntades convergen en aras de lograr una voluntad imputable a la nueva persona creada por medio de su asociación.

Por ello, la Asamblea se erige como un órgano sin el cual no puede concebirse a la anónima, y, por tanto, es en sus resoluciones, en donde pueden suscitarse gran parte de las controversias que dan lugar al contencioso societario.

No es novedad, que la LSC consagra el régimen de las mayorías como principio rector para la adopción de decisiones válidas, que luego son imputables a la sociedad, y que como sabemos, obligan a todos los accionistas, aun a aquellos ausentes o disidentes, y por corolario, a quienes adquieran la calidad de tal en forma derivada. Sin embargo, el principio de la mayoría no es un sistema irrestricto, y justamente, por tal motivo, es que el tema en análisis cobra harta relevancia práctica.

Como viene de decirse, es imperativo destacar que, no obstante, el principio de las mayorías, el poder de quienes ostentan dicha calidad no es irrefutable, por el contrario, la propia LSC se encarga de poner coto a posibles abusos de los controlantes respecto

de los accionistas minoritarios, y la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas en el seno de la Asamblea, es un claro ejemplo de ello.

Así el artículo 365 sienta las bases y causales que permiten poner en marcha la acción de impugnación, coincidiendo con Lapique (2019) cuando expresa que la misma “Es con la intervención judicial, uno de los mecanismos más potentes que tiene el accionista para defender sus derechos ante la sociedad y los restantes accionistas.” (p.318)

Debemos recordar, las reflexiones que realiza sobre este punto el López Rodríguez (2015), para quien:

La mayoría es un recurso técnico- práctico, para organizar el funcionamiento de los órganos de las sociedades. El principio mayoritario no se incorpora para el beneficio de un grupo que reúna una mayoría de capital en confrontación con otro que está en minoría. El legislador no ha querido implantar una tutela para mayorías o para los grupos de control de la sociedad, sino, simplemente, un mecanismo para formar una voluntad que pueda ser imputada, luego, al ente societario”. (...) Dentro de ese marco, entonces, parece evidente que la acción de impugnación de asambleas se establece en tutela del interés de las minorías, en tanto si bien la LSC crea un sistema que atribuye eficacia vinculante a las mayorías, condiciona esa eficacia a que las resoluciones respeten la Ley, los estatutos y los reglamentos, satisfagan el interés social y no lesionen los derechos de los accionistas. Si la mayoría se comporta de manera contraria, su voluntad no podrá interpretarse como voluntad social y se podrá impugnar judicialmente lo resuelto en la asamblea. Sin perjuicio de lo dicho, en las disposiciones dedicadas a la regulación de la impugnación de resoluciones de asambleas, la LSC tutela, también, el debido funcionamiento de los órganos sociales y, en especial, el principio de mayorías.” (pp.711-714)

18

Por tanto, lo que se está tratando de transmitir al lector, es que la importancia del tema bajo análisis radica justamente en que, en cuanto las decisiones, tanto de la asamblea como del directorio, son la forma que el ordenamiento jurídico ha encontrado de imputar la voluntad social, va de suyo que se haya implementado un sistema como el de las mayorías a dichos efectos, mas, el legislador no ha dado carta libre a los controlantes, sino que ha buscado, mediante la consagración del instituto de la impugnación, un mecanismo que salvaguarde, no sólo el principio de las mayorías, sino también los posibles abusos que puedan acaecer, tanto por las mayorías que abusen de dicho mecanismo, como de ciertas minorías que impidan la adecuada formación de la voluntad del ente, de ahí que se haya regulado esta acción de impugnación bajo causales establecidas a texto expreso, con un mecanismo procesal de tiempos mucho más abreviados para su sustanciación, y con plazos de caducidad igualmente breves.

Por su parte Albanell Mac – Coll (2017) entiende que existen ciertos límites al poder de la asamblea, para lo cual clasifica varios grupos de normas:

Normas que la ley impone indelegablemente para la creación y funcionamiento del ente, a las que la asamblea tiene la obligación de someterse y los accionistas el derecho de exigir su observancia. La aceptación por éstos de su incumplimiento sería ineficaz, pues no estarían disponiendo de su interés individual, sino de un interés social; (...) las normas que atribuyen derechos a las llamadas minorías. Son aquellas que pueden fácilmente ser confundidas con las normas atributivas de los llamados derechos

individuales, pero que en realidad tienen por función, con en las hipótesis precedentes, la de tutelar el interés del ente. No es exacto que aquí se trate de derechos atribuidos a una minoría frente a una mayoría, ya que todos pueden prevalecerse de ellos, aun cuando hayan integrado la mayoría. (p. 115)

Dicho eso, y sin perjuicio del desarrollo que se hará *infra*, puede observarse con diáfana claridad el por qué nos importa interpellarnos sobre que la lesión del interés social aparezca consagrada dentro del elenco de causales por las que puede ponerse en jaque el principio mayoritario.

Además de que, dicha consagración del interés social, y su lesión como causal de impugnación, ha sido un paso de avanzada que dio el legislador de la LSC, ya que se trata de una solución que no fue recogida de otras legislaciones, que de hecho sirvieron como fuentes de la Ley 16.060.

Así lo plantea, por ejemplo, Lapique (2019) al plantear, con buen tino que;

La posibilidad de impugnar resoluciones que sean contrarias al interés social prevista por el art 365 es una excelente innovación del legislador patrio con relación a lo previsto por la LSCA. El art 251 de la LSCA no prevé la posibilidad de impugnar las resoluciones por ser contrarias al interés social. (p.319)

Por su parte, la Ley española de 1951 establecía en su artículo 67 y 69 que:

“Podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad...”

“Están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación los concurrentes a la junta que hubiesen hechos constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto...”

19

De las disposiciones transcriptas observamos que, aun cuando la Ley española consagraba el interés social como causal de impugnación, a diferencia de la LSC se exigía que el daño fuera en beneficio de uno o varios accionistas, exigencia que no fue recogida por el legislador nacional.

Asimismo, el elenco de legitimados en la ley española, es mucho más acotado que en la Ley 16.060, en donde los miembros del Directorio, del órgano de control interno, y del órgano estatal de control, están igualmente legitimados para iniciar una acción de impugnación.

Este punto es central, e importa por dos grandes cuestiones; en primer lugar, nuestra Ley consagra un nivel más de protección, ya que aun cuando una resolución asamblearia sea adoptada en forma válida desde el punto de vista formal, esto es, aun cuando sea adoptada por mayoría, en consonancia con la Ley y los Estatutos, y aun cuando no se vulneren expresamente derechos fundamentales de los accionistas, la resolución podrá ser impugnada si no respeta el interés social, contando además con un elenco de legitimados mucho más amplio.

Esto nos lleva al segundo punto; la LSC no solo reconoce el interés social, sino que además le otorga un papel fundamental y abre las puertas a un interesante debate: ¿Qué se entiende por interés social? ¿Cuál es su contenido? Y lo más importante ¿Existe una definición legal del mismo?

Como se mencionó, el concepto de interés social no es ajeno en el resto de las disposiciones legales de la LSC, sin embargo, en el seno del artículo 365 cobra una significación mucho más importante, en tanto al poderse impugnar una resolución asamblearia en principio válida por la presente causal, implica, como atinadamente señala Lapique (2019) que:

En estos casos la revisión judicial no puede entrar al análisis de la conveniencia u oportunidad de la resolución considerando la misma como una decisión de negocios, de política comercial, sino que sólo la puede analizar considerando si es tomada en el interés de la sociedad y no de otros intereses como los de algunos accionistas o la mayoría. (p.319)

Por lo tanto, lo primero que deviene neurálgico es repasar las principales cuestiones y planteos que este concepto ha tenido en doctrina.

Desde las teorías negacionistas, hasta aquellas que pretenden otorgarle un contenido unívoco, lo cierto, es que estamos ante un concepto fundamental del derecho societario. En ese sentido se expresa Miller (2016):

El interés social es un concepto central del derecho societario y en particular se ha dicho que en su conceptualización radica uno de los problemas fundamentales en materia de sociedades por acciones. La noción de interés social constituye la génesis y la pauta para resolver el conflicto societario. (p.2)

El problema, o al menos el principal escollo con el que se ha encontrado la doctrina, es que si bien no es un concepto ajeno para el legislador nacional, éste no cristalizó su contenido en una definición única, sino que optó por librar el quehacer al intérprete, de forma que, para saber qué es lo que implica hablar de interés social – como estadio inminentemente anterior a poder determinar cuándo una resolución asamblearia es impugnable por vulnerar el mismo- los legitimados habrán de sentar las bases y probanzas de sus límites, su contenido, y la razón por la que el mismo se ve perjudicado.

En otras palabras, citando al profesor uruguayo:

El interés social es un concepto más fácil de decir que de definir. Porque nace con una ambigüedad intrínseca en su génesis. Tal ambigüedad es consecuencia directa de que el contenido del interés social está muy ligado, teñido podríamos decir de la concepción ideológica que cada autor o escuela de derecho tenga sobre el propósito que debe cumplir la sociedad anónima. (Miller, 2016,p.2)

En primer lugar, debemos, a efectos de tener una visión lo más cabal posible del tema, hacer mención de aquellos que han negado la existencia de un interés social en sí, es decir, considerado como un concepto de carácter propio e independiente.

2. Teorías negacionistas del interés Social como instituto.

En esa línea se ha dicho que lo que hay en el seno de una sociedad comercial, en particular en la anónima, son simplemente intereses individuales de cada accionista, que en última instancia meramente se alinean o confluyen en el momento de suscripción del contrato de sociedad, con el único fin común de perfeccionar dicho contrato.

De esa forma, y a grandes rasgos, podemos decir que, para quienes entienden que no existe un interés social, no solo parten de la idea de la sociedad como contrato, sino que, además, entienden que de tal negocio jurídico no pueden extraerse mayores puntos de coincidencia que la celebración del mismo; en otras palabras, no es posible, para quienes sostienen esta idea, pensar en un interés unívoco y afín a aquellos que conforman el fenómeno societario, más allá de la conformación misma del ente.

Miller (2016) nos recuerda la posición de Colombres (1972), aludiendo que, para este autor, las concepciones del interés social son rechazables, en cierta forma como corolario a su rechazo por las visiones más de corte institucionalista de la sociedad comercial.

Para el autor, reconocer un interés propio de la sociedad no sería posible, en cuanto sería imputarle una suerte de personalidad que no tiene. Asimismo, tampoco sería concebible identificar el interés social con la suma de intereses individuales de los accionistas, ya que, por su heterogeneidad, la presencia de diversos intereses de cada socio, no serían pasibles de una armonización generalizadora, que se tradujera en un único propósito posible de ser imputado al ente societario.

Lo único que este autor vería como común en los accionistas y eventualmente pasible de categorizarse como interés social, sería el móvil de cada uno para conformar la sociedad; mas concluye que “el interés social es ontológicamente ajeno a la normativa societaria.” (Colombres, 1972, p.36)

21

En definitiva, el autor visualizaba un vicio en las diferentes teorías que intentan definir el alcance del concepto, por entender que el camino no puede ser la definición en abstracto seguida de la aplicación práctica, sino que, en todo caso, se debió de establecer su alcance normativamente, para luego sentar la regla; y por tanto niega la existencia de un interés social, ya que es inadmisible una abstracción generalizante.

En sentido coincidente con el anterior, Roimisier (1979) concluye que la sociedad no es titular de ningún interés social; la autora argentina ha sostenido que sólo las personas físicas pueden ser titulares de intereses, y que los mismos son dispares y muchas veces ni siquiera pueden ser conciliables.

Para la mencionada colega, en la sociedad comercial, no hay interés social, sino que el elemento común a los accionistas, el norte por el cual guiarse, estaría dado por el objeto social. (pp.57-59)

En nuestro medio, la doctrina señala a Xavier de Mello (2010) como defensor de la idea de que no existe el interés social, asociando su idea a un principio de buena fe contractual en el seno del contrato de sociedad.

No existe un interés propio de la sociedad como tal, la referencia al interés social deber ser considerada como una simple manifestación del imperativo legal, vigente respecto de todos los contratos, de que se cumpla de buena fe y con la debida diligencia, lo

acordado mediante el mismo. En ese sentido, todo contrato reflejaría el interés, que es común a las partes al celebrarlo, pero no necesariamente después. (...) En el contrato de sociedad, ese interés, que bien puede pasar en determinado momento (...) es llamado interés social, lo que, si bien puede aceptarse como expresión genérica, no debe conducir al error de pensar que la sociedad posee intereses propios, diferentes a los de los socios, lo que conduciría a concepciones transpersonalistas que no compartimos (...) En nuestra opinión, el interés social no puede ser el interés de la sociedad como conjunto organizado de personas, pues ésta, al igual que toda entidad supraindividual, carece ontológicamente de intereses propios. Por el contrario, el orden jurídico atribuye a las sociedades comerciales la condición de sujetos de derecho en interés sobre todo (aunque no solo) de los socios, para facilitarles el logro de los fines que comparten en cuanto tales, y a través de ello, la mejor satisfacción de sus necesidades individuales. (...) En nuestro concepto, solo puede utilizarse la expresión "interés social" para designar aquel interés común –histórico- de los socios que sirvió de fundamento de hecho a la celebración del contrato de sociedad y se plasmó en el contenido del mismo. (...) La expresión "interés social", podrá así ser utilizada nada más que como una manera abreviada de referirse a la obligación de los socios y administradores de actuar de buena fe y con la debida diligencia, conforme al fin social y en el marco de las reglas específicas contenidas en el contrato de sociedad y en la ley. (Xavier de Mello, 2010, pp.95- 110)

Sin perjuicio de ello, se entiende que esta visión ha quedado por demás superada. Es un hecho – irrefutable- que existe el interés social. Lejos de negarlo o cuestionar su independencia, frente a otros elementos presentes en la sociedad, el legislador uruguayo hace eco del interés social en aras de limitar y encausar, el accionar de los diversos actores presentes en la anónima, siendo, en última instancia, una suerte de mecanismo de protección *ex ante*, pero también *ex post* para los involucrados.

Así, por ejemplo, el artículo 50 bajo el acápite de obligaciones y responsabilidades de los administradores reza que "Los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada o controlante en perjuicio de la sociedad administrada...".

El artículo 93, aunque no en forma expresa hace eco de un interés social, cuando impone la obligación de crear y preservar la reserva legal.

Miller (2016) también menciona los artículos 388 y 389 en donde se limita la actividad en competencia con la sociedad de los administradores, lo que en cierta forma sienta bases para entender que el legislador buscó proteger a la sociedad considerada en sí misma.

En forma expresa, se reconoce la vigencia e importancia del interés social en artículos como el 325 – abstención del voto en hipótesis de conflictos de interés-. Aquí no hay dos lecturas, el legislador patrio ponderó el interés social por sobre el ejercicio del voto, cuando éste suponga un daño directo para la persona jurídica, lo que puede apreciarse tanto en el seno de la Asamblea, como del Directorio.

También el artículo 330 cuando reza que "Por asamblea extraordinaria se podrá resolver en casos particulares y cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones..."

El artículo 387 en solución similar al ya referido artículo 50, y por supuesto al artículo 365 que nos convoca.

De manera que, es innegable su importancia, ya que del largo y ancho del articulado citado podemos ir extrayendo algunos contornos más claros de lo que implica el interés social en nuestra LSC.

En tal escenario, se han esgrimido dos grandes corrientes de pensamiento, de las cuales luego se desprenden diferentes variables que buscan definir el interés social, y son las denominadas tesis “institucionalistas” y “contractualistas”.

3. Teorías contractualistas sobre el interés social

Para los contractualistas clásicos, el valor principal sobre el cuál se erige la noción de interés social está dada por la importancia del contrato de sociedad, ahí está el germen de todo. Es donde los contractualistas ponen el foco para arribar a sus conclusiones respecto de lo que ha de entenderse, o, mejor dicho, cómo y con qué alcance ha de concebirse el contenido del interés social.

Es por ello que resaltan o definen a la sociedad comercial como un contrato entre sujetos que aportan capital con un fin común, siendo este último el equivalente al interés social.

De alguna manera, el grueso de esta doctrina se explica desde el momento cero; esto es, desde el negocio jurídico por el cual se da origen a la sociedad comercial, a diferencia de la doctrina institucional que pone el foco en la nueva persona jurídica que se crea a partir de ese negocio.

Así Miller (2016) ilustra y resume con palmaria claridad el principal estandarte de la teoría contractualista,

La sociedad no es dueña, ni tiene, ni está dotada de un interés social propio y diferenciado del de los socios. El interés social no reside en la sociedad ni en el sujeto que nace de ese contrato, sino en quienes participan como partes de ese contrato de carácter asociativo. El interés social es el de los accionistas, a ellos pertenece y ellos son quienes lo definen y le otorgan contenido en cada oportunidad. (p.16)

23

■

En definitiva, lo que se sostiene desde el contractualismo es que hay un fin, un interés unívoco, común y trasportable a todos los accionistas y es ese, el que en última instancia se traduce en el interés social.

Ahora, la cuestión, y de ahí las variantes o matices dentro de esta corriente, está en determinar cuál es ese interés común a todos los accionistas, y, por ende, cuál es el interés social. Se objetiva la idea del interés social; éste es uno, es el común a los accionistas en tanto tales, no otro.

La divergencia, aparecería cuando se trata de determinar cuál es ese interés común a los accionistas. La postura quizás más tradicional y asimismo radical de la teoría, es la que concibe que el interés común de los socios es aquel expresado a través del voto por la mayoría.

En nuestro medio Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2007), se afilan a una visión contractualista del interés social y entienden el mismo como “aquel de los accionistas, compartido por todos ellos: interés de realizar una actividad en común y de obtener beneficios. Se considera interés contrario, todo aquel interés particular que contrarie la consecución del objeto o de la actividad social.” (p.62)

Otras variantes, indican la necesidad de considerar también a socios futuros o eventuales, también quienes dicen que el interés común de los socios sería el interés hipotético que estos tuvieron al momento de suscribir el contrato social, en ese derrotero se ubica Xavier de Mello (2010) cuya postura fue referida *supra*.

Para Galgano (1999), en el contrato de sociedad pueden identificarse al menos tres estadios del interés, uno preliminar, es decir aquel que motiva a los accionistas a asociarse mediante esta modalidad contractual con el fin de que su capital sirva como conducto para el cumplimiento del objeto social pactado en los estatutos, un interés intermedio determinado por la obtención de utilidad, y un interés final, que lleva implícita la idea de la distribución.

En forma más reciente, los postulados derivaron en la teoría de “*Creación de valor para el accionista*” como objetivo común de toda sociedad de capital, y que supone que todos aquellos quienes deciden formar una sociedad poseen la convicción de que el fin está en la maximización económica que comienza con sus aportes.

Ahora, cabe cuestionarse si en efecto, esta idea de maximización del valor para los *stockholders* es en definitiva una cuestión que pueda ser fácilmente extendida a todas las sociedades de capital, y en esa línea, deviene imperante recordar las palabras de Olivera García (2020), quien con buen tino expresa que,

La sociedad anónima, herramienta fundamental para el desarrollo del capitalismo moderno, se transforma, en ocasiones, en un vehículo adecuado para el desarrollo de actividades no lucrativas. Esto ha llevado a gran parte de la doctrina a desplazar el elemento esencial de las anónimas del fin lucrativo a la comunidad de fin entre sus accionistas. Abundan ejemplos en este sentido, entre ellos las bolsas de valores y las sociedades de garantía recíproca, que claramente tienen una finalidad de servicio a sus integrantes. La asimilación entre sociedad anónima y lucro ha dejado de ser una constante. (p.332)

4. Las teorías institucionalistas

Por su parte, la doctrina institucionalista intenta determinar los contenidos del interés social, a partir de la consideración misma de la sociedad como un nuevo ente, distinto de la persona de sus socios, y, por tanto, titular de un interés que le es propio.

Es decir, que, para los sostenedores de esta teoría, el énfasis está puesto en la sociedad como epicentro de la cuestión. En ese sentido reflexiona Casanova (2015), que para los institucionalistas “La sociedad sería, en cambio, una entidad legal autónoma, con un interés independiente al de sus socios. En tal sentido, se consideraba a los administradores agentes de la sociedad como institución, no de sus socios.” (p.22)

Según Casanova (2015) se parte de una interpretación “funcional del Derecho” por la cual,

las sociedades de capital deben tener por objetivo no solamente el beneficio exclusivo de sus socios – “individualismo contractualista”, sino la realización del interés “objetivo e independiente” de la institución societaria, interés que implica contemplar también el interés de los demás *stakeholders* vinculados a la empresa y, justificaría, además, de resultar conveniente, la regulación imperativa de la organización estructural de las sociedades. (p.22)

En cierta manera, esta teoría del interés social, parte de considerar a la sociedad comercial desde su personalidad, como ente propio, se deja atrás el germen contractual que le dio origen y parte desde la sociedad como sujeto. Este sujeto, no estaría ligado, al menos en forma exclusiva, a los intereses de quienes lo conforman, es decir los *shareholders*.

Esta teoría o escuela, surgida en Alemania, implicó en sus albores, considerar que el interés social implicaba “el desarrollo exitoso del proyecto empresarial de la institución”. (Casanova, 2015, p.24)

La matriz institucionalista derivó luego en diversas reformulaciones de los planteamientos iniciales, y así, por ejemplo, se concibió la teoría del interés social como “*el equilibrio de los intereses presentes en la empresa*”, lo que implicaría tener presente los intereses de sujetos distintos de los accionistas.

Posteriormente, los propios defensores de la doctrina institucionalista debieron acudir a nuevos criterios que les permitieran seguir adelante con su defensa, y es allí en donde observamos derivaciones como la teoría de “*conservación de la empresa a largo plazo*”. Finalmente, más modernamente se ha hablado de la “*Responsabilidad social corporativa*” que básicamente postula que:

La sociedad debe tener presente que su actividad influye y afecta a diversos grupos de interés además de los socios, los que, de un modo u otro, también aportan recursos a la empresa (especialmente los *stakeholders* internos). Se ha señalado que este criterio de gobierno corporativo mejora la productividad de las sociedades, puesto que incentiva a sus empleados a trabajar mejor u a respetar más eficazmente las órdenes de sus empleadores. Se propone, en definitiva, pasar de la fórmula de creación de valor para el accionista, a la creación de valor en beneficio de todos los grupos de interés presentes en la empresa. (Casanova, 2015, p.32)

En definitiva, para la doctrina institucionalista, la sociedad comercial es más que un mero contrato asociativo, pues pone énfasis en el nuevo sujeto de derecho que se origina de aquél, y ubica en cabeza de este una suerte de responsabilidad para con el medio social en el que se desarrolla, lo que le impondría tener en cuenta los intereses de los diversos actores de dicho medio que entran en relación con el ente.

Ahora bien, la doctrina ha avanzado en la búsqueda de un contenido objetivo, propio del interés social, y que, por el contrario, se nutre de los postulados de ambas bibliotecas.

Así enseña Olivera García (2020) que nos habla del interés social como:

Aquél que se encuentra alineado con la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los accionistas (actuales, futuros y eventuales) como para los terceros (*stakeholders*). La determinación del interés social no es patrimonio de ninguno de los órganos sociales. Tampoco es exclusivamente el interés común de los socios (...) Cuando la sociedad crea valor y genera incrementos patrimoniales, los socios ven satisfecho su interés personal de percibir los beneficios económicos derivados del incremento producido. (pp.334 y 335)

Esta idea, que de alguna manera sintetiza ambos extremos del debate, en cierta forma busca justamente dar un contenido propio y objetivo al concepto en examen.

5. Interés social como causal de impugnación de asambleas

Sentadas las bases sobre las diferentes construcciones entorno al contenido del interés social, como se dijo *supra*, el mismo cobra importancia en nuestro análisis en tanto está consagrado como una de las causales por las que puede impugnarse una decisión adoptada en el seno de la Asamblea de Accionistas.

La acción de impugnación, que no debe confundirse con la acción de nulidad, aunque en muchos casos pueda ser precedente de la misma, es un mecanismo que logra llevar a la órbita judicial el contenido de una resolución asamblearia, y aunque ambas son herramientas que el legislador ha otorgado para impedir los abusos mayoritarios, ambas acciones difieren no solo en cuanto a sus legitimados, sino también en cuanto a las causales por las que pueden incoarse, los plazos, y por supuesto, sus efectos.

Mientras la sentencia que acoge una acción de nulidad por haberse contrariado la Ley tiene efectos “*ex tunc*”, la sentencia que acoge la acción de impugnación tiene efectos “*ex nunc*”, de manera que, en este último caso, la decisión asamblearia no desaparece.

De manera que si bien ambas acciones son herramientas que permiten una revisión externa de lo adoptado en el seno de la asamblea, ya que en ambos casos será el juez quien determine la suerte final de la misma, compartimos con López Rodríguez (2015) cuando plantea que,

la sentencia que acoja la demanda de impugnación dejara sin efecto la resolución impugnada. La consecuencia no es la misma que la derivada de una acción de nulidad. La sentencia que admite la impugnación solo priva a la resolución de la asamblea de sus efectos hacia el futuro, manteniéndose intangibles, en principio, los efectos que ya hubiera producido. (p.711)

Esta idea, importa sin dudas un grado muy severo de repercusión, máxime si estamos a la regulación otorgada por la Ley, en donde como vimos, existe un amplio elenco de sujetos legitimados, distintos de los accionistas.

Es de orden, mencionar que, la posibilidad de impugnar decisiones asamblearias es un mecanismo que ya se encontraba, en cierta forma, previsto en el viejo código de comercio de 1865, que en su artículo 417 establecía,

Después de instalada la sociedad con la licencia correspondiente, (artículo 405) toda deliberación ulterior de los accionistas contra los estatutos de la sociedad, o que tengan el efecto de que sean violados o que dé a los fondos sociales otro destino, o que transforme la sociedad anónima en otra especie de asociación, es nula y de ningún valor...

Sin embargo, la acción de impugnación tal cual hoy la encontramos consagrada fue resultado de la sanción de la LSC, que como vimos se inspiró en la Ley española de 1951, especialmente en lo que refiere a consagrar la violación del interés social como causal de impugnación.

Ahora bien, si nos centramos en el artículo 365 y siguientes, rápidamente podemos observar algunas diferencias con otros sistemas de derecho positivo, incluido el sistema español.

En cuanto a la consagración, a texto expreso, de la lesión del interés social como causal de impugnación de asambleas, la LSC uruguaya ha sido sin dudas una legislación de avanzada. Si comparamos con ordenamientos jurídicos como el argentino, por ejemplo, podemos observar que, aun cuando el interés social no es un instituto ajeno en la legislación de la vecina orilla, su contravención como causal de impugnación de asambleas, no se encuentra recogida a texto expreso en la Ley de sociedades de ese país (en adelante "LSCA").

En ese sentido, el artículo 251 de la LSCA establece que "*Toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad...*" De manera que, la contravención al interés social no se encuentra contemplada como si lo hace el artículo 365 de la LSC.

27

A su respecto, doctrina y jurisprudencia hacen eco de otra disposición de la LSCA para, en conjunción con el artículo 251, habilitar impugnaciones de resoluciones contrarias al interés social.

Nos explican González Cocorda y Capdevila (2010)

El artículo 248 LSC previene, como regla moral, el conflicto de interés. La ilicitud de la decisión asamblearia en la que predomina un interés extra societario, anómalo y disvalioso, soslaya la exigencia de un daño.

La impugnación de la decisión de la Asamblea, según el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), se encauza por la acción del artículo 251 ya que la regulación del artículo 248 no es autosuficiente de modo de descartar el parámetro genérico. (...) Si a ello que el voto del accionista es un derecho concedido para ser ejercitado dentro de los cánones y las obligaciones que le vienen impuestas por su calidad de socio, entre las que se encuentra la de privilegiar el interés social por sobre el propio –conforme el artículo 248 LSC–, se deduce que el voto emitido en conflicto de interés constituye un caso de abuso de derecho que vicia de nulidad la resolución asamblearia cuando se ha concurrido de manera necesaria a la conformación de la mayoría aprobatoria (...) En suma, la *ratio legis* del artículo 248 LSC impone una condición que genéticamente debe reunir el voto del accionista, de lo cual se deriva su nulidad ante la ausencia de esa condición, y con ella la nulidad del acuerdo logrado gracias al aporte cuantitativamente dirimente que ese voto ha tenido, en tanto expresión convergente, útil y eficiente para

el interés social . (...) De allí se sigue la aplicación, para esta especie de decisiones asamblearias, del artículo 251 LSC. La admisibilidad de la acción de impugnación se extrae lógicamente y ha sido aceptada por la jurisprudencia. (...) La acción de impugnación del artículo 251 comporta la vía procesal idónea para la determinación de la existencia de una violación al deber que pesa sobre el socio, consistente una abstención intencionada del interés contrario. (pp.283- 288)

De lasa (2016) reflexiona que:

Podría concluirse prima facie, (...) que pese al silencio o deficiente redacción del texto del artículo 248, la intención del legislador parecería inclinarse por admitir la declaración de nulidad de la asamblea adoptada en interés contrario. No obstante, la cuestión ha suscitado no pocas controversias a la hora de debatir esta cuestión. Es decir, si sólo resulta admisible una acción resarcitoria contra el accionista que votó teniendo un interés contrario, o si, por el contrario, también podría promoverse la acción de impugnación de la decisión asamblearia en los términos del artículo 251 (pp.3-4).

Desde otro extremo, autores como Boquín y Balonas (2013) han entendido que la causal a ser aplicada no es la contravención al interés social:

Contrariamente a lo sostenido por la mayor parte de la jurisprudencia, la impugnación de asamblea iniciada por accionistas es, en esencia, una acción individual y no social. Sin perjuicio de que el interés social prevalece sobre el individual, al fundarse esta acción en la violación de la ley o estatuto, debe prevalecer la aplicación de la norma legal sobre ambos intereses (...) El accionista impugnante no procura —o al menos no necesariamente— tutelar el interés social, sino el propio al que la mayoría se impuso en forma ilícita (...) Por ello cuando se discute, como ocurre en la impugnación de la asamblea, sobre el apego a la Ley de determinada decisión, poco importa si el interés social prevalece o no sobre el individual, ya que, si la decisión es contraria a la Ley, la misma debe ser anulada, aunque el interés social se vea beneficiado. Y para ello basta con que exista un accionista que tenga legítimo interés para plantearlo, aunque tal interés sea el suyo personal. (pp. 43 – 45)

Este debate ha sido igualmente recogido a nivel de la jurisprudencia argentina.

En “De Carabassa, Isidro c/ Canale S.A. y otra” la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala “B” entendió que, “el análisis del artículo 248 de la Ley 19.550 lleva a concluir que no existe en dicha norma una sanción de nulidad fundada en el conflicto de intereses (...) Si bien es cierto que tal nulidad se desprende de la exposición de motivos de la referida ley (...) no se compadece con los términos de dicha norma (...) este derecho [impugnación de decisión asamblearia] no ha sido consagrado por el art. 248, ya que, conforme sus expresos términos la falta de abstención tiene como sanción propia y específica, la responsabilidad del socio que así procediera, por los daños y perjuicios cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

Sin embargo, en sentencias posteriores, la misma sala adoptó el criterio opuesto. Así en el caso “Milrud, Mario c/ The American Rubbers Co S.R.L” se hizo lugar a la procedencia de la nulidad del acto asambleario, adoptado en contra al interés social, en cuanto se entendió la acreditación de un daño efectivo a la sociedad.

Lo que puede concluirse en este punto es que, a diferencia de lo que sucede en el derecho argentino, al contar con un artículo como el 365 de la LSC, el legislador uruguayo no dejó espacio para el debate sobre la procedencia o no de la acción de impugnación, por el contrario, en el derecho uruguayo el debate ésta en determinar cuál es ese interés social violado.

Respecto al derecho español, cuya Ley de 1951 sirvió de fuente para la disposición en análisis, si bien podemos encontrar varias similitudes en cuanto al tratamiento que se le otorga al interés social, existen ciertas diferencias que amerita destacar. En efecto, al igual que en nuestra LSC, en el derecho español tampoco existe una definición unívoca y expresa del instituto.

Pero tal extremo no ha detenido a la doctrina para llegar a la conclusión que el interés social tiene un valor per se, y que muchas veces sirve como cortapisas al principio de las mayorías.

Así nos dice Arroyo (2002):

El interés social es un valor superior al principio de la mayoría (...) si la disciplina de la impugnación dispone que el acuerdo de la mayoría está supeditado al interés social, ¿Bajo qué parámetros se establece ese criterio de interés social, determinante a la hora de someter el principio mayoritario? La doctrina sobre la validez de los acuerdos, consagrada legalmente, sostiene que los acuerdos de la Junta o del Consejo no son necesariamente válidos porque así lo decidió la mayoría. Por consiguiente, el interés de la sociedad es un valor jurídico superior al de la mayoría. La mayoría social no se identifica con el bien social. (p.1852)

29

Al igual que nosotros, el jurista español se interpela sobre el contenido que llena a la noción de interés social, y en una posición por demás compatible entiende que el interés social no es equivalente al interés de la mayoría, sino que, aun no siendo un concepto contrario a ellas, si se constituye al margen de las mismas, de manera que, aun cuando la Junta – en nuestro caso la asamblea- adopta una decisión en el seno de sus competencias, ella no se traduce en el interés de la sociedad. Concluye que:

Precisamente en materia de impugnación de los acuerdos sociales quiebra la ecuación de identidad entre voluntad social mayoritaria e interés social (...) La mayoría no es soberana, está supeditada al interés social (...) En definitiva, es el Juez, a través de un examen riguroso y teniendo en cuenta todos los elementos, el que debe decidir en cada caso con qué identifica el interés de la sociedad. Para él es una prueba de conocimiento, de investigación de la verdad o del valor social en cada caso. (Arroyo, 2002, p. 1855)

Este es un punto no menor, pues como en el derecho vernáculo, el derecho español tampoco legisló expresamente sobre qué entender por interés social, y, además, su violación es también una causal de impugnación asamblearia.

Así el artículo 204 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 reza:

Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en

beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios...

Esta norma, no obstante, difiere sensiblemente de la entonces recogida de la Ley de 1951, cuya principal diferencia con nuestro artículo 365 radicaba en el giro “*en beneficio de uno o varios socios o de terceros.*” Exigencia no prevista en la LSC, veamos.

Rojo (2011), expresa:

Un acuerdo es lesivo cuando ocasione o sea susceptible de ocasionar un daño a la sociedad, sea un daño patrimonial, sea daño moral. El perjuicio puede producirse en el momento mismo de adopción del acuerdo o producirse más adelante. Es suficiente con que, en el momento de la impugnación, el daño sea cierto, aunque potencial.

La lesión del interés social, siendo requisito necesario, no se traducía en requisito suficiente: se exigía, además, que el acuerdo comportara un beneficio ajeno. Los acuerdos simplemente lesivos para la sociedad, que no redundasen en beneficio de socios o de extraños, no resultaban impugnables. (p.1443)

Y a ello se adiciona, como no podría ser diferente, la existencia de un nexo de causalidad entre el daño y el beneficio.

Este es, sin dudas, un punto no menor al análisis que nos convoca, pues el artículo 365 de la LSC solo exige o requiere que exista un daño al interés social, lo que la convierte en una solución, aunque difícil de probar, mucho más flexible que la análoga disposición española.

Esto se desprende de que, al impugnante de la 16.060 le basta con acreditar el daño al interés social, por ejemplo, si ante una resolución unánimemente votada se decidiera una distribución de dividendos, o la emisión de acciones sectoriales o una emisión de acciones bajo el par, y un director, o un miembro de los órganos de control entendieran que dicha resolución resulta lesiva al interés social, ya sea por razones de oportunidad o mérito, será este último extremo el que deberá ser probado.

En otras palabras, se habrá de probar el por qué se entiende que la decisión es lesiva, mas no se exige tener que probar la existencia de un beneficio en favor de los accionistas que votaron en favor de ella, incluso aunque fuera una resolución unánime.

En ese escenario, lo que puede pasarse en limpio es que la ley uruguaya resulta mucho más amigable para el impugnante.

En esa misma línea de razonamiento se ha expresado, por ejemplo, López Rodríguez (2015), quien lo plantea en los siguientes términos,

Adviértase que la LSC no exige que la lesión del interés social sea acompañada de una intención de causar daño, por lo que habría abuso de derecho y desviación de poder cada vez que el accionista actué para satisfacer intereses particulares y de esta manera se derive, objetivamente, una lesión al interés social. (p.724).

A su vez, también apuntábamos, respecto a que diversos sujetos, pueden iniciar una acción de impugnación, sin necesariamente revestir la calidad de accionistas.

Este es un punto para nada menor, ya que podría llegarse a impugnar soluciones de asamblea que sean unánimes. En concreto, podría llegarse a impugnar, por ejemplo, una distribución de dividendos, si se entiende que mediante la misma se vulnera el interés social.

Reflexiona Pérez Idiartegaray (1993):

La enunciación de los sujetos legitimados para ejercer la acción de impugnación es sumamente amplia y el hecho de que no se haya atribuido exclusivamente en favor de un sujeto determinado para tutelar sus derechos o su interés, ha conducido, a la doctrina mayoritaria, a sostener que se estaría acordando la acción como medio de tutela del interés del ordenamiento jurídico de la sociedad. Por otra parte, el hecho de que no se haya reconocido la legitimación a los terceros, confirma que no se ha querido proteger un interés público, sino solamente el orden jurídico societario. (p.133)

Véase lo crucial del punto, pues en última instancia, aun cuando el cien por ciento del capital integrado resuelva cualquier punto, este podría ser impugnado si cualquiera de los demás órganos legitimados entiende que vulnera el interés societario. De manera que, una vez más observamos como ya no sólo se trata de una acción en beneficio de las minorías, sino también de la propia persona jurídica.

Esta última idea, nos lleva, indefectiblemente, a dar respuesta a la pregunta inicial del presente trabajo: que el interés social esté legislado como causal de impugnación, y que estén legitimados para accionar sujetos distintos de los accionistas, nos está determinando, en forma implícita, cuál es el contenido que el legislador de la LSC entendió tiene el interés social en nuestro derecho.

De hecho, la Ley de Mercado de Valores (en adelante “LMV”) en su artículo 82 estableció “los directores de entidades que realicen oferta pública de valores deberán hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés personal o de un tercero, incluso el del accionista controlante.”

Entendemos que este artículo, sin perjuicio de estar ubicado bajo el acápite de “obligación de lealtad de los directores” y de hacer referencia particularmente a las sociedades que operan en el mercado de valores, sienta expresamente, una base legal que nos permite compartir lo expresado anteriormente, esto es, aún sin existir una definición legal de qué entender por interés social, es claro que ya no cabe referir al interés común de la mayoría.

En cierta forma, el legislador de la LMV, con mayor claridad que en la LSC nos dice, no sólo que hay un interés social, sino, además, que es independiente, propio de la sociedad.

Recordemos que la doctrina se ha ido inclinando por posturas superadoras en materia de interés social, y por corolario, superadoras de la discusión contractualista e institucionalista, llegando así a teorías como la de la creación de valor.

Esta creación de valor, a la postre, beneficia a todos los involucrados, pues como expresa Miller (2016);

Crear valor para la sociedad comercial significa crear valor para sus accionistas (a través de generar mayores dividendos o aumentando el valor de sus acciones) y también significa crear valor para los otros intereses. Obtener ganancias, debe ser interpretada en un sentido amplio de forma tal de comprender bajo ese concepto de ganancias a todo beneficio o utilidad que sea considerada como tal por los socios, conforme así lo hayan determinado en el contrato social. (p.19)

Independientemente de cuál sea el contenido que se entienda pertenece o cabe al concepto de interés social, lo cierto es que, la LSC, tal como está redactada nos indica por donde iniciar en análisis sobre el contenido del interés social y, por ende, de cuando considerar que una resolución asamblearia lo lesionaría, sin perjuicio de que dicho análisis deba ser realizado caso a caso.

6. Consideraciones finales

Por lo expuesto, creemos que una norma como el artículo 365 en análisis, es de suma importancia, en cuanto aporta uno de los principales principios rectores de todo ordenamiento: seguridad jurídica. En efecto, contar con una norma que nos indica que expresamente se pueden impugnar decisiones asamblearias por la causal en examen, es sin duda un factor que aporta firmeza a la hora de accionar y fijar estrategias.

Habrá notado el lector que, en ordenamientos como el argentino, en donde no existe previsión legal como la uruguaya, el punto ha llevado a grandes debates y construcciones pretorianas y de doctrina, para poder llevar adelante una impugnación de asamblea en los términos de contrariedad al interés social.

A la postre, lo aquí someramente expuesto, entendemos, da una pauta de cómo realizar el encuadre práctico del tema; adoptada una decisión asamblearia el interesado en su impugnación deberá de estar a las causales previstas en la norma; y de entender que la resolución, aunque legal, es lesiva del interés social, se abrirá ante el impugnante la labor de fundar y argumentar su postura en función del contenido que entienda hace a la noción del interés social conforme fue desarrollado *supra*.

En última instancia, se trata de un problema de prueba, que permita habilitar y justificar la acción y las eventuales consecuencias que ella puede implicar, pero, ante todo, la causal en análisis es por excelencia uno de los mecanismos más efectivos en materia de defensa, no sólo de las minorías sino también de la sociedad considerada como entidad propia.

Al principio de este trabajo nos interpelamos respecto a qué implica tener esta causal de impugnación expresamente prevista, y lo que podemos concluir es que, lo que implica, no es menos que contar, aun cuando no sea en forma explícita, con una noción sobre cuál es el contenido del interés social en nuestro derecho vigente.

Esta conclusión se desprende no sólo del analizar el artículo 365, sino también del artículo 367, de la LMV y del contraste de la LSC con la Ley española de 1951.

Como mencionábamos *supra*, a diferencia de la Ley española de 1951, fuente de la LSC, el artículo 365 no exige para accionar por violación al interés social, que la misma sea producida por medio de la obtención de un beneficio para un accionista o un tercero.

Además, el elenco de sujetos legitimados para impugnar la resolución es sumamente amplio y transciende la órbita de los accionistas, mas, aun así, no se otorgó legitimación a los terceros.

De manera que, aun cuando podamos entender que el interés social no responde exclusivamente al interés de la mayoría, sino que, por el contrario, estamos frente al interés de la sociedad en sí, es decir al interés de la persona jurídica que nace del contrato social y por tanto es nuevo y distinto, aunque no necesariamente contrario al de los socios, no resulta menos cierto que tampoco estamos frente a un interés público, ajeno a la órbita social.

En otras palabras, no hay un desmedro del interés de los socios, pero estos no son los únicos contemplados por la norma, ya que de ser así no haría ningún sentido que se habilitara la acción de impugnación a los directores, los miembros del órgano de control interno, e incluso a la Auditoría Interna de la Nación.

Esta conclusión nos deriva en otra igualmente importante: La clásica contradicción o antagonismo entre teorías contractualistas e institucionalistas, en efecto han perdido asidero, dando lugar a posiciones de corte intermedio, que en cierta forma logran sintetizar con debida elocuencia las enseñanzas de ambas escuelas.

Así las cosas, somos partícipes de la idea sobre que la LSC es clara sobre que, el interés social es el interés del sujeto de derecho creado por medio del contrato de sociedad, y aunque pueda ser coincidente, no ha de confundirse con el de los accionistas, mas tampoco es un interés público, exclusivo de los *stakeholders*, es decir, tampoco se pierde de vista el contrato social y la importancia de los accionistas.

Por ello es que la teoría de la creación de valor nos parece una de las más ajustadas al instituto en análisis, pero independientemente de ello, y en aras de los que nos ocupa en el presente es que, en efecto, que el interés social sea una causal de impugnación, no hace más que otorgarnos los elementos para arribar a su contenido, sin que haya tenido que ser necesario dar una definición legal que cristalice su alcance, lo que hubiese resultado muy poco útil, pues se trata de un instituto cambiante y que debe de ser evaluado caso a caso para cada sociedad y para cada asamblea que se impugne por dicha razón.

33

Referencias bibliográficas

- Albanell Mac- Coll, E. (2017). Protección de las minorías en la sociedad anónima; en *Revista de derecho comercial/de interés, quinta época*, año II, Número 6.
- Arroyo, I. (2002). Reflexiones En Torno Al Interés Social en *Derecho De Sociedades: Libro Homenaje Al Profesor Fernando Sánchez Calero* Vol. II, Madrid, MC GRAW HILL.
- Boquín, G y Balonas, D. (2013). La impugnación de asamblea es una acción individual en *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Buenos Aires.

- Casanova, M. (2015). *Gobierno Corporativo: primera parte, el interés social*, Montevideo, Universidad de Montevideo.
- Colombres, G. (1959). *La teoría del órgano en la Sociedad Anónima*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot.
- Colombres, G. (1972). *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot.
- De lasa, F. (2016). La contravención del interés social como fundamento para la impugnación asamblearia, en *Revista Argentina de Derecho Societario* - Número 13, Buenos Aires.
- Galgano, F. (1999). *Derecho Comercial*, Santa Fe de Bogotá, Temis.
- González Concordia, G. y Capdevila. (2010). El interés social y el interés contrario del accionista. recensión del artículo 248 según la jurisprudencia, en *XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Mar del Plata.
- Lapique, L. (2019). *Manual de Sociedades Anónimas*, 2da Ed, Montevideo, FCU.
- López Rodríguez, C. (2015). *Impugnación de Resoluciones de Asamblea y Directorio*, en *25 Años de la Ley Uruguaya de Sociedades Comerciales*, Montevideo, FCU.
- Miller, A. (2016). Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial, disponible en UY/DOC/216/2016.
- Rodríguez Olivera, N y López Rodríguez, C. (2007). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, T. 4 Vol.4, 1ra ed., Montevideo, FCU.
- Roimiser, M. (1979). *El interés social*, Buenos Aires, Depalma.
- Rojo, A. (2011). *La Impugnación De Acuerdos en Comentario A La Ley De Sociedades De Capital Tomo I*, España, Civitas.
- Pérez Idiartegaray, S. (1993). *De la Impugnación de las resoluciones de las asambleas*, en *Ánálisis Exegético de la Ley 16,060*, T II, Montevideo, FCU.
- Olivera García, R. (2020). *Ensayos sobre sociedades comerciales*, Montevideo, La Ley
- Xavier de mello, E. (2010). El interés social y sociedad unipersonal, en *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, semana académica, Montevideo, FCU.

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

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

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

JUAN CIANCIARDO

Universidad de Navarra (España)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3719-2512>

jcianciardo@unav.es

Recibido: 04/12/2023 - Aceptado: 04/06/2024

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

Cianciardo, J. (2024). La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo. *Revista de Derecho*, 23(45), 35-52. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.3>

La armonización de los derechos: bases para una propuesta alternativa al conflictivismo¹

35

Resumen: Hace algunos años un conjunto de autores describió y criticó un modo de aproximarse a la interpretación de los derechos humanos que la concibe como tarea consistente en resolver conflictos entre derechos. Esta posición fue denominada “conflictivista”. La crítica tuvo por objeto el concepto de derecho humano que se esconde detrás del conflictivismo, y sus proyecciones sobre el carácter absoluto y universal que se predica de estos derechos tan especiales. En este artículo se pretende dar cuenta del estado actual de esa crítica y de algunas de las objeciones que recibió, y sentar las bases de una propuesta alternativa, la “armonización de derechos”.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, teoría general de los derechos humanos, principio de proporcionalidad, interpretación de los derechos humanos, concepto de derechos humanos, fundamento de los derechos humanos.

1 Una versión anterior de este trabajo fue publicada en Basset, U., Santiago, A. (dirs.); Zúñiga Basset, M. (coord.), *Tratado de Derecho constitucional y convencional de Derecho de familia y de las personas*, Buenos Aires, Thompson Reuters - La Ley, 2022, 195-212. Para esta publicación se actualizó la bibliografía, se agregó jurisprudencia y se procuró mejorar la claridad y la profundidad de la argumentación.

The harmonization of rights: basis for an alternative proposal to “conflictivism”

Abstract: Some years ago, a group of authors described and criticized a way of approaching the interpretation of human rights that conceives it as a task consisting of resolving conflicts between rights. This position was termed “conflictivist.” The critique targeted the concept of human rights that lies behind conflictivism and its projections on the absolute and universal nature that is claimed regarding these very special rights. This article aims to account for the current state of that critique and some of the objections it received, and to lay the foundations for an alternative proposal, the “harmonization of rights”.

Keywords: Philosophy of Law, general theory of human rights, principle of proportionality, interpretation of human rights, concept of human rights, foundation of human rights.

36

A harmonização de direitos: a base para uma proposta alternativa ao conflitualismo

Resumo: Há alguns anos, um conjunto de autores descreveu e criticou uma forma de abordar a interpretação dos direitos humanos que a concebe como uma tarefa que consiste em resolver conflitos entre direitos. Esta posição foi denominada “conflitivista”. A crítica teve como alvo o conceito de direito humano que se esconde por trás do conflitivismo e suas projeções sobre o caráter absoluto e universal que se atribui a esses direitos tão especiais. Neste artigo, pretende-se apresentar o estado atual dessa crítica e algumas das objeções que recebeu, além de estabelecer as bases de uma proposta alternativa, a “harmonização de direitos”.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, teoría general de los derechos humanos, principio de proporcionalidad, interpretación de los derechos humanos, concepto de derechos humanos, fundamento de los derechos humanos.

1. Introducción

En la interpretación de los derechos humanos se juega la viabilidad de “tomárselos en serio” (Dworkin, 1989), de tratarlos como objeto posible de un discurso jurídico, paralelo a los discursos políticos, morales e incluso religiosos que, como es evidente, suscitan (Cianciardo, 2020). Hay varias respuestas a este interrogante.

Para un conjunto de autores, como los derechos se encuentran reconocidos —con alguna excepción— en principios constitucionales, no en reglas, y estos principios tienen un vínculo innegable con la moral y con la política, su interpretación queda en definitiva en manos de estas últimas. Si a esto se agrega que para una parte de quienes adoptan esta perspectiva la praxis política y moral es radicalmente irracional, y para la otra parte la racionalidad u objetividad es mínima o elemental, la conclusión es que no resulta posible una interpretación racional de los derechos, y que lo mejor que podemos hacer con ellos es deterrarlos del discurso jurídico: no pasarían de ser poesía constitucional, o, vistas las cosas con ojos algo más pesimistas, una patología de los sistemas jurídicos actuales que habría que curar (Guibourg, 2002, y Mendonca y Guibourg, 2004).

Esta posición, que propone negar el carácter jurídico de los derechos humanos (su exigibilidad ante los tribunales, su capacidad para ser límite y orientación de la acción de gobierno), tiene pues como uno de sus fundamentos una epistemología muy modesta, que rechaza la posibilidad de conocer aquello que vaya más allá de lo percibido por los sentidos: racionalidad, ciencia y método quedan así identificados: sólo es racional el conocimiento científico, y sólo es conocimiento científico aquel al que se accede a través de los sentidos (Ballesteros 1997; Ollero Tassara 1989). Lo dicho no deja de ser paradójico, al menos desde cierto punto de vista: en nombre de un descriptivismo radical se acaba ocultando o negando la presencia muy evidente de los derechos humanos dentro de las constituciones modernas. La alternativa constructivista no llega a un resultado mejor: quienes postularon en su momento los derechos lo hicieron como contracara, barrera o faro de aquello que se consideraba susceptible de ser construido.

37

Un segundo grupo de autores que niega la juridicidad de los derechos humanos, que no acepta “tomárselos en serio”, lo hace basado en la subordinación del Derecho a la política. Desde esta perspectiva, los derechos son sobre todo una herramienta para ejercer el poder (Laclau, 2006; Laclau y Mouffe, 1987). Entenderlos de otro modo sería, en el mejor de los casos, una ingenuidad. Desde esta perspectiva, no es posible una interpretación técnico jurídica racional, todo lo que hay es una lucha de intereses. Cristina Fernández de Kirchner, ex presidente de Argentina, expresaba esta posición en un discurso de 2006:

“en algún debate anterior mencioné que en determinados medios de comunicación se decía tal o cual cosa en nombre de la República y de la Constitución, porque hacerlo en nombre de los verdaderos intereses sonaba horrible. Por eso a estas discusiones tenemos que desmitificarlas de todo el academicismo que se pretende impregnar o imponer. Señores: ¡son intereses! Aquí, en Estados Unidos, en Europa, con el sistema americano o con el sistema continental europeo, con el sistema de salas o no (...). El Derecho es siempre la expresión de la relación de fuerzas que existe en la sociedad. Siempre se expresa de esa manera”.

La tarea de un jurista honesto con su objeto consistiría, pues, en desenmascarar esos intereses escondidos, ponerlos sobre la mesa, criticarlos y apoyar a los oprimidos². Para quienes sostienen esta posición, los derechos humanos no dan lugar a un discurso jurídico, su “racionalidad” es sólo política.

Un tercer grupo de autores acepta, en cambio, que es posible interpretar los derechos humanos desde un punto de vista técnico-jurídico. Dentro de él, no son pocos los que entienden que los derechos se encuentran en constante conflicto, y que la tarea del intérprete consiste en resolver cuál de los derechos enfrentados debe prevalecer (Eguiguren Praeli, 1992; Ekmekdjian, 1986a, 2000a; Riofrío, 2020). Es una posición que algunos han definido como “conflictivismo” (Cianciardo, 2000, 2007). Se ha objetado a estos autores que cuando esto último ocurre varias de las notas más atractivas de los derechos se pierden, y que incluso se pierde la que quizás es la nota central: el carácter no disponible de cada derecho humano, su condición de absoluto, en el sentido de que aquello que protege lo hace con máxima fuerza, sin que pueda ser desconocido por ninguna razón. Dicho con otras palabras, el conflictivismo asume con carácter inexorable que toda interpretación de los derechos humanos es el resultado de un conflicto entre derechos, y que de este conflicto sólo se sale sacrificando uno de los derechos en juego, con consecuencias negativas para la teoría general de los derechos.

Luego de desarrollar brevemente esto último, en el presente trabajo propondremos las bases de una comprensión alternativa a la “conflictivista”, que algunos han denominado “armonizadora” (Serna Bermúdez y Toller, 2000). Se trata de sentar las bases de una propuesta que, aceptando como el conflictivismo que es posible un discurso jurídico sobre los derechos humanos, no incurra en sus defectos e inconsistencias.

2. La crítica al conflictivismo

El planteamiento conflictivista tiene la ventaja no desdeñable de su simplicidad. Sin embargo, que una descripción sea clara no la hace verdadera. Para un conflictivista, un caso se inicia cuando “A” demanda a “B” afirmando que tiene un derecho 1 con respecto a X y frente a “B” que “B” no ha respetado. “B”, por su parte, contesta la demanda afirmando que tiene un derecho 2 con respecto a “Y” y frente a “A” que no ha sido respetado por “A” o que no sería respetado por “A” en caso de que se hiciera lugar a la demanda. “A”, por ejemplo, demanda a “B” afirmando que su derecho a la privacidad no ha sido respetado por “B”; “B”, por su parte, contesta la demanda afirmando que su derecho a la libertad de expresión no es respetado por “A” o no sería respetado por “A” en caso de que se hiciera lugar a la demanda. El juez conflictivista encargado de resolver el caso afirma que lo que se ha planteado es un conflicto entre el derecho 1 cuyo titular es “A” y el derecho 2 cuyo titular es “B”.

El profesor Pedro Serna publicó en 1994 un artículo que tenía, según explicaba, un doble objeto: “por una parte, formular algunos comentarios acerca de lo que las sentencias dicen y, por otra, efectuar apretadamente unas reflexiones sobre lo que no dicen,

2 Cfr. Kennedy 2010 Laclau y Mouffe 1987; Massini Correas 1986, 2011; Molina Ochoa 2015. Una crítica eficaz en Zambrano 2019.

desde el punto de vista de la teoría de la justicia y de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, proponiendo un modelo de interpretación alternativo al que usualmente se sigue en los casos de colisión entre derechos constitucionales” (Serna Bermúdez 1994, 198). El punto de partida del trabajo fue la descripción de dos sentencias de la Corte Suprema argentina referidas a un caso en el que se encontraban en juego la libertad de expresión y el derecho a la privacidad. Según Serna, el tribunal había resuelto el caso acudiendo a la jerarquización de derechos, una “técnica poco acertada”, vinculada con un análisis “abstracto” del caso, en el que no se evaluó lo que concretamente pedía el actor. Este defecto condujo, además, según el autor, a un “déficit de argumentación”: el tribunal resolvió el caso como si se tratara de un supuesto de derecho a la intimidad, cuando en realidad lo que estaba en juego era algo diferente —aunque relacionado—: el derecho a la privacidad (Zambrano y Cianciardo, 1994). La idea de que era posible jerarquizar los derechos, y a partir de allí resolver los casos constitucionales, se encontraba ampliamente difundida en Argentina por aquel entonces como consecuencia de diversas publicaciones de Miguel Ángel Ekmekdjian (Ekmekdjian, 1986b, 2000b). Este autor definía a los derechos como “coberturas jurídicas de los valores” y proponía un mecanismo de jerarquización entre valores útil, en su opinión, para llegar a una pirámide de derechos que permitiría resolver cualquier conflicto hipotéticamente planteable.

Serna concluía su trabajo proponiendo como alternativa a la jerarquización la “armonización de derechos”: “aunque las constituciones no lo establezcan, el carácter normativo directo que poseen en todos los países de cultura jurídica occidental hace necesario que se interpreten sistemáticamente, haciendo compatible internamente todo su contenido. De lo contrario, habría partes de la Constitución que se opondrían a otras, y por el expediente de la jerarquía unas quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos” (Serna Bermúdez, 1994, 224).

39

Este artículo de Serna, breve en su extensión, dio lugar a otras investigaciones posteriores en las que se ahondó especialmente en la primera de sus vertientes, la identificación y análisis de lo que se denominó “conflictivismo” (Castillo Córdova, 2005; Cianciardo, 2000; Domingo Pérez, 2001; Serna Bermúdez y Toller, 2000; Toller, Fernández Santander, y D’Elía, 2012): se abordaron un elenco de casos, las técnicas empleadas para su resolución, un estudio de sus raíces constitucionales y iusfilosóficas, sus consecuencias negativas, etc. Quedó en buena medida en el tintero una reflexión extensa acerca de la alternativa “armonizadora” a la que se refería Serna en su primer trabajo (y sobre la que insistió en su trabajo con Toller), y a la que algunos autores hicieron una referencia algo marginal más adelante (Aparicio Aldana 2024). En este artículo no se pretende paliar ese déficit. El objetivo, más modesto, consiste en sentar algunas de las bases sobre las que la alternativa mencionada podría quizá construirse.

Una aclaración necesaria: que una reflexión rigurosa haya quedado pendiente no significa que en los trabajos mencionados no se haya avanzado en ella. Esos avances o intentos recibieron diferentes críticas. Algunos autores los criticaron desde el propio “conflictivismo”, señalando que el intento de plantear los casos como hipótesis en las que no hay realmente conflictos entre derechos es una ingenuidad o un mero juego de lenguaje. El profesor Cristóbal Orrego lo hizo, en cambio, “desde fuera” del conflictivismo. Es decir, compartiendo con los autores de esos trabajos la crítica al conflictivismo, pero cuestionando la alternativa propuesta por ellos (esbozada, quizá sea más preciso decir).

3. La crítica del Prof. Orrego a conflictivistas y no conflictivistas

El Prof. Orrego comenzó exponiendo una síntesis de lo que luego desarrollaría: “en el marco de una investigación sobre el razonamiento práctico (ético, jurídico y político) y la especificación del acto moral, se advierte el uso corriente de la categoría del derecho subjetivo y del planteamiento de los casos judiciales sobre derechos fundamentales como casos de conflictos de derechos (o entre derechos y otros bienes) o de aparentes conflictos de derechos o de conflictos entre pretensiones jurídicas. En estos modos de plantear las controversias, se ha perdido de vista el lugar central que ocupa, en la filosofía de la acción (antigua, moderna y contemporánea, de diversas orientaciones filosóficas), el problema de la especificación del acto moral. Se sugiere que esta situación de pobreza argumental es inconveniente, y que puede subsanarse mediante la recuperación del razonamiento práctico que considera como centrales los tipos de acciones y su adecuada descripción” (Orrego Sánchez, 2010), 2).

Si lo interpreto bien, el Prof. Orrego se une al no conflictivismo en su crítica al conflictivismo, pero cuestiona el desarrollo poco satisfactorio que ha hecho el no conflictivismo de una solución alternativa: “el conflictivismo y el no-conflictivismo, que a algunos puede parecerles una contraposición fundamental, persiguen, en realidad, el mismo objetivo con una diferencia de lenguaje. El conflictivismo habla de conflictos (reales) entre derechos, de manera que los derechos deben ser jerarquizados o equilibrados o limitados para resolver los conflictos. Necesariamente se ha de sacrificar (realmente) un derecho fundamental, justificadamente. Este lenguaje implica, quizás, una diferencia de fondo en la concepción ética subyacente: la idea de sacrificar justificadamente un derecho disuelve la comprensión de los derechos humanos como ciertos bienes de cada uno, realmente indisponibles e inviolables. Por su parte, el no-conflictivismo habla de conflicto solamente aparente de derechos, o bien de conflicto y contraposición de pretensiones jurídicas. Entonces nunca es necesario sacrificar un derecho fundamental para favorecer al que pesa más, en concreto o en abstracto, o al que es intrínsecamente superior según una determinada jerarquía de derechos. Solamente es necesario determinar el significado y alcance real de cada derecho, lo cual, si se realiza mediante un razonamiento jurídico universalizable, demuestra que realmente no chocaban los derechos mismos, sino que una de las partes tenía una pretensión no cubierta por el derecho fundamental al cual apelaba” (Orrego Sánchez, 2010).

En mi opinión, se trata de una observación acertada. Quien pretenda rechazar el conflictivismo basado en la idea de que los derechos no pueden chocar entre sí porque ello equivaldría a afirmar que alguien tiene y no tiene derecho se enreda en un juego de palabras que se resolvería de modo sencillo poniendo en claro de qué se habla en cada momento. Ciertamente, el conflictivismo incurre en un defecto lógico (Toller 2005, 2012, 2013), pero no es ese su problema central, ni el más atractivo desde el punto de vista de la teoría de los derechos.

Orrego propone “no perder de vista la teoría de la acción humana”, y razonar no en “términos de oposición entre derechos fundamentales”, sino “de acciones debidas o indebidas según justicia o, si si incorporamos las restricciones institucionales del derecho positivo, según la justicia conforme al derecho” (Orrego Sánchez, 2010). Las jerarquizaciones, sostiene este autor, “consideran solamente los bienes (o intereses)

protegidos por el enunciado abstracto de los derechos fundamentales, lo cual lleva a la arbitrariedad a la hora de señalar uno como absolutamente superior a los otros. Esto se debe al olvido del contexto de acción donde cobran significado de justicia o de injusticia los actos que tratan con esos bienes (...). La frontera que divide lo justo y lo injusto no tiene que ver con los bienes (o intereses) afectados, ni tampoco, por tanto, con los derechos fundamentales que se enuncian para amparar esos bienes en un sistema jurídico de protección que ha optado por la categoría de los derechos fundamentales para expresar y asegurar el respeto a lo que es justo" (Orrego Sánchez, 2010). Por otro lado, las ponderaciones "cuando no equivalen a la jerarquización, se olvidan de los tipos de acciones en general y se remiten a un cálculo *ad casum*. Aparentemente, esta solución incurre en el defecto contrario: le da demasiada importancia al contexto de acción. Sin embargo, lo hace de tal manera que ya no tiene sentido usar ni la categoría de los derechos humanos, ni la especificación abstracta de actos siempre injustos, para salvaguardar la justicia y proteger determinados bienes debidos a cada uno" (Orrego Sánchez, 2010, 2011).

La búsqueda de esta solución alternativa a la conflictivista se asienta sobre algunos presupuestos: a ellos me referiré en el siguiente epígrafe.

4. Algunos presupuestos de una teoría armonizadora

4.1. Dos coincidencias

41



Los estudios a los que se hizo referencia en los dos epígrafes precedentes comparten una conclusión: el conflictivismo priva de sentido a los derechos humanos. Esto es así porque el atractivo central de la idea de derechos radica en su universalidad y en su carácter absoluto: es decir, en el hecho de que se fundamentan en la condición de ser humano (el título del derecho radica en el caso de los derechos humanos en su fundamento: la dignidad), y en que aquello que protegen lo protegen sin excepciones: no hay fin, por más elevado que a primera vista pueda parecer, que justifique su anulación o violación. Sin universalidad y sin tutela incondicionada los derechos humanos acaban siendo idénticos al resto de los derechos: su reconocimiento, garantía, protección y promoción en nada diferirían, en última instancia, de la que tienen derechos cuyo título es positivo o convencional.

Una segunda conclusión que se relaciona con el carácter absoluto también suscita la adhesión de los autores mencionados, aunque en un grado tal vez menor: resulta muy difícil asegurar la racionalidad de los procedimientos de ponderación o jerarquización a los que acuden los conflictivistas para zanjar los conflictos. Tanto uno como otro acaban reconociendo que los límites de un derecho provienen de los límites de otro derecho o de bienes públicos: todos los límites son, entonces, límites externos al derecho mismo (Cianciardo, 2002). El problema es que la definición de los límites del derecho que —se asume— limitarían al derecho cuya interpretación se pretende depende asimismo de este último, porque también ese derecho encontraría su límite en los restantes derechos que lo circundan. Se trata de una circularidad viciosa, que en un buen número los casos se acaba zanjando con un golpe sobre la mesa: el derecho o el bien alegados por la mayoría

se impone sobre el derecho que no cuenta con ese respaldo. Un buen ejemplo puede ser, al menos desde el punto de vista de la metodología de resolución, el caso al que se refirió el Prof. Serna en el trabajo mencionado al comienzo (otros ejemplos pueden encontrarse en Cianciardo, 2000, cap. 1).

Estas dos críticas se asientan, a su vez, en una comprensión de los derechos humanos que no pone su significado focal en la idea de derecho subjetivo ni en la de norma, sino en la de bien, y de acuerdo con la cual los bienes que constituyen objetos de los derechos son incomensurables. A continuación se desarrollará cada uno de estos puntos, que son la plataforma sobre la que debería construirse una propuesta armonizadora alternativa a la conflictivista. El desarrollo será necesariamente breve: cada uno de ellos podría haber sido objeto de un tratamiento extenso e independiente.

4.2. Los derechos humanos como derechos subjetivos

La definición de los derechos humanos como derechos subjetivos es problemática, en buena medida porque la misma definición de derecho subjetivo lo es. El origen de la noción, como señala Villey, se encuentra en Occam y en Hobbes (Villey 1979). Hobbes, concretamente, propone la existencia de un estado de naturaleza original en el que todos los hombres habrían sido titulares de un *jus omnium in omnia*, un derecho a cualquier cosa, a todas las cosas. Según este autor, ese estado de naturaleza original habría dado lugar, como es bien conocido, a una gran inestabilidad, a una “condición de guerra de todos contra todos”: “en semejante condición, cada hombre tiene derecho a cualquier cosa, incluso en el cuerpo de los demás. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza permite vivir a los hombres” (Hobbes, 1998) I, 14). De allí este autor extrae lo que denomina “un precepto o regla general de la razón” que define con las siguientes palabras: “cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra” (*ibidem*). Se trata de una ley que tiene dos fases: “buscar la paz y seguirla”, y “defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles” (Hobbes, 1998) I, 14).

De esta “ley fundamental de la naturaleza” se deriva otra: “que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo”. Alguien “transfiere o renuncia a su derecho” “en consideración a cierto derecho que recíprocamente le ha sido transferido, o por algún otro bien que de ello espera” (Hobbes, 1998) I, 14).

Dentro de este contexto surgen dos leyes contrapuestas, la segunda en subsidio de la primera. La primera impone la búsqueda de la paz. La segunda, frente a la imposibilidad de la paz, impone la búsqueda de la propia supervivencia. La búsqueda de la paz implica el sacrificio del derecho propio. La reducción del derecho permite equilibrar en esos casos —que acaban siendo todos los casos— el derecho de uno con el de otro, y es el costo inevitable que el sujeto paga para hacer que su derecho sea posible.

Como consecuencia de la interacción entre las dos leyes los conflictos entre derechos son, pues, inevitables, e inevitable es la asunción de un sacrificio que recorte el alcance de cada derecho para hacer posible su vigencia al menos limitada. Dicho con otras palabras, todo derecho lleva insita una vocación expansiva que tiende a proteger cualquier conducta que el sujeto desee abrigar bajo su paraguas, hasta el límite constituido por otro derecho contrapuesto a él. Se trata en cada caso de un recorte del derecho general de libertad inicial. Se parte entonces de un conflicto entre el derecho subjetivo de una persona, por ejemplo, la libertad de expresión, y el derecho subjetivo de otra persona, siguiendo con el ejemplo, el derecho al honor. Se afirma, a continuación, que los límites del primer derecho provienen de los límites del segundo derecho. Sin embargo, lo cierto es que los límites del segundo derecho surgen, también, de su colisión con el primer derecho (y con otros derechos). Se produce así un caso de circularidad viciosa (la definición de un derecho conduce a otro derecho, y la de este último al primero) que sólo puede quebrarse dando un golpe sobre la mesa, prefiriendo un derecho sobre todo sin que puedan darse razones que justifiquen esa preferencia (cfr. Rivas, 2018).

La búsqueda de una argumentación alternativa debe procurarse tomando como punto de partida no lo que pretenden los hipotéticos sujetos titulares de los derechos que se discuten, sino la búsqueda de cuáles son los bienes humanos básicos que constituyen el objeto de esos derechos, y cuáles las conductas debidas o exigibles a otros sujetos o a la comunidad en su conjunto para que esos bienes sean respetados como tales en el contexto concreto en el que el problema se discute (sobre los problemas que plantea la identificación entre aspiraciones y derechos, cfr. Pereira Sáez, 2017). Como afirmó Strauss respeto de los “derechos naturales”, e interpretando a Aristóteles: “toda acción está relacionada con situaciones particulares. En consecuencia, la justicia y el derecho natural residen, por decirlo así, más en las decisiones concretas que en las reglas generales (...). En cada conflicto humano existe la posibilidad de una decisión justa basada en la completa consideración de todas las circunstancias, decisión requerida por la situación” (Strauss, 1965; sobre la relación entre derecho natural y derechos humanos, cfr. Orrego Sánchez, 2019).

43

Una consecuencia de esto que aquí se propone es el carácter limitado del catálogo de derechos: como los derechos humanos no son derechos subjetivos *more moderna*, entonces su catálogo no es ilimitado. Es decir, no cualquier pretensión es un derecho humano, sino sólo aquella que tenga por objeto un bien humano básico, pretensión que se fundamenta en la dignidad humana y que tiene como título esa misma dignidad (cfr., más extensamente, Cianciardo 2020). No ocurre esto con la mayoría de los derechos, que no son por eso “humanos” o “fundamentales”: el título es diferenciable del fundamento, sea este próximo o remoto.

4.3. Los derechos humanos no son normas iusfundamentales

Quien proponga la armonización verá en las normas de derecho fundamental principios, es decir, puntos de partida de la argumentación jurídica, y no reglas ni derechos. Estas distinciones permiten afirmar que hay conflictos de principios, que se resuelven a través de la ponderación (Alexy, 2021), incluyendo como parte de ella la prudencia (Serna Bermúdez, 2014), y conflictos de reglas, que se resuelven a través de criterios específicos provistos por la teoría general del Derecho —especialidad, jerarquía,

temporalidad, competencia (Cianciardo, 2003)—, pero no hay conflictos de derechos. Los derechos no son, desde esta perspectiva, el punto de partida de la argumentación, sino su punto de llegada, el resultado armonioso de la resolución de los conflictos entre principios y/o de los conflictos entre reglas, que surge de un diálogo, de un ir y venir de la mirada entre los hechos del caso y las normas —entendidas en sentido amplio, como un entramado de principios, reglas y procedimientos (cfr. Alexy, 2004)—.

Los derechos humanos son reconocidos sobre todo en los principios constitucionales o convencionales. La práctica totalidad de los textos constitucionales tienen una parte dedicada a ese reconocimiento, y la totalidad de las declaraciones sobre derechos humanos lo tienen por objeto central (Cianciardo, 2017; Hervada 1982). En algunos textos constitucionales, como el argentino, existe una cláusula que reconoce la existencia de derechos no enumerados en los principios de la Constitución (Carpio Marcos, 2000). La jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país ha hecho uso de esa cláusula para reconocer el derecho a la vida o el derecho a la salud, entre otros (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1980). En los principios existentes o implícitos de las constituciones y los tratados sobre derechos humanos se reconocen derechos (Etcheverry 2019, 2020; De Fazio (coord.), 2021; Laise, 2019; Zambrano, 2014; Zambrano y Cianciardo, 2019). Ese reconocimiento, no obstante, es sumamente amplio en su formulación: los principios carecen de un supuesto de hecho concreto, claro, bien determinado (Martínez Estay 2019). Y otro tanto ocurre con la consecuencia jurídica. De esto surge que la posibilidad de un conflicto entre el supuesto de hecho de dos principios es real, incluso en no pocos casos evidente. Sin embargo, en esos supuestos de hecho no está aún el derecho humano concreto al que esos principios se refieren. Falta la especificación o determinación. Esta insuficiencia es incluso más clara en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales (Martínez Estay 2010).

44

4.3. Los derechos humanos tienen por objeto bienes incommensurables

El modelo conflictivista asume que es factible comparar un derecho con otro, y decidir cuál de los dos es, en abstracto o en el caso concreto, el que debe prevalecer. Esta decisión se toma evaluando las consecuencias o la utilidad de una y otra alternativa (dejar de lado uno u otro derecho). En el caso de que se acuda a la jerarquización, el resultado dependerá del lugar relativo que ocupe uno y otro derecho en la tabla jerárquica preexistente de valores o bienes (Cianciardo, 2008); si, en cambio, se recurre a la ponderación o al *balancing*, se buscará la determinación en el caso del peso que tiene cada uno de los derechos en juego (cfr. Aleinikoff, 1987, 2010; Fernández Nuñez, 2017; Fried, 1963; Jackson, 2015; Martínez Zorrilla, 2009; Moreso, 2002; Presno, 2016; Scanlon, 2020; Toller, Fernández Santander, and D'Elía, 2012; Webber, 2014; Scanlon, 2020).

El modelo armonizador, en cambio, considera que los derechos tienen por objeto bienes que son incommensurables. ¿Qué significa que son incommensurables?: “que no existe ninguna medida aplicable a todos ellos, porque no comparten ningún rasgo que pueda darse en mayor o menor grado en función del cual pueda hacerse esa medición” (Boyle, 2002; Pereira Sáez, 2013). Como consecuencia de esta característica, respecto de los derechos no contamos con una medida común que nos permita medir a uno u otro

para conocer o determinar cuál de los que están en juego en un caso concreto es más extenso, o pesado, o merecedor de respeto en caso de colisión. Desde esta perspectiva, cada uno de los bienes que constituye el objeto de un derecho humano es un fin en sí mismo, y no puede ser sacrificado por otro, por importante que parezca³.

Este presupuesto enlaza con otro rasgo de los derechos: la incommensurabilidad es indispensable para que los derechos tengan carácter absoluto, es decir, para que pueda afirmarse que en el Estado constitucional de Derecho hay actos intrínsecamente prohibidos (Finnis, 1993). Esto no significa que los derechos protejan cualquier conducta —por ejemplo, no cualquier expresión forma parte de la esfera de funcionamiento razonable del derecho a la libertad de expresión (Martínez-Pujalte, 1997)—, sino que aquella conducta especificada como debida a un sujeto por ser objeto de un derecho humano debe ser tutelada como debida a él con carácter definitivo, fuerte, sin excepciones. Dicho con otras palabras, no hay razón alguna, por importante que pueda parecer, que justifique constitucionalmente la falta de reconocimiento, protección, garantía y promoción de esa conducta.

5. Una aplicación concreta: pandemia, proporcionalidad y justificación de lo injustificable

En síntesis, en un Estado constitucional no hay ninguna razón que justifique la violación o anulación de un derecho humano. Ni siquiera la preservación de otro derecho humano. En ese “carácter absoluto” de los derechos humanos radica su atractivo central. Su contenido es limitado, pero no es limitable. Dicho con otras palabras, los derechos son “fines en sí mismos”, no medios que puedan sacrificarse en aras de otro fin, cualquiera sea la importancia que se le atribuya. Resisten incluso la voluntad de las mayorías que quieran negarlos o derrumbarlos: son, según una feliz expresión de Ronald Dworkin, “cartas de triunfos políticos en manos de las minorías” (Dworkin, 1989).

45

La especificación del contenido limitado pero ilimitable de cada derecho no se encuentra realizada en la Constitución —allí no hay más (ni menos) que fórmulas que sirven como punto de partida—, sino que surge como fruto de una tarea colectiva, de un diálogo que tiene lugar, sobre todo, aunque no únicamente, en los parlamentos y en los tribunales. Es allí donde se discute el alcance de cada derecho, su esfera de funcionamiento razonable, ese núcleo que constituye su esencia. Se trata de un diálogo que remite a la Constitución, a un “modo de ser” particular, el del ser humano, y a las circunstancias históricas, que influyen estirando o acortando ese contenido.

¿Funciona este modo de entender la relación entre Poder y Derecho (el Derecho como límite del Poder) cuando nos enfrentamos a una emergencia como la que se generó, por ejemplo, con la pandemia causada por el Covid 19? Hay quienes responden con una negativa: la emergencia no nos dejaría otro camino que optar por unos u otros derechos. Pretender lo contrario no sería más que una ingenuidad. La respuesta del Estado constitucional es diferente: un sí rotundo. Desde esta última perspectiva, la emergencia

3 Cfr., al respecto, la excelente tesis doctoral de Machín Mezher 2024, con un desarrollo muy amplio de este tema en el capítulo 4 y en alguna medida en el 5, aunque desde una perspectiva no totalmente coincidente con la que aquí se expone.

es parte de la Constitución, y por eso encontramos en ella herramientas que conducen a conjurarla garantizando el respeto de los derechos humanos. Se trata de mecanismos tendientes a simplificar el proceso de toma de decisiones, sobre la base de que las emergencias requieren respuestas urgentes, con debates acotados que no se extiendan demasiado en el tiempo. Un ejemplo de este tipo de herramienta lo encontramos en el estado de sitio establecido dentro de la Constitución argentina. Se dice en el artículo 23, concretamente, que:

En caso de commoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”

Por otro lado, en los períodos de emergencia es posible suspender el ejercicio de un grupo de derechos humanos, y restringir más intensamente otros. Respecto de lo primero, puede tomarse como ejemplo lo establecido en el artículo 27 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos:

Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9) Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20) Derecho a la Nacionalidad); 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión (Cfr. Steiner y Uribe, 2014, 677-686).

El uso de esta herramienta está sujeto a límites. Como surge del texto precedente, no todos los derechos se pueden “suspender”, e incluso en el caso de que fuera posible hacerlo, de lo que en realidad se trata es de restricciones más intensas de los derechos que las que serían constitucionalmente aceptables en períodos de normalidad, no

de violaciones⁴. Esas restricciones de carácter excepcional son aceptables solo si se relacionan directamente con el logro de un fin relevante (la superación de la pandemia, por ejemplo), si no existe otro medio eficaz para alcanzar ese fin, y si la importancia del fin justifica el costo que supone. Dicho con otras palabras, el respeto del principio de proporcionalidad —con sus subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (cfr. sobre este tema, entre muchas referencias, Santiago 2021)— es, pues, condición necesaria para que restricciones de derechos como las que ocurrieron durante la pandemia por COVID-19 no violen el Estado constitucional de Derecho.

Esta última es una de las claves de lectura de los distintos debates que se generaron en los diferentes países a raíz de la pandemia: una parte de la discusión giró en torno al enfoque constitucional que debía darse a los cuestionamientos generados por la aparición progresiva de medios para combatir el COVID-19 menos restrictivos de los derechos que los que se emplearon en el inicio de la pandemia (al comienzo no se contaba con suficientes respiradores, mascarillas, retrovirales, etc., ni se conocía al virus más que muy superficialmente: todo esto cambió a los pocos meses, e incluso luego aparecieron las vacunas). Cabe afirmar, en este sentido, que los estados de alarma o de excepción que en un momento pudieron haber sido considerados necesarios o indispensables dejaron luego de serlo, a medida que aparecían esos medios alternativos.

También estuvo en cuestión la existencia de un buen balance entre los costos y los beneficios de las medidas adoptadas, en especial luego de que comenzara a advertirse cada vez con mayor nitidez la presencia de costos muy altos que fueron apareciendo de modo lento, pero inexorable (fue el caso, por ejemplo, del incremento de la violencia intrafamiliar⁵ o de las enfermedades de salud mental, de modo primordial en el segmento de la población infanto-juvenil⁶).

47

Más allá de que se comparta o no la posición política de quienes tuvieron en sus manos la gestión de esta emergencia, lo que entre otras cosas se puso sobre la mesa fue la necesidad de estar alerta. Gobiernos y ciudadanía fueron víctimas de una peligrosa tentación autoritaria, consistente en justificar el sacrificio de algunos derechos (por ejemplo, la libertad de tránsito, el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión) para preservar otros (por ejemplo, el derecho a la salud). Gobernantes cansados, incompetentes o incluso perversos pueden acabar justificando lo injustificable. Y pueden recibir incluso el apoyo de una parte de la ciudadanía, que, presa del temor, asienta mansamente a la pérdida de porciones importantes de libertad. El conflictivismo no es inocuo: sus consecuencias, como se ha intentado mostrar aquí, son negativas. La alternativa armonizadora, cuya construcción es una tarea continua —porque cambian las circunstancias en las que se lleva a cabo y cambia nuestro conocimiento de los principios que la inspiran— y colectiva (cfr. una aplicación concreta de este criterio en Santiago 2020), es la única que permite asegurar de modo consistente los derechos fundamentales.

4 Cfr. Corte IDH. El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

5 Cfr., por ej., Colcha-Ramos, Córdova-Requena, and Salguero-Abarca 2020; Sánchez Ramírez and Gómez Macfarland 2020; C. Zambrano 2021.

6 Cfr., por ej., Aguirre 2021; Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano 2021.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, A. (2021). "Pandemia y Salud Mental." *Contenido salud* 8.
- Aleinikoff, A. T. (1987). "Constitutional Law in the Age of Balancing." *Yale LJ* 96: 943.
- Aleinikoff, A. T. (2010). *El Derecho Constitucional En La Era de La Ponderación*. Lima: Palabra.
- Alexy, R. (2004). *El Concepto y La Validez Del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2021). "La Construcción de Los Derechos Fundamentales." In *Principios y Proporcionalidad Revisitados*, ed. Federico De Fazio. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 23–42.
- Aldana, A. y Karina, R. (2024). "Crítica a La Jerarquización y Ponderación de Derechos Fundamentales Desde Una Perspectiva Jerarquizadora." *UNED. Revista de Derecho Político* 119: 187–213. <https://orcid.org/0000-0002-7145-3731>.
- Ballesteros, J. (1997). *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*.
- Boyle, J. (2002). "Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good." *Am. J. Juris.* 123.
- Carpio Marcos, E. (2000). "El Significado de La Cláusula de Los Derechos No Enumerados." *Cuestiones Constitucionales* (3): 3–25.
- Castillo Córdova, L. (2005). "¿Existen Los Llamados Conflictos Entre Derechos Fundamentales?" *Cuestiones Constitucionales* 12: 99–129.
- Cianciardo, J. (2000). *El Conflictivismo En Los Derechos Fundamentales*. Pamplona: Eunsa.
- Cianciardo, J. (2002). "Los Límites de Los Derechos Fundamentales." *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, ... 7: 197–220.
- Cianciardo, J. (2003). "Principios y Reglas: Una Aproximación Desde Los Criterios de Distinción." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (108): 891–906.
- Cianciardo, J. (2007). *El Ejercicio Regular de Los Derechos Constitucionales. Análisis y Crítica Del Conflictivismo*.
- Cianciardo, J. (2008). "La Jerarquización de Los Derechos." *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* VII(14): 11–15. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.
- Cianciardo, J. (2017). "Problemas Que Una Nota Esencial de Los Derechos Humanos Continúa Planteando a La Filosofía Del Derecho." *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 75(1999): 83–91. doi:10.15581/011.75.83-91.
- Cianciardo, J. (2020). *La Cultura de Los Derechos Humanos. Razón, Voluntad, Diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Colcha-Ramos, L. A., Córdova-Requena, L. E., and Salguero-Abarca, E. G. (2020). "Violencia Intrafamiliar Durante El Período de Confinamiento Por Pandemia COVID-19." *IUSTITIA SOCIALIS* 5(3). doi:10.35381/racji.v5i3.1091.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. 1980. *Saguir y Dib*.

- Domingo Pérez, T. (2001). *¿Conflictos Entre Derechos Fundamentales?: Un Análisis Desde Las Relaciones Entre Los Derechos a La Libre Expresión e Información y Los Derechos al Honor y La Intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos En Serio*. Barcelona: Ariel.
- Eguiguren Praeli, F. J. (1992). “¿Tienen Todos Los Derechos Humanos Igual Jerarquía?” *Ius et Veritas* 3(4): 3–6.
- Ekmekdjan, M. A. (1986a). “El Orden Jerárquico de Los Derechos Individuales En Un Interesante Fallo.” *El Derecho*. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacj870227-ekmekdjan-orden_jerarquico_derechos_individuales.htm?bsrc=ci# (March 10, 2021).
- Ekmekdjan, M. A. (1986b.) “El Orden Jerárquico de Los Derechos Individuales En Un Interesante Fallo.” *El Derecho*. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacj870227-ekmekdjan-orden_jerarquico_derechos_individuales.htm?bsrc=ci# (March 10, 2021).
- Ekmekdjan, M. A. (2000a). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda*. Buenos Aires: Depalma.
- Ekmekdjan, M. A. (2000b). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda*. Buenos Aires: Depalma.
- Etcheverry, J. B. (2019). “An Approach to Legal Principles Based on Their Justifying Function.” *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 32(02): 321–42. doi:10.1017/cjlj.2019.18.
- Etcheverry, J. B. (2020). “Una Aproximación a Los Principios Jurídicos Desde Su Función de Fundamentación.” *Civilistica.com* 9(1): 1–30.
- De Fazio (coord.), F. (2021). *Principios y Proporcionalidad Revisitados*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Fernández Nuñez, M. (2017). “La Ponderación: Análisis de La Situación Del Debate En España.” 40: 355–84. doi:10.14198/DOXA2017.40.15.
- Finnis, J. (1993). “Aristoteles, Santo Tomás y Los Absolutos Morales.” *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 28: 9–26.
- Fried, C. (1963). “Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court’s Balancing Test.” *Harvard Law Review* 76(4): 755–78.
- Guibourg, R. (2002). *Deber y Saber. Apuntes Epistemológicos Para El Análisis Del Derecho y La Moral*. México: Fontamara.
- Hervada, J. (1982). “Problemas Que Una Nota Esencial de Los Derechos Humanos Plantea a La Filosofía Del Derecho.” *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*.
- Hobbes, T. (1998). *Leviathan*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Jackson, V. C. (2015). “Constitutional Law in an Age of Proportionality.” *Yale Law Journal* 124(8): 3094–3196.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Laclau, E. (2006). *La Razón Populista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Laclau, E., and Mouffe, C. (1987). *Hegemonía y Estrategia Socialista. Hacia Una Radicalización de La Democracia*. Madrid: Siglo XXI.
- Laise, L. D. (2019). "Libertad de Conciencia y Objeción de Conciencia de Establecimientos Privados de Salud: Bases Conceptuales Para Su Interpretación Constitucional." *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 40: 317–52.
- Machín Mezher, J. (2024). "El Debate Sobre Los Conflictos Entre Derechos. Una Aproximación Desde El Principio de Proporcionalidad, La Incommensurabilidad y La Doctrina Del Doble Efecto." Universidad de Navarra.
- Martínez Estay, J. I. (2010). "Los Derechos Sociales de Prestación En La Jurisprudencia Chilena." *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 16(30): 1–22. doi:10.4067/S0718-09342002005100014.
- Martínez Estay, J. I. (2019). "Los Conceptos Jurídicos Indeterminados En El Lenguaje Constitucional." *Revista de Derecho Político* 1(105): 161. doi:10.5944/rdp.105.2019.25272.
- Martínez Zorrilla, D. (2009). "Alternativas a La Ponderación. El Modelo de Susan L. Hurley." *Revista Espanola de Derecho Constitucional* 29(86): 119–44.
- Martínez-Pujalte, A. (1997). *La Garantía Del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Massini Correas, C. I. (1986). "Los «derechos Humanos» Desde La Perspectiva Marxista. Consideraciones Críticas." *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 14: 141–57.
- Massini Correas, C. I. (2011). "El Cierre de La Razón En El Derecho. Duncan Kennedy y La Crítica de La Racionalidad En La Aplicación/Interpretación Jurídica." *Persona y Derecho* 64(I): 121–41.
- Mendonca, D., and Guibourg, R. (2004). *La Odisea Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano. 2021. "Las Cifras de La Salud Mental En Pandemia." *Ministerio de Salud y Protección Social- Boletín de Prensa No 761 de 2021* 1(1).
- Molina Ochoa, A. (2015). "Estudios Críticos Del Derecho." In *Enciclopedia de Filosofía y Teoría Del Derecho*, , 435–58.
- Moreso, J. J. (2002). "Guastini Sobre La Ponderación." *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (17): 227–49.
- Ollero Tassara, A. (1989). "Derechos Humanos y Metodología Jurídica." In Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Orrego Sánchez, C. (2010). "Supuestos Conflictos de Derechos Humanos y La Especificación de La Acción Moral." *Revista Chilena de Derecho*: 311–42.
- Orrego Sánchez, C. (2011). "Un Juicio Justo: La Especificación Del Juicio Legal En La Filosofía Jurídica Analítica, La Hermenéutica Iusfilosófica y La Teoría de La Ley Natural." *Anuario Filosófico* 44(3): 543–64.

- Orrego Sánchez, C. (2019). "Los «derechos Humanos»: Su Aceptación En La Doctrina Sobre El Derecho Natural Por Javier Hervada." *Supplement to Acta Philosophica FORUM* 5(2).
- Pereira Sáez, C. (2013). "Sobre La Incommensurabilidad de Los Bienes Básicos En J. Finnis." In *Ley, Moral y Razón. Estudios Sobre El Pensamiento de John M. Finnis a Propósito de La Segunda Edición de Ley Natural y Derechos Naturales*, ed. J. B. Etcheverry. México: UNAM, 43–56.
- Pereira Sáez, C. (2017). "Los Nuevos Derechos: ¿la Clausura de Un Ciclo?" *Persona y Derecho* 75: 93–114. doi:10.15581/011.75.93-114.
- Presno, M. (2016). "Una Crítica al Uso de La Teoría de La Ponderación En Los Conflictos (Aparentes) Entre Derechos Fundamentales." In *Liber Amicorum: Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, ed. AAVV. Oviedo: Ediciones Universidad de Oviedo, 575–87.
- Riofrío, J. C. (2020). "Alcance y Límites Del Principio de Jerarquía. Criterios Para Jerarquizar Derechos, Valores, Bienes y Otros Elementos." *Derecho PUCP* (84): 189–222. doi:10.18800/DERECHOPUCP.202001.007.
- Rivas, P. (2018). "Política, Poder y Derecho. La Noción Hobessiana de Soberanía En La Encrucijada de Sentido de Lo Jurídico y Lo Político." *Anuario Filosófico* 51(1): 11–33.
- Sánchez Ramírez, M. C., and Gómez Macfarland, C. A. (2020). "Violencia Intrafamiliar, Una Visión Internacional Ante La Pandemia Por Covid-19." *Mirada Legislativa* 191. 51 ■
- Santiago, A. (2021). "Pandemia y Dignidad de La Persona Humana. Algunas Consideraciones Iusfilosóficas." *Revista Cubana de Derecho* 1(1): 36–52.
- Scanlon, T. (2020). "Rights, Balancing, and Proportionality." In *Human Rights in Times of Illiberal Democracies, Liber Amicorum in Memoriam of Stavros Tsakyrakis*, eds. Lucy Kioussopoulou, Marialena Tsirli, and Panayotis Voyatzis. Athens: Nomiki Bibliothiki, 1–15.
- Serna Bermúdez, P. (1994). "Derechos Fundamentales: El Mito de Los Conflictos. Reflexiones Teóricas a Partir de Un Supuesto Judicial Sobre Intimidación e Información." *Humana Iura: suplemento de derechos humanos* 4: 197–234. doi:10.5354/0719-5249.1987.43662.
- Serna Bermúdez, P. (2014). "Presupuestos Programáticos Para La Elaboración de Un Concepto Hermenéutico-Ontológico de Derecho." *Revista Portuguesa de Filosofia* 70: 205–30.
- Serna Bermúdez, P., and Toller, F. (2000). *La Interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: La Ley.
- Steiner, C., and Uribe, P., eds. (2014). *Climate Change 2013 – The Physical Science Basis Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario*. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung. doi:10.1017/CBO9781107415324.004.
- Strauss, L. (1965). *Natural Rights and History*. University of Chicago Press.
- Toller, F. (2005). "La Resolución de Los Conflictos Entre Derechos Fundamentales: Una Metodología de Interpretación Constitucional Alternativa a La Jerarquización y al

Balancing Test." In *Interpretación Constitucional*, ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: Porrúa.

Toller, F. (2012). "Los Derechos in Concert: 'metodologías Para Tomar Decisiones Armonizadoras En Casos Entre Derechos y Bienes Constitucionales'." In *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos: Teoría y Aplicaciones En La Interpretación de Los Derechos Constitucionales*, ed. Juan Cianciardo. México: Porrúa.

Toller, F. (2013). "La Imposibilidad de Las Colisiones Entre Derechos: Aplicaciones Del Principio de No Contradicción a La Hermenéutica Constitucional." In *Interpretación y Ponderación de Los Derechos Fundamentales En El Estado Constitucional*, ed. Antonio Flores Saldaña. México: Tirant Lo Blanch.

Toller, F., Fernández Santander, A. and D'Elía, D. (2012). "Justicia En La Toma de Decisiones y Discrecionalidad Estatal. La Armonización de Derechos y Bienes Públicos Mediante Un Análisis de Razonabilidad a Partir de Un Caso de Vacunación Obligatoria." *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 66(66/67): 109–46.

Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía Del Derecho. Definiciones y Fines Del Derecho, Tomo I*. Pamplona: Eunsa.

Webber, G. C. N. (2014). "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship." *Can. J. L. & Jurisprudence* 23: 179. doi:10.1525/sp.2007.54.1.23.

Zambrano, C. (2021). "Violencia Intrafamiliar En Tiempos de Confinamiento Por COVID 19: Una Revisión Sistemática." *Revista Perspectivas Metodológicas*.

Zambrano, P. (2014). "Principios Fundamentales e Inteligibilidad Del Derecho: Entre El Realismo Semántico y Una Teoría Objetiva Del Bien y de La Acción." *Díkaion* 23(2): 423–45. doi:10.5294/dika.2014.23.2.8.

Zambrano, P. (2019). "Convencionalismo Jurídico e Inteligibilidad Del Derecho. El Uso Como Espejo de Las Fuentes Sociales En La Teoría Jurídica de Andrei Marmor." *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 42: 35–61. doi:10.14198/DOXA2019.42.02.

Zambrano, P., and Cianciardo, J. (1994). "¿Es Censura El Control Judicial Preventivo." *El Derecho* 155: 787–92.

Zambrano, P., and Cianciardo, J. (2019). *La Inteligibilidad Del Derecho*. Buenos Aires, Madrid: Marcial Pons.

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

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

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

ISNEL MARTÍNEZ MONTENEGRO

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0322-1071>

Universidad Católica de Temuco y Universidad de las Américas (Chile)

imartinez@uct.cl

Recibido: 14/4/2024 - Aceptado: 29/05/2024

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

Martínez Montenegro, I. (2024). Avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa en las Cooperativas Chilenas: perspectivas y experiencias. *Revista de Derecho*, 23(45), 53-67. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.4>

Avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa en las Cooperativas Chilenas: perspectivas y experiencias

53

Resumen: En este artículo se analizan los avances y desafíos del principio de responsabilidad social corporativa (RSC) en las cooperativas chilenas, con el objetivo de realizar un análisis comparativo con la experiencia española. La metodología jurídica que orientó el estudio fue análisis jurídico-comparativos, histórico-lógicos y de análisis de contenido. Se llega a la conclusión de que en España la responsabilidad social está positivizada y respaldada por consideraciones constitucionales, lo que ha permitido un sólido desarrollo legislativo y una estructura estatal, que en Chile, el movimiento cooperativo ha experimentado con altibajos, aunque se observan avances legislativos en materia laboral y ambiental y la existencia del Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible es de vital importancia promover la responsabilidad social en las empresas y en especial en el sector cooperativo, aunque aún falta un mayor impulso estatal y una legislación más sólida en materia de cooperativismo con una visión que apunte a potenciar la responsabilidad social corporativa.

Palabras claves: Responsabilidad social corporativa, Cooperativas, Desarrollo social.

Progress and challenges of the corporate social responsibility principle in Chilean Cooperatives: perspectives and experiences

Abstract: This article analyzes the progress and challenges of the corporate social responsibility (CSR) principle in Chilean cooperatives, with the aim of conducting a comparative analysis with the Spanish experience. The legal methodology used for the study was comparative legal analysis, historical-logical analysis, and content analysis. It is concluded that in Spain, social responsibility is enshrined in law and supported by constitutional considerations, which has allowed for solid legislative development and a state structure. In Chile, the cooperative movement has experienced ups and downs, although there have been legislative advances in labor and environmental matters. The existence of the Social Responsibility Council for Sustainable Development is of vital importance to promote social responsibility in companies, especially in the cooperative sector. However, there is still a need for greater state impetus and more solid legislation on cooperatives with a vision aimed at promoting corporate social responsibility.

Keywords: Corporate social responsibility, Cooperatives, Social development.

54

Avanços e desafios do princípio de responsabilidade social corporativa nas Cooperativas Chilenas: perspectivas e experiências

Resumo: Neste artigo, são analisados os avanços e desafios do princípio da responsabilidade social corporativa (RSC) nas cooperativas chilenas, com o objetivo de realizar uma análise comparativa com a experiência espanhola. A metodologia jurídica que orientou o estudo foi a análise jurídico-comparativa, histórico-lógica e de análise de conteúdo. Chega-se à conclusão de que na Espanha a responsabilidade social está positivada e amparada por considerações constitucionais, o que permitiu um sólido desenvolvimento legislativo e uma estrutura estatal. No Chile, o movimento cooperativo tem experimentado altos e baixos, ainda que se observem avanços legislativos em matéria trabalhista e ambiental e a existência do Conselho de Responsabilidade Social para o Desenvolvimento Sustentável seja de vital importância para promover a responsabilidade social nas empresas e, especialmente, no setor cooperativo, embora ainda falte um maior impulso estatal e uma legislação mais sólida em matéria de cooperativismo com uma visão que aponte para reforçar a responsabilidade social corporativa.

Palavras-chave: Responsabilidade social corporativa, Cooperativas, Desenvolvimento social.

1. Introducción

El principio de responsabilidad social corporativa implica la prevención, gestión y mitigación de los impactos negativos, incluso dentro de la cadena de suministro global (Ramírez, Alemán, Herrera y Antequera, 2022, p. 96). Las autoridades públicas, incluida la Unión Europea, desempeñan un papel crucial al respaldar y alentar a las empresas a operar de manera responsable (Correa, 2007, p.89). En las últimas décadas se han implementado acciones tanto voluntarias como obligatorias para promover la responsabilidad social corporativa, como la adopción de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre distintas tipologías empresariales y la implementación de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible (Naciones Unidas, 2011).

La Comisión Europea define la responsabilidad social corporativa como la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad, lo que implica integrar preocupaciones sociales, ambientales, éticas, de consumo y hasta de la protección de los derechos humanos en su estrategia y operaciones comerciales (Barroso, 2008, p.79). La estrategia europea renovada para la responsabilidad social corporativa del año 2011 combina enfoques horizontales y específicos para sectores y áreas políticas determinadas. Además, en marzo de 2019, la Comisión publicó un documento detallando el progreso en la implementación de la responsabilidad social corporativa, los principios aplicables para las empresas y los estándares de derechos humanos relacionados (Comisión Europea, 2019).

El gobierno de Chile ha dado un paso significativo en el fortalecimiento del sector cooperativo al crear el Instituto Nacional de Asociatividad y Cooperativismo (Resolución RAEX202300136, 2023), lo que representa un hito importante para respaldar y fomentar el cooperativismo en el país. Este instituto tiene como objetivo principal atender las necesidades de las cooperativas, especialmente aquellas ubicadas en regiones, que representan el 78% del total y que hasta ahora no han recibido un impulso significativo debido a la falta de interés público y apoyo institucional para su desarrollo (Ministerio de Economía, Turismo y Fomento, 2023).

55

Aunque el impulso al cooperativismo mediante la creación del Instituto Nacional de Asociatividad y Cooperativismo es significativo para el respaldo y fomento de este sector en el país; se debe destacar que este impulso debe estar acompañado del principio de responsabilidad social. Hasta la fecha no se ha demostrado un compromiso integral con el desarrollo económico y social del país, por no existir previamente una estrategia que integre el sector cooperativo con las manifestaciones de responsabilidad hacia su entorno. De ahí que, una de las misiones del Instituto será promover el cooperativismo en los ámbitos público y privado, fortaleciendo el sector mediante la coordinación entre instituciones, asesoramiento técnico y creación de herramientas de apoyo. Este enfoque adaptado a las necesidades territoriales específicas de las cooperativas especialmente fuera de la Región Metropolitana, representa un avance importante para Chile al reconocer al cooperativismo como un modelo económico generador de empleo, valor y democracia económica.

El principio de responsabilidad social corporativa en el contexto de las cooperativas constituye un tema de relevancia creciente en la agenda empresarial y social de Chile. En un entorno económico globalizado y cambiante (Schäfer, 2023), donde las prácticas

empresariales son cada vez más escrutadas por su impacto social y ambiental, las cooperativas emergen como actores claves en la búsqueda de soluciones sostenibles y equitativas (Antúnez, 2023).

Chile, con su diversidad económica y social, enfrenta desafíos particulares en la integración de la responsabilidad social en el ámbito cooperativo. Desde la perspectiva de la Comisión para el Mercado Financiero chileno, se identifican tres áreas sectoriales donde las cooperativas tienen mayor preponderancia: socios productores, trabajadores y consumidores (Comisión para el mercado financiero, 2024). Estas áreas abarcan una amplia gama de actividades económicas y sociales, desde la producción agrícola hasta la prestación de servicios de consumo (Vallaey, 2020, p. 316).

El contexto chileno presenta una serie de particularidades que influyen en la implementación efectiva de la responsabilidad social en las cooperativas. La falta de un marco legal claro y de un trabajo intersectorial coordinado representan obstáculos significativos para el desarrollo sostenible de estas organizaciones en el país. Las diferencias de tratamiento legislativo no solo plantean desafíos teóricos, sino que también obstaculizan el desarrollo del movimiento cooperativo (Sacristán, 2020, p.243).

Aunque, a pesar de los desafíos, las cooperativas en Chile han demostrado su capacidad para contribuir al desarrollo económico y social, particularmente en las zonas rurales. Su modelo de propiedad conjunta y gestión democrática las posiciona como vehículos de cambio y progreso en comunidades menos favorecidas (Croley, 2023).

56

Desde la ciencia, autores como Ribeiro y Sampaio (2023) han analizado las experiencias de la responsabilidad social en la institucionalidad cooperativa chilena. Por otro lado, Navarro, Rubio, Lavado, Minnicelli y Acuña (2017) han demostrado que este principio ha descansado históricamente en condiciones vinculadas a la voluntariedad de dichos entes y en el desarrollo de experiencias desde el ámbito educativo. En este contexto, esta investigación tiene como objetivo realizar un análisis comparativo con la experiencia española basada en el principio de responsabilidad social en el ámbito cooperativo.

La investigación se sustenta en una metodología jurídica que incluye análisis jurídico-comparativos, histórico-lógicos y de análisis de contenido. A través de este enfoque, se busca identificar las mejores prácticas que puedan contribuir a la homogeneidad y al fortalecimiento del principio de responsabilidad social en cada una de las formas de las cooperativas chilenas, con miras a su desarrollo sostenible y al cumplimiento de sus fines sociales y económicos.

2. Desarrollo

2.1 El Cooperativismo y el principio de Responsabilidad Social: Un Análisis Comparativo desde la Perspectiva del derecho español.

El problema de acceso limitado a financiación más allá del crédito bancario afecta a las empresas sociales, incluyendo las cooperativas. Sin embargo, en Europa está surgiendo un mercado de inversores que buscan objetivos sociales además de rentabilidad financiera.

El Reglamento (UE) 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos estableció un marco jurídico común en la Unión Europea (Reglamento 346, 2013).

En este artículo se analizará la configuración de estos fondos y su capacidad para incentivar la inversión en cooperativas. Se considera a los fondos de emprendimiento social europeos, como una nueva forma de inversión colectiva destinada a empresas de la economía social, son una vía interesante para financiar cooperativas necesitadas de herramientas de capital en un mercado globalizado. Aunque algunos puedan ver estos fondos como una mercantilización de las cooperativas, representan una herramienta atractiva que destaca los principios característicos de las cooperativas y no de las sociedades de capital. Por lo tanto, estos fondos son considerados una herramienta valiosa para las cooperativas sin comprometer su papel en la economía social (Altzelai, 2021).

El cooperativismo ha sido fundamental para el crecimiento y progreso de zonas rurales y aisladas, es un movimiento colaborativo y solidario con un impacto significativo en las comunidades donde se establece. En España se ofrecen ejemplos destacados de los efectos positivos del cooperativismo, tanto en el ámbito socioeconómico como en el histórico-cultural.

El principio de Responsabilidad Social Empresarial se encuentra estrechamente vinculado al cooperativismo, ya que ambos comparten sinergias en diversas áreas, incluyendo la normativa y la práctica. En este sentido, los agentes económicos deben cumplir con ciertas responsabilidades sociales, como la promoción de la igualdad, la inclusión social y el desarrollo sostenible, aspectos que son especialmente relevantes para el cooperativismo.

57

El cooperativismo se destaca por su compromiso socialmente responsable, es parte integrante de la Economía Social. Se reconoce la existencia de un tercer sector económico, que actúa como un agente intermedio entre el sector privado con fines de lucro y el sector público.

En España, la Economía Social se define como aquellas empresas privadas que operan en el mercado produciendo bienes y servicios, con una distribución del beneficio y toma de decisiones que no están ligadas directamente al capital aportado por cada socio. La Economía Social se caracteriza por la participación democrática de todos los socios, independientemente de su aporte económico (Flores y Medina, 2018, p. 109). Estas consideraciones delinean el papel y la relevancia de la Economía Social, donde los miembros actúan de manera colaborativa y democrática para satisfacer sus necesidades comunes, se establecen así los principios asociativos de la organización (Llanez y Sacristán, 2021, p. 261).

En el caso de España, el principio de responsabilidad social encuentra respaldo en una serie de fuentes normativas que abordan diversos aspectos relacionados con el ámbito laboral, ambiental, de derechos humanos y de contenido social. Estas normativas ofrecen un marco institucional diverso que contribuye a comprender el panorama particular de la responsabilidad social en el país (Ramírez, Alemán, Herrera y Antequera, 2022, p. 98).

En primer lugar, la Constitución de España (Constitución española, 1978) establece la relación entre la economía y el interés general, lo que sirve como elemento de conexión

en la responsabilidad social. Esta conexión refleja la importancia de que la actividad económica esté alineada con los objetivos de bienestar social y desarrollo sostenible.

Lo anterior queda respaldado en la exposición de los motivos de la Ley de Cooperativas española (Ley 27, 199) al exponer que en apartado 2 de su artículo 129 la Constitución Española, insta a los poderes públicos a promover las sociedades cooperativas mediante legislación adecuada. Esto impulsa al legislador a considerar la necesidad de canalizar las iniciativas colectivas que generan riqueza y empleo estable.

El fomento del cooperativismo facilita la integración económica y laboral en el mercado, conciliando los requisitos de rentabilidad y competitividad con los valores arraigados en las cooperativas. Se argumenta que estas pueden armonizarse con las demandas del mercado para evitar un divorcio entre la realidad y la ley lo que refuerza el respaldo al principio de responsabilidad social. El objetivo de una nueva ley sería garantizar que los valores históricos del cooperativismo se ajusten adecuadamente a la búsqueda de rentabilidad y éxito empresarial de los socios. Además, esta ley permite la creación de cooperativas de iniciativa social, las cuales tienen un impacto significativo en áreas como la salud, la educación y la inclusión, aspectos que son fundamentales para la responsabilidad social de las cooperativas.

En este sentido la Ley de Economía Sostenible española (Ley 2, 2011) contribuye al desarrollo sostenible al integrar aspectos relacionados con el medio ambiente y la declaración expresa del principio de responsabilidad social en el capítulo VI con todo el desarrollo en que se realiza en los 4 apartados del capítulo 39. Esta Ley refleja el compromiso del gobierno español con la promoción de prácticas empresariales sostenibles y socialmente responsables.

58

El citado precepto 39 aborda la promoción de la responsabilidad social de las empresas, destacando acciones específicas para incentivar su incorporación y desarrollo. Se establece que las Administraciones Pùblicas deben promover la responsabilidad social difundiendo conocimientos y mejores prácticas, así como estimulando el estudio de sus efectos en la competitividad empresarial. El Gobierno va a desarrollar una metodología integral que permita a las empresas autoevaluar y mejorar su responsabilidad social, tomando como referencia las mejores prácticas y estándares internacionales en la materia. Se detallan los objetivos que deben abordar estas políticas, como transparencia en la gestión, buen gobierno corporativo, respeto a los derechos humanos, igualdad de género, accesibilidad universal, entre otros, según las recomendaciones del Consejo Estatal de la Responsabilidad Social Empresarial (Ley 2, 2011).

En este contexto, la legislación establece que las Administraciones Pùblicas deben promover la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes. Grosso modo, el Gobierno de España tiene la responsabilidad de desarrollar y poner a disposición de las empresas y organizaciones elementos que les permitan definir la estructura y funcionamiento de una herramienta de autoevaluación de responsabilidad social, variables mediante las cuales las organizaciones puedan medir y cuantificar su nivel de responsabilidad social; así como marcos de referencia que guíen a dichas organizaciones en la elaboración de informes de sostenibilidad. Todo esto con el objetivo de proporcionar a los agentes económicos las herramientas necesarias para poder

evaluar su desempeño en responsabilidad social de manera voluntaria y transparente (Ley 2, 2011).

Estas características, indicadores, modelos o referencias deben abordar aspectos como la transparencia en la gestión económica, el buen gobierno corporativo, el compromiso local y medioambiental, el respeto a los derechos humanos, la mejora en las relaciones laborales, la promoción de la integración de la mujer, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Estos lineamientos se basan en las recomendaciones del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.

Otras normativas relevantes es la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, que establece la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, y el Real Decreto Legislativo 1, que promueve la inclusión de personas históricamente excluidas en el mercado laboral (Ley Orgánica 3, 2007). Igualmente, aborda indirectamente el principio de responsabilidad social al establecer mandatos para los agentes económicos en el cumplimiento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, particularmente en el acceso igualitario al trabajo. Por ejemplo, la normativa establece el deber para los empleadores de garantizar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso al empleo, la formación, la promoción profesional y las condiciones laborales en su artículo 5. Para alcanzar estos objetivos, la legislación requiere a los empleadores la elaboración y aplicación de planes de igualdad, que sirvan como mecanismo para materializar el mandato legal y promover la equidad en el entorno laboral.

El Título VII de dicha normativa se aborda la realización de acciones de responsabilidad social relacionadas con la igualdad por parte de las empresas, las cuales pueden ser negociadas con representantes de los trabajadores, organizaciones de consumidores, asociaciones de defensa de la igualdad u organismos de igualdad. Específicamente, se regula el uso de estas acciones con propósitos publicitarios. En este mismo título, en el contexto de la responsabilidad social corporativa, se promueve activamente la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las empresas, estableciendo un plazo razonable para lograr este equilibrio. El objetivo principal de esta medida es que la selección de consejeros se base principalmente en el talento y el desempeño profesional, sin que el género sea un obstáculo en el proceso de elección para garantizar la imparcialidad.

Igualmente, el Gobierno español contribuye a la promoción de la responsabilidad social al establecer políticas públicas de apoyo y la creación de un fondo de sostenibilidad que respalda la implementación de prácticas socialmente responsables por parte de los agentes económicos. En resumen, España cuenta con un marco normativo diverso que respalda y promueve la responsabilidad social en diferentes ámbitos, lo que refleja el compromiso del país con el desarrollo sostenible y el bienestar social.

El tratamiento normativo en España contempla la existencia del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (Real Decreto 144, 2021), un órgano asesor adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social. Este consejo tiene como objetivo principal impulsar y fomentar la responsabilidad social de las empresas en el país.

Entre sus funciones se encuentra la búsqueda de homogeneidad en los informes de responsabilidad social que las empresas hacen públicos. Con la inclusión del Ministerio

de Derechos Sociales y Agenda 2030 en el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas mejorará su complementariedad con el Consejo de Desarrollo Sostenible y contribuirá al diseño y la implementación de políticas, estrategias y acciones que promuevan la diversidad, la responsabilidad social y la sostenibilidad.

El legislador español ha mostrado interés en regular la responsabilidad social como un fenómeno de interés público que busca soluciones a aspectos estructurales relacionados con las personas, las empresas y especialmente las cooperativas como actores económicos. Estos esfuerzos reflejan la necesidad de incluir estas temáticas en el ordenamiento jurídico y hacer que sean vinculantes para estos sectores de una manera más integral.

2.2 El principio de Responsabilidad Social en el Tejido Cooperativo Chileno: La necesidad de un enfoque más integral

En Chile, el principio de responsabilidad social está en proceso de desarrollo, ya que las empresas han ido adoptándolo gradualmente a través de los reconocidos *Instrumentos de Responsabilidad Social Empresarial*, que inicialmente son incorporados de manera voluntaria (Navarro, Rubio, Lavado, Minnicelli y Acuña, 2017, p.66. Sin embargo, existen ciertas normativas que indican su tratamiento incorporado, pero de una forma poco sistematizada en el ordenamiento jurídico nacional.

La historia revela que las prácticas socialmente responsables tienen una larga tradición en Chile, se remontan a los primeros años de la República (Pimienta, Cosme y Calderón, 2022). Ejemplos de ello son la creación de la Sociedad Protectora de la Infancia y la Sociedad de Instrucción Primaria en 1856, iniciativas lideradas por voluntarios y asociaciones religiosas con el fin de mejorar la educación y el bienestar social (Benedetti, 2019, p.37).

En el siglo XX, las empresas comenzaron a participar activamente en asuntos de responsabilidad social, principalmente a través de donaciones personales de ejecutivos, accionistas y propietarios a instituciones benéficas y obras sociales, muchas de ellas vinculadas a la Iglesia Católica u otros movimientos. Este proceso se ha desarrollado en dos etapas: una marcada por valores filantrópicos y otra en la que las empresas adoptan un compromiso social institucionalizado y más amplio (Giniger, 2014, p. 54).

En el caso del cooperativismo en Chile, la responsabilidad social ha ganado relevancia, especialmente en cooperativas de ahorro y crédito. Un estudio reciente indicó que más del 50% de estas cooperativas consideran la responsabilidad social como un modelo de gestión útil, mientras que el 31% la ven como una oportunidad. Esto demuestra cómo el principio de responsabilidad social está emergiendo como una forma de destacar la contribución social de las cooperativas en Chile (Server y Villalonga, 2007).

La manera en que se aborda la responsabilidad social no toma en cuenta aspectos constitucionales que puedan motivar a las empresas o cooperativas a actuar de manera socialmente responsable. Esto se evidencia en el artículo 19 N° 21, el cual señala que las únicas restricciones a la actividad económica son la moral, el orden público y la seguridad nacional.

Sin embargo, existen normativas nacionales que reflejan el alcance de este principio. En el ámbito laboral, la Ley de Inclusión Laboral establece que las empresas con más de 100

trabajadores deben contar con al menos el 1% de personas en situación de discapacidad. Asimismo, el Código Laboral exige a los empleadores con 20 o más trabajadoras proveer una sala de cuidados para hijos menores de dos años.

En materia ambiental, la Ley Marco para la Gestión de Residuos implica que los agentes económicos productores deben responsabilizarse de sus residuos desde su generación hasta su eliminación o valorización. Destaca el artículo 48 ter de la ley 19300, que incentiva políticas de protección ambiental mediante la entrega de certificados a quienes cumplan criterios de sustentabilidad.

La creación del Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible tiene como propósito conciliar el desarrollo económico y social con la preservación del medio ambiente, integrando entidades gubernamentales, privadas y de la sociedad civil (según el Decreto 60, 2013). En su artículo 2, se le asignan al Consejo una serie de funciones para alcanzar sus objetivos:

- Actuar como coordinador entre los distintos sectores del gobierno, el ámbito privado y la sociedad civil en la elaboración de políticas públicas concernientes a la Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible en Chile.
- Identificar y comunicar al Ministro de Economía, Fomento y Turismo acerca de políticas, prácticas exitosas e iniciativas en el ámbito de la Responsabilidad Social, tanto a nivel nacional como internacional.
- Presentar al Ministro de Economía, Fomento y Turismo propuestas de medidas y acciones de política pública relacionadas con la Responsabilidad Social.

61

Sin embargo, su capacidad limitada para generar un cambio significativo en la promoción de la responsabilidad social en Chile es evidente. A pesar de sus funciones importantes, como la coordinación entre sectores y la presentación de propuestas al gobierno, su efectividad podría verse comprometida por diversas razones:

En primer lugar, la dependencia del Consejo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo podría sesgar su enfoque, priorizando políticas que favorezcan el crecimiento económico en detrimento de otros aspectos como el bienestar social y ambiental. Esta situación limitaría su capacidad para abordar de manera integral los desafíos relacionados con la responsabilidad social y el desarrollo sostenible.

Además, aunque el Consejo está diseñado para actuar como coordinador entre diferentes sectores, su capacidad para garantizar una colaboración real y una participación equitativa de todas las partes interesadas puede ser cuestionable. La falta de una representación equitativa de la sociedad civil y las comunidades afectadas podría comprometer su legitimidad y efectividad en la formulación de políticas, especialmente en las zonas rurales donde se encuentran la mayoría de las cooperativas de Chile.

Por último, el enfoque del Consejo en la comunicación con el gobierno y la presentación de propuestas podría no ser suficiente para abordar los problemas complejos y multifacéticos relacionados con la responsabilidad social y el desarrollo sostenible. Podría ser necesario un enfoque más holístico y orientado hacia la acción que involucre la implementación y evaluación efectiva de políticas y medidas concretas en el terreno.

Por otra parte, la legislación chilena de cooperativa es limitada y no aborda adecuadamente la responsabilidad social. Es necesario instaurar una normativa que

promueva la positivización de este principio y que incluya formas asociativas especiales para grupos históricamente excluidos, como personas con discapacidad, por ejemplo.

La relación entre los órganos públicos y el cooperativismo debe reformularse para fomentar un mayor apoyo y desarrollo de estas organizaciones, especialmente en regiones rurales. La legislación chilena debería contemplar herramientas que permitan manifestar adecuadamente la política de responsabilidad social de las cooperativas, como el balance social.

Es fundamental que la legislación chilena avance en la creación de leyes que promuevan la economía social y sostenible, y que brinden apoyo financiero a proyectos socialmente responsables de forma integrada. A pesar de los desafíos, existen avances en materias como inclusión, igualdad laboral, sostenibilidad y cuidado del medio ambiente. Sin embargo, en Chile, el cooperativismo no recibe suficiente apoyo público y no se promueve como un agente económico efectivo independientemente de su enfoque socialmente responsable.

Es fundamental mejorar la legislación cooperativa en Chile (Alcalde, 2013, p. 496), integrando el principio de responsabilidad social como un aspecto central de la regulación. Asimismo, es necesario desarrollar modelos cooperativos adaptados que aborden las necesidades de grupos históricamente marginados y que satisfagan las demandas sociales. Para evaluar el avance en materia de responsabilidad social, se deben emplear herramientas como el balance social y establecer una base de datos accesible para los entes gubernamentales. Los organismos estatales tienen que implementar una política pública que promueva la educación sobre los modelos cooperativos y estimule la investigación en este ámbito.

Los avances responsables de empresas como Capel, Colun, Coopeumo y Unaf, que han surgido como impulsores del desarrollo rural en Chile, son ejemplos que demuestran el potencial del cooperativismo en el país, especialmente en las zonas rurales. Sin embargo, es fundamental que estas estrategias de desarrollo estén alineadas con el cuidado del medio ambiente y el compromiso social. Es esencial regular la economía social y sostenible, estableciendo normativas claras y ofreciendo incentivos para que las empresas y cooperativas adopten prácticas responsables sin desincentivar la inversión económica.

A pesar de estos logros, la mayoría de las nuevas cooperativas agrarias son de pequeña escala y carecen de estrategias claras para su crecimiento empresarial, además de presentar debilidades en su estructura organizativa. Por otro lado, la participación de las cooperativas pesqueras aún está en una fase inicial (Croley, 2023).

Según lo establecido en el artículo 32 del D.F.L. Núm. 5 del año 2003, en las cooperativas, la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus cuotas de participación. Además, el precepto 65 indica que las cooperativas agrícolas y campesinas se centran en actividades como la compra, venta, distribución, producción y transformación de bienes, productos y servicios vinculados con la actividad silvoagropecuaria y agroindustrial. . Estas cooperativas operan principalmente en áreas rurales y tienen como objetivo mejorar el rendimiento de la actividad agrícola, así como promover el desarrollo social, económico y cultural de sus socios, según lo establecido en la (Ley general de cooperativas del año 2003).

En el apartado 68 se define a las cooperativas de servicio como aquellas cuyo fin es distribuir bienes y ofrecer una variedad de servicios, principalmente a sus socios, con el propósito de mejorar sus condiciones ambientales y económicas, así como satisfacer sus necesidades familiares, sociales, ocupacionales o culturales. Además, en el artículo 70 se establece que las cooperativas escolares tienen como objetivo proporcionar útiles escolares o servicios que contribuyan al desarrollo cultural, social y físico de la comunidad educativa, reafirmando así su naturaleza y su relación con fines sociales (Ley general de cooperativas, 2003). El avance hacia la consolidación de la responsabilidad social corporativa en las cooperativas chilenas implica superar desafíos legislativos, financieros y de promoción, promoviendo un enfoque integral que refleje los principios y valores del cooperativismo en beneficio de la sociedad y el medio ambiente.

En cuanto a los avances en materia de responsabilidad social corporativa (RSC) en el sector cooperativo, se observa un creciente reconocimiento de su importancia. Se han implementado diversas iniciativas dirigidas a promover la igualdad de género, la inclusión social, el desarrollo sostenible y la gestión ambiental. Por ejemplo, se han establecido mandatos que garantizan el acceso equitativo al empleo para las mujeres y reservas de cuotas laborales para personas con discapacidad. Además, se han implementado prácticas orientadas hacia la sostenibilidad y el cuidado del medio ambiente, como el reciclaje y el tratamiento de residuos.

Una de estas iniciativas es la implementada a partir de la entrada en vigor de la Ley 20 920 del año 2016 (Ley 20.920, 2016) y su Reglamento (Decreto 8 reglamento, 2017), que establecen el marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y el fomento al reciclaje. Sin embargo, este sistema de responsabilidad extendida del productor (REP) puede ser muy criticado por la efectividad y equidad de su implementación. Si bien busca que los fabricantes asuman la responsabilidad de gestionar y financiar los residuos de sus productos, puede plantear desafíos significativos en la práctica.

63

Por ejemplo, podría argumentarse que la carga de responsabilidad recae de manera desproporcionada en los fabricantes, especialmente en aquellos de productos prioritarios que generan grandes volúmenes de residuos. Esto podría resultar en una carga financiera excesiva para ciertas empresas, especialmente para las pequeñas y medianas empresas que podrían tener dificultades para cumplir con los requisitos de gestión de residuos establecidos por la Ley.

Además, podría cuestionarse si el sistema de REP realmente fomenta la prevención y reducción de residuos, o si simplemente traslada la responsabilidad de la gestión de residuos a los fabricantes sin abordar las causas subyacentes del problema de los residuos. Es posible que se necesiten medidas adicionales, como incentivos para la producción sostenible y la reducción de residuos en la fuente, para abordar eficazmente el problema de los residuos en el país.

No obstante, persisten desafíos significativos. El movimiento cooperativo enfrenta dificultades para acceder a fuentes de financiación más allá del crédito bancario, lo que limita su capacidad de implementar iniciativas de responsabilidad social de manera efectiva. La falta de apoyo gubernamental y la escasa promoción del cooperativismo como un agente económico relevante también representan obstáculos importantes.

El Estado, a través de diversas administraciones, ha promovido el desarrollo cooperativo al facilitar los trámites de constitución, ofrecer incentivos tributarios y proporcionar herramientas de apoyo al crecimiento. Aunque estos esfuerzos han sido significativos, se requiere una institucionalidad más sólida que reduzca la fragmentación, integre a diferentes actores públicos y privados, aborde las brechas pendientes, coordine las acciones estatales y evite la duplicación de esfuerzos. Todo ello con el objetivo de trazar una hoja de ruta a largo plazo para fortalecer el cooperativismo en Chile.

3. Conclusiones

El principio de responsabilidad social es un principio que ha evolucionado desde el siglo XIX y que tiene aplicabilidad en todos los agentes económicos, especialmente en las cooperativas, que representan modelos asociativos socialmente responsables. A lo largo del tiempo, este principio ha pasado de contribuciones individuales y religiosas a un compromiso institucionalizado de las empresas y cooperativas con su entorno.

En España, la responsabilidad social está positivizada y respaldada por consideraciones constitucionales, lo que ha permitido un sólido desarrollo legislativo y una estructura estatal que promueve la responsabilidad social. Las cooperativas cuentan con un marco normativo robusto y mejores indicadores macroeconómicos.

En Chile, el movimiento cooperativo ha experimentado altibajos, pero se observan avances legislativos en materia laboral y ambiental. La existencia del Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible es vital para promover la responsabilidad social en las empresas y cooperativas, aunque aún falta un mayor impulso estatal y una legislación más sólida en materia de cooperativismo y responsabilidad social. Es necesario una mayor integración de la responsabilidad social en el sector cooperativo, especialmente en áreas como la igualdad de género, la inclusión social y el desarrollo sostenible.

Para avanzar, se requiere mejorar la legislación cooperativa, consagrando la responsabilidad social como eje articulador, promoviendo modelos cooperativos diferenciados con iniciativa social y estableciendo instrumentos como el balance social. También es necesario fortalecer las relaciones entre los órganos públicos y el cooperativismo, promover la educación sobre modelos cooperativos y establecer incentivos para la investigación en este ámbito.

El cooperativismo chileno debe continuar orientándose hacia la armonización de sus actividades con el medio ambiente y el compromiso social. En última instancia, es fundamental regular aspectos como la economía social y sostenible, estableciendo normativas claras y progresivas, con el fin de promover un desarrollo económico responsable en el contexto actual.

Para avanzar en la consolidación de la responsabilidad social corporativa en las cooperativas chilenas, es esencial promover de manera más efectiva la responsabilidad social en estas entidades, incluyendo formas asociativas especiales para grupos históricamente excluidos. Se requiere establecer una relación más estrecha y colaborativa entre el gobierno y las cooperativas para impulsar su desarrollo y respaldar sus iniciativas

de responsabilidad social. La institucionalidad en el sector cooperativo debe mejorar con la nueva creación del Instituto Nacional de Asociatividad y Cooperativismo. Además, es necesario proporcionar incentivos y apoyo financiero a las cooperativas para que puedan implementar prácticas responsables sin desincentivar la inversión económica.

Referencias bibliográficas

- Alcalde Silva, J. (2013). Actualidad legislativa. *Revista chilena de derecho privado*, (21), 493-524. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200023>
- Altzelai Uliondo, I. (2021). Los fondos de emprendimiento social europeos, ¿una oportunidad para las cooperativas?. *Boletín De La Asociación Internacional De Derecho Cooperativo*, (59), 303-338. <https://doi.org/10.18543/baidc-59-2021pp303-338>
- Antúnez Rivoir, V. (2023). Responsabilidad social de las empresas multinacionales. *Revista de la Facultad de Derecho*, (56), e211. Epub 01 de diciembre de 2023. <https://doi.org/10.22187/rfd2023n56a8>
- Barroso Tanoira, F. G. (2008). La responsabilidad social empresarial: Un estudio en cuarenta empresas de la ciudad de Mérida, Yucatán. *Contaduría y administración*, (226), 73-91.
- Benedetti Reiman, L. (2019). El hambre, la miseria y la Escuela: el surgimiento de las organizaciones de auxilio a la infancia escolar pobre de Concepción (1917-1929). *Revista de historia (Concepción)*, 26(2), 33-52. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-88322019000200033>
- Comisión Europea (2019). Documento de trabajo del personal de la Comisión - Responsabilidad social corporativa, conducta empresarial responsable y derechos empresariales y humanos: visión general del progreso. Disponible en: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34482/attachments/1/translations/en/renditions/native>
- Comisión para el Mercado Financiero, ¿Qué tipos de Cooperativas existen?". Disponible en: <https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-article-27161.html#:~:text=Las%20cooperativas%20permiten%20fomentar%20la%20asociatividad%20entre%20las%20personas.&text=La%20ley%20chilena%20se%20refiere,y%20de%20servicios%2C%20entre%20otras>. [Fecha de consulta: 08 de marzo de 2023].
- Constitución Española aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Croley, E. (2023). Cooperativas en Chile: potenciando el desarrollo económico y social de país. Disponible en: <https://opinion.cooperativa.cl/opinion/economia/cooperativas-en-chile-potenciando-el-desarrollo-economico-y-social-de/2023-07-11/100726.html>
- Correa Jaramillo, J. G. (2007). Evolución histórica de los conceptos de responsabilidad social empresarial y balance social. *Semestre Económico*, 10(20), 87-102.

Decreto 60/2013, crea Consejo de Responsabilidad Social para el desarrollo sostenible del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile; Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño.

Decreto 8 Reglamento, de 2017. Regula el Procedimiento de Elaboración de los Decretos Supremos establecidos en la Ley N° 20.920. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1111512>

D.F.L. Núm. 5, de 2003. Ley General de Cooperativas de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=221322>

Flores-llhuicatzi, U. & Medina-Conde, A. (2018). Aceptación del concepto de Economía Social e identificación de grupos homogéneos en países de Latinoamérica y Europa. *CienciaUAT*, 12(2), 104-126.

Giniger, N. (2014). Doctrina Social de la Iglesia y Responsabilidad Social Empresaria: ética y política del neoliberalismo. *Sociedad y religión*, 24(42), 34-66.

Llanez Anaya, H. F. & Sacristán Rodríguez, C. P. (2021). Desarrollo territorial y economía solidaria: análisis desde el concepto de desarrollo, el medio ambiente y la incorporación de las comunidades en una estrategia de desarrollo territorial. *Tendencias*, 22(1), 254-278. <https://doi.org/10.22267/rtend.212201.163>

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible de España. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/2011/03/04/2/con>

Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas de España. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/1/1999/07/16/27/con>

Ley Núm. 20.920, de 2016 de Chile. Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1090894&idParte=9705129&idVersion=2016-06-01>

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en España. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>

Ministerio de Economía, Turismo y Fomento de Chile (2023). Gobierno crea Instituto Nacional de Asociatividad y Cooperativismo. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/2023/12/15/gobierno-crea-instituto-nacional-de-asociatividad-y-cooperativismo.htm>

Naciones Unidas derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado (2011). Principios Rectores Sobre Las Empresas y Los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciples-businesshr_sp.pdf

Navarro Saldaña, Gracia, Rubio Aguilar, Verónica, Lavado Huarcaya, Sofía, Minnicelli, Alessandra, & Acuña, James. (2017). Razones y Propósitos para Incorporar la Responsabilidad Social en la Formación de Personas y en Organizaciones de Latinoamérica. *Revista latinoamericana de educación inclusiva*, 11(2), 51-72. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-73782017000200005>

Pimenta, Clayson Cosme Da Costa, & Calderón, José Alberto Goicochea. (2022). Un repaso a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en América Latina y el Caribe. *Revista Economía y Política*, (36), 1-25. Epub 31 de de 2022.

Ramírez, Reynier I., Alemán, Luis S., Herrera, Belina A., & Antequera, Ricardo R. (2022). Dimensiones de la responsabilidad social corporativa: análisis en las cámaras de comercio. *Información tecnológica*, 33(4), 93-100. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642022000400093>

Real Decreto 144/2021, de 9 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-3762

Reglamento (UE) 346/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos, DOCE de 25.4.2013.

Resolución RAEX202300136 Exenta delega facultades que señala en funcionarios de la división de asociatividad y cooperativas que indica Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Subsecretaría de Economía y Empresas de menor tamaño; división de Asociatividad y Cooperativas, 25 de febrero de 2023.

Ribeiro, L. G. G.; Sampaio, J. A. L. (2023). Responsabilidad social corporativa: entre el sentido y el sinsentido. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 20, e202513.

Sacristán Bergia, F. (2020). Sobre la limitación de la responsabilidad de los socios cooperativistas. *Boletín De La Asociación Internacional De Derecho Cooperativo*, (57), 225-251. <https://doi.org/10.18543/baidc-57-2020pp225-251>

67

Schäfer Rodríguez, J. (2023). La protección de la inversión extranjera y los compromisos ambientales ¿Un posible equilibrio?. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 14, 18. Epub 01 de noviembre de 2023. <https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v14n1-art41>

Server Izquierdo, R. J., & Villalonga Grañana, I. (2007). La responsabilidad social en el cooperativismo de crédito. el fondo de educación y promoción como indicador para su evaluación. Estudio empírico para el caso español. *Interciencia*, 32(6), 377-384.

Vallaey, F. (2020). ¿Por qué la Responsabilidad Social Empresarial no es todavía transformadora? Una aclaración filosófica. *Andamios*, 17(42), 309-333. Epub 28 de agosto de 2020. <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.745>

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

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

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

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

FRANCISCO J. LETURIA I.
Pontificia Universidad Católica (Chile)
fjleturia@uc.cl
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1454-7408>

PEDRO ANGUITA R.
Universidad de los Andes (Chile)
panguita@uandes.cl
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6414-7912>

Recibido: 30/04/2024 - Aprobado: 3/6/2024

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

Leturia Infante, F.J. y Anguita Ramírez, P. (2024). Derecho a la información: análisis de los diversos criterios de diligencia exigidos para dar por cumplido el requisito de veracidad y acceder a su protección. *Revista de Derecho*, 23(45), 69-88. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.5>

Derecho a la información: análisis de los diversos criterios de diligencia exigidos para dar por cumplido el requisito de veracidad y acceder a su protección

69

Resumen: Para acceder al amparo especialmente fuerte ofrecido por el derecho a informar garantizado en el artículo 20 letra d) de la Constitución Española (CE), se exige la concurrencia de dos requisitos: que exista un interés público, y que lo comunicado sea veraz. Esto último se ha interpretado como un cierto grado de diligencia en la verificación de los hechos, sin llegar al absurdo de exigir certezas de tipo científico. Dado lo anterior, la protección constitucional, y en buena medida el ejercicio de la profesión periodística, están supeditados a lo que los intérpretes entienden por “debida diligencia”, la que a su vez dependerá de las circunstancias y contexto de cada caso. Una revisión exhaustiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (TCE) nos permitirá sistematizar los principales criterios utilizados hasta ahora, así como su evolución y desarrollo a lo largo del tiempo, permitiendo ofrecer una guía práctica para acceder a la protección ofrecida por este derecho, en a que el derecho español ha sido pionero a nivel mundial

Palabras clave: derecho a la información, interés público, veracidad, criterios de diligencia.

Right to information: analysis of the various due diligence criteria required to meet the requirement of truthfulness and access its protection

Abstract: To access to the especially strong protection offered by the right to inform guaranteed in article 20 letter d) of the Spanish Constitution (CE), two requirements must be met: a public interest in what is communicated and that it is truthful (*veraz*). The latter has been interpreted as a certain degree of diligence in verifying the facts, but not to the absurd extent of demanding scientific certainties. Given the foregoing, the constitutional protection, and to a large degree, the exercise of journalism, depend on what interpreters understand by “due diligence”, which in turn will depend on the circumstances and context of each case. An exhaustive review of the case-law from the Spanish Constitutional Court (TCE) will allow us to systematize the main criteria used so far, as well as its evolution and development over time, enabling us to offer a practical guide to access the protection offered by this right, where Spain has been a pioneer worldwide.

Key words: right to information, public interest, truthfulness, due diligence criteria.

70

Direito à informação: análise dos diversos critérios de diligência exigidos para satisfazer o requisito de veracidade e acessar à sua proteção

Resumo: Para acessar ao amparo da forte proteção oferecida pelo direito à informação garantido no artigo 20, letra d), da Constituição Espanhola (CE), são exigidos dois requisitos: a existência de um interesse público e a veracidade da informação seja comunicada. Este último foi interpretado como um certo grau de diligência na verificação dos fatos, sem chegar ao absurdo de exigir certezas de natureza científica. Tendo em conta o que precede, a proteção constitucional e, em grande medida, o exercício da profissão jornalística estão sujeitos ao que os intérpretes entendem por “devida diligência”, que por sua vez dependerá das circunstâncias e do contexto de cada caso. Uma revisão exaustiva da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) nos permitirá sistematizar os principais critérios utilizados até agora, bem como sua evolução e desenvolvimento ao longo do tempo, permitindo oferecer um guia prático para acessar a proteção oferecida por este direito, no qual o direito espanhol tem sido pioneiro a nível mundial.

Palavras-chave: direito à informação, interesse público, veracidade, critérios de diligência.

1. Derecho a la información en la constitución española

Una de las cláusulas más comunes en el derecho constitucional contemporáneo es la que garantiza el derecho individual a la libertad de expresión. El desarrollo jurisprudencial del mismo ha contemplado, desde antaño, que frente a los asuntos de interés público o general, existe una protección especial, considerando el aporte que realizan a los procesos deliberativos propios de una sociedad democrática, lo que agrega a su faz tradicional de derecho individual un valor de carácter estructural, institucional.

La Constitución Española (CE) fue pionera en consagrar la libertad de información como un derecho autónomo y diferente de la libertad de expresión, dando precisamente una protección mayor a aquellas materias. Ello ha permitido un avanzado desarrollo jurisprudencial de su contenido normativo, lo que de suyo convierte su estudio en un asunto de interés para el derecho comparado.

La protección ofrecida por este derecho tiene enormes consecuencias prácticas, pues por regla general, le permitirá imponerse sobre cualquier otra pretensión o derecho en situación de conflicto, resaltando su posición como piedra angular de la democracia y garantía operativa de todo el sistema de derechos.

El foco de este trabajo será el requisito constitucional de veracidad, y más particularmente, las formas en que ha sido comprendido por el TCE en su aplicación a casos concretos. Esperamos que el análisis y sistematización de los principales criterios utilizados en más de 40 años de jurisprudencia, sea un aporte concreto que facilite su comprensión, de certezas a quienes ejercen la función de informar, y permita una mejor protección de los derechos de todos los miembros de la comunidad.

71

2. ¿Cómo entender el requisito de veracidad?

El primero de los requisitos expresamente exigidos por el artículo 20 de la CE para acceder a la protección de la libertad de información, es que lo comunicado sea “veraz”¹.

La expresión es claramente ambigua y por sí misma no ofrece criterios ciertos sobre qué expresiones están amparadas y cuáles no, lo que entrega, dada la ausencia y dificultad de un desarrollo normativo de tipo legal, a los tribunales y a la doctrina la tarea de precisar su contenido y asegurar espacios adecuados de protección².

Ya desde los primeros desarrollos de la libertad de expresión, existe consenso de la inconveniencia de condicionar la protección a una “verdad” de tipo científica u objetiva³. La razón es sencilla: además de la dificultad filosófica de definir un concepto de verdad de carácter normativo, ello podría generar un peligroso efecto silenciador en el debate

1 No habrá referencia en este trabajo a las consecuencias de la veracidad en materia penal, cuando opera como causal de justificación contra lesiones al honor. Sin embargo, cabe mencionar que en estos casos el razonamiento es el mismo: la importancia de que dichos hechos sean conocidos y denunciados, se considera de mayor valor que el honor de las víctimas, por lo que se privilegia y favorece su difusión.

2 España, sentencia Tribunal Constitucional 240/1992 del 21 de diciembre de 1992, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2127>, 28/04/2024.

3 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 216/2006 del 3 de julio de 2006, FJ 8, recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5818>, 28/04/2024; sentencia 51/1997, del 11 de marzo de 1997, FJ 7, recuperada en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3316>, 28/04/2024.

público y en el libre flujo de información de asuntos de interés general⁴, perjudicando incluso la investigación y el desarrollo científico, que trabaja por definición corrigiendo y precisando postulados que hasta un minuto se han tenido por ciertos. Todo ello es, ciertamente, contrario a los valores y objetivos que impregnán a la CE.

Con esta primera aproximación ya podemos darnos cuenta que la exigencia de veracidad señalada por la constitución no es en absoluto una exigencia de “verdad”, y que por lo mismo, no es una obligación de resultados, sino de medios⁵. En la práctica, ello significa que basta con cumplir ciertos estándares de diligencia, tanto en la verificación de la información como en su posterior presentación⁶. Satisfaciendo este requisito, no será motivo de reproche, ni menos de sanciones, que luego se demuestre que lo comunicado era incompleto, impreciso, o incluso erróneo⁷.

3. La pregunta de fondo: ¿cuál es el estándar de diligencia que debe cumplirse en cada caso para quedar protegido por el derecho a informar?

Dada la falta de precisión normativa sobre la exigencia planteada por la CE para acceder a la protección del derecho a informar, ha debido ser el intérprete, y particularmente el TCE, quien ha ido construyendo los criterios que han permitido explicitar el contenido y límites de este derecho, atendiendo las exigencias y particularidades propias de cada uno de los numerosos casos que ha debido conocer a lo largo del tiempo.

72
■
Por ello, la mejor guía con la que podemos contar para conocer el contenido protegido por este derecho vendrá de revisar las sentencias del TCE que se han referido a este punto, extrayendo desde las mismas las circunstancias que condicionan la ponderación judicial, y sistematizando los criterios más relevantes observables en sus distintos desarrollos.

Dividiremos la exposición de estos criterios en dos secciones. La primera, se enfoca en la diligencia clásica, entendida como la necesidad de verificar y contrastar la información con diferentes fuentes, exigida antes de publicar la noticia. La segunda, se refiere a la diligencia que debe utilizarse al momento de difundir la información.

4 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español: sentencia 167/1986 del 22 de diciembre de 1986, FJ 5, recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion>Show/730,28/04/2024>; sentencia 160/2003 del 15 de septiembre de 2003, FJ 5, recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4935,28/04/2024>.

5 Ver la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 160/2003, del 15 de septiembre de 2003 FJ 5, en cuanto señala “De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible”. Recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4935,28/04/2024>; también ver las sentencias del mismo tribunal: sentencia 240/1992, del 21 de diciembre de 1992, FJ 7, recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2127,28/04/2024>; sentencia 6/2020 del 27 de enero de 2020, FJ 3, recuperada en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933,28/04/2024; y la sentencia 68/2008 del 23 de junio 2008, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-12641,28/04/2024.

6 Ver las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Español: sentencia 28/1996 del 26 de febrero de 1996 recuperada en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3080>; sentencia 192/1999 del 25 de octubre de 1992, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3934,28/04/2024>; y la sentencia 21/2000 del 31 de enero de 2000, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4005,28/04/2023>. Ver también la sentencia de la CEDH *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt vs. Austria*, del 26 de mayo de 2002, párrafos 39 y 40. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-64731>.

7 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español: sentencia 158/2003 del 15 de septiembre de 2003, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933,28/04/2024>; y la sentencia 54/2004, del 15 de abril de 2004, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059,28/04/2024>.

Y aunque parezca de perogrullo, debemos recordar que, a la hora de analizar un caso concreto, se debe comenzar verificando que lo comunicado sea un asunto de relevancia pública, pues resultará inoficioso comenzar a analizar las distintas posibilidades de diligencia si este requisito no se cumple⁸.

4. Diligencia exigida en la verificación de la información

4.1. La capacidad de la información divulgada para afectar otros derechos

La capacidad de una información para afectar otros derechos o bienes protegidos será uno de los principales criterios para exigir mayor o menor grado de diligencia.

Es preciso recordar que la libertad de expresión, y en particular el derecho a informar, permite la afectación de derechos que normalmente estarían protegidos, por considerar que el bien público involucrado en el conocimiento de un asunto de interés público es superior al daño causado. Dado lo anterior, debe hacerse un esfuerzo porque este objetivo sea logrado minimizando las afectaciones y buscando la mayor compatibilidad de todos los derechos constitucionalmente protegidos.

Este análisis debe considerar las circunstancias concretas de cada caso, y debe considerar, entre otras, el alcance y momento de la difusión, la capacidad de rebatir lo divulgado por parte del afectado, la entidad de las lesiones a los derechos en juego, la posible afectación de bienes o valores constitucionalmente protegidos⁹, así como cualquier otro elemento relevante, tanto de índole jurídica como factual¹⁰.

Dentro de los derechos que más fácilmente pueden entrar en conflicto con el ejercicio del derecho a informar están la honra, la privacidad y la presunción de inocencia, aunque potencialmente, dependiendo de las circunstancias, cualquier derecho o bien jurídico podría verse afectado¹¹.

¿Cómo opera todo lo dicho en la práctica? Por ejemplo, cuando el contenido de la información puede tener carácter vejatorio¹², la sola constatación de la denuncia no se puede considerar como suficiente diligencia, dado el descrédito que provocaría en los involucrados, atendidas sus circunstancias y entornos sociales. Más concretamente, en un caso sobre abusos sexuales entre militares, el TCE consideró que al menos se debió haber

73

8 El Tribunal Supremo de España también lo ha entendido de la misma manera. A modo de ejemplo, ver la sentencia 3909/1998 del 13 de junio de 1998, recuperado de <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, 28/04/2024. En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional Español 205/1994, FJ 6; 288/1994, FJ 2 y 3; 92/1995, FJ 1 y 2; 120/1996, FJ 10; 113/2000, FJ 4; 117/2003, FJ 3; 65/2004, FJ 3; 232/2005, FJ 3 y 4; 155/2006, FJ 4 y 5; 338/2006, FJ 2 y 3; 24/2007, FJ 2 y 3; 27/2020, FJ 2; entre muchas otras.

9 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 74/2012 del 16 de abril de 2012, FJ2, recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22841>, 28/04/2024.

10 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 4/1996 del 16 de enero de 1996, con voto contrario de Jiménez de Parga, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3056> 28/04/2024; y la sentencia 61/2004 del 19 de abril de 2004, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5066>, 28/04/2024. Ver también las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Fressoz y Roire vs. Francia, del 21 de enero de 1999, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163702>, 28/04/2024; y el caso Tonsbergs Blad AS vs. Noruega del 1 de junio de 2007, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-79660>, 28/04/2024.

11 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 74/2012 del 16 de abril de 2012, FJ2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22841>, 28/04/2024.

12 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 129/2009 de 1 de junio de 2009, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6548>, 28/04/2024.

intentado contactar a los acusados, o a sus superiores, así como al Tribunal encargado del asunto¹³. Consideraciones similares tuvo el TCE en el caso de la información sobre la muerte de una mujer, de quien se dijo consumía drogas¹⁴.

Algo semejante ha sucedido respecto a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal¹⁵, y que podemos resumir como el derecho general “a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo”¹⁶ (TCE, sentencia N° 109/1986), y que también ha sido considerado, con justa razón, como uno de los criterios que obligan a utilizar una mayor diligencia¹⁷. Respecto de asuntos judicializados, incluso se ha planteado limitar los amplios espacios que normalmente se ofrecen a la libertad de opinión, permitiendo la protección de otros valores como la integridad del proceso o la imparcialidad judicial. De hecho, para estos casos incluso se ha debatido la pertinencia de establecer sanciones penales, dada la importancia de evitar situaciones como la predisposición de jurados, la commoción o impacto público, entre otros.

Por otro lado, al coexistir dentro de un mismo suceso elementos de mayor y menor interés público, nada impide reducir la protección, luego de un ejercicio ponderativo, a los que aportando menos tengan un mayor impacto en relación con otros derechos, o al menos exigir respecto de los mismos un estándar de diligencia mayor¹⁸. De esta forma, la libertad de información otorga menor protección a la información anecdótica, a los rumores o los aspectos de la vida privada no relacionados directamente con el asunto de interés público divulgado, invitando, en la práctica, a aplicar respecto de ellos la lógica de la divisibilidad¹⁹. Lo anterior cobra especial relevancia cuando la información se refiere a los llamados personajes públicos²⁰.

13 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 1/2005, del 17 de enero de 2005, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5261,28/04/2024>.

14 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 190/1996 del 25 de noviembre de 1996, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3242,28/04/2024>.

15 Ver las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Español 244/2007 del 10 de diciembre de 2007, FJ 2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6211,28/04/2024>; la sentencia STC 53/2006 del 27 de febrero de 2006, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion>Show/5655,28/04/2024>; y la sentencia 219/1992 del 3 de diciembre de 1992, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2106,28/10/2024>.

16 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 109/1986 del 24 de septiembre de 1986, FJ 1, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion>Show/672,28/04/2024>; y la sentencia 133/2018 del 13 de diciembre de 2018, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/25816,28/04/2024>.

17 Ver sentencias del Tribunal Constitucional Español 219/1992, del 3 de diciembre de 1992, FJ 5, recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2106,28/04/2024>; la sentencia STC 28/1996, del 26 de febrero de 1996, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3080,28/04/2024>; la sentencia 54/2004 del 15 de abril de 2004, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059,28/04/2024>; y la sentencia STC 1/2005 del 15 de abril de 2004, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059,28/04/2024>.

18 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 240/1992 del 21 de diciembre de 1992, FJ 6, 8 y 9, que se reiteran en la sentencia 28/1996, FJ 3; y en la sentencia 6/2020, FJ 3, recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2127,28/04/2024>.

19 Ver sentencias del Tribunal Constitucional Español 199/1999 del 8 de noviembre de 1999, FJ 2, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23941,28/04/2024>; la sentencia 52/2002 del 25 de febrero de 2002, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4588,28/04/2024>; la sentencia 115/2004 del 12 de julio de 2004, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5120,28/04/2024>; la sentencia 139/2007 de 04 de junio de 2007, FJ 9, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6106,28/04/2024>; la sentencia 29/2009 del 26 de enero 2009, FJ 4 recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6448,28/04/2024>; la sentencia 129/2009 de 1 de junio de 2009, FJ 2, recuperado <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6548>; la sentencia 86/2017 de 4 de julio de 2017, FJ 4, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8471,28/04/2024>; y la sentencia 172/2020 de 19 de noviembre de 2020, FJ 7, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-16819> 28/04/2024.

20 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 25/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25866,28/04/2024>. En el mismo sentido la sentencia 176/2013 del 21 de octubre de 2013, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23623> 28/04/2024; la sentencia 7/2014 del 27 de enero 2024, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23767,28/04/2024>; y la sentencia 18/2015 de 16 de enero 2015, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/24321> , 28/04/2024.

Usando el mismo criterio podrá concluirse que la diligencia exigida será menor cuando lo divulgado tenga menos capacidad de afectar otros derechos, o los afecte en forma menos relevante, abriendo, de facto, un mayor espacio de tolerancia al error y a la imprecisión en ciertas materias. Ejemplos típicos de ello son errores en algunos nombres o datos que no alteran el contenido central del hecho comunicado.

Finalmente, debemos referirnos al caso especial de aquellas personas que voluntariamente se exponen a la crítica o escrutinio público, y que en cierta medida han consentido e incluso buscado dar a su vida una especial publicidad, lo que implica asumir una protección disminuida frente a algunos derechos, como la privacidad y el honor.

Ello podría incidir, de algún modo, en el estándar de diligencia exigido, aunque más justificado en el factor “consentimiento voluntario” que en los criterios generales que acá desarrollamos²¹. Sin embargo, deberá acreditarse que lo divulgado este conectado con la proyección pública de la persona a la que se refieren, quedando sin protección, aquellos elementos o detalles de su vida privada que tienen “el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto”²² (Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia Von Hannover vs. Alemania 2004).

4.2 Alcance e impacto de la noticia según distintos factores: por el medio de difusión utilizado, la época u otras circunstancias

Directamente vinculado a lo anterior, se ha considerado que factores como alcance e impacto que la información pueda tener, dadas las circunstancias en que es emitida, también pueden ser razones que justifiquen mayores o menores niveles de diligencia²³.

De este modo, los programas de alta sintonía o los que por su formato o público objetivo dificultan un análisis más reflexivo, exigirán un cuidado mayor²⁴. Lo mismo sucederá cuando el tenor de lo comunicado, por su propia naturaleza, tenga la potencialidad de generar un mayor impacto en la comunidad²⁵.

21 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 25/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25866, 28/04/2024>; la sentencia 165/1987 de 27 de octubre de 1987, FJ 10, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/897 28/04/2028>; la sentencia 138/1996 de 16 de septiembre de 1996, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3190, 28/04/2028>; la sentencia 68/2008 de fecha 23 de junio de 2008, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-1264, 28/04/2024; STC 133/2018 de 13 de diciembre de 2018, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25816, 28/04/2024>; la sentencia 6/2020 de 27 de enero 2020, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933, 28/08/2024; y la sentencia 58/2018 de 04 de junio de 2028, FJ 7, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534, 28/04/2024.

22 Ver la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, Von Hannover vs. Alemania de 24 de junio de 2004, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-66402, 28/04/2028>; y la sentencia 27/2020 de 24 de febrero de 2020, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26246, 28/04/2024>.

23 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 240/1992 de 21 de diciembre de 1992, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2127, 28/04/2024>; la sentencia 178/1993 de 31 de mayo de 1993, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2307, 28/04/2024>; la sentencia 28/1996 de 26 de febrero de 1996, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3080, 28/04/2024>; la sentencia 192/1999, FJ 4; STC 69/2006, FJ 3; STC 68/2008, FJ 3. Este criterio ha sido también reiterado por el pleno del Tribunal Constitucional Español en la sentencia 172/2020 del 19 de noviembre de 2023, FJ7, la cual hace referencia a sentencia 52/2002, recuperada de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-16819, 28/04/2024>.

24 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 139/2007 de 04 de junio de 2007, FJ 4 y 11, recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6106, 28/04/2024>.

25 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 69/2006 de 13 de marzo de 2006, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/5671, 28/04/2024>; la sentencia STC 68/2008 de 23 de junio de 2008, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-12641, 28/04/2024; y la sentencia 54/2004 de 15 de abril de 2004, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5059, 28/04/2024>.

Especial interés presenta la época puede ser un elemento decisivo, elevando al máximo la diligencia debida Una información, por ejemplo, que afecte a un candidato a un cargo de elección popular, realizada pocos días antes de los comicios, requerirá máximo celo, especialmente si por los plazos resulta difícil que sea refutada o matizada, aunque al mismo tiempo deberá ser considerada como una de las materias de más alto interés público imaginable.

Finalmente, otro tema que ha recibido atención en los últimos años, sin haberse logrado tampoco consensos mínimos y razonables, dice relación con las comunicaciones de RRSS e internet, dada sus propias características, entre las que destacan la dificultad de identificar y sancionar a los responsables, la facilidad de divulgar algunos contenidos deliberadamente falsos, o de establecer regulaciones y sistemas de gobernanza de carácter global. Esta dimensión, que en ninguna parte del mundo parece haber alcanzado una solución definitiva, nos obligará a reflexionar sobre las formas más adecuadas de protección de los derechos en juego, así como de posibles tratamientos, regulaciones y restricciones²⁶.

4.3. Posibilidades fácticas de verificación, alternativas disponibles y calidad de las fuentes

Dentro de los elementos que el TCE ha considerado para determinar si se ha usado o no la diligencia adecuada, también podemos destacar las posibilidades efectivas de contraste de la información dentro de la realidad de los plazos propios del mundo periodístico, vinculados a la necesidad de favorecer el flujo oportuno de información²⁷.

Otro elemento que puede significar una mayor o menor justificación cuantitativa de las fuentes consultadas en el proceso de verificación es la calidad de las mismas²⁸.

De hecho, el TCE ha indicado que “cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación”²⁹ (TCE, sentencia N° 178/1993), aun cuando la información que de ellas se obtenga termine siendo imprecisa o equivocada³⁰.

A la inversa, si las fuentes fuesen de menor calidad, se requerirá un esfuerzo mayor de verificación.

26 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 8/2022 de 27 de enero de 2022, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-2923, 28/10/2024. También revisar la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2012, asunto Axel Springer AG vs. Alemania, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-109035>, 28/04/2024.

27 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 240/1992 de 21 de diciembre de 1992, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2127>, 28/04/2024; la sentencia 21/2000 de 31 de enero 2000, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4005>, 28/04/2024; y 158/2003 de 15 de septiembre de 2003, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933>, 28/04/2024; la sentencia 68/2008 de 23 de junio de 2008, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-12641, 28/04/2024.

28 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 190/1996 de 25 de noviembre de 1996, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3242>; la sentencia 29/2009 de 26 de enero de 2009, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6448>, 28/04/2024; y la sentencia 139/2007 de 4 de junio de 2007, FJ 9, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6106>, 28/04/2024.

29 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 178/1993 de 31 de mayo de 1993, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/2307>, 28/04/2024; la sentencia STC 158/2003 de 15 de septiembre de 2003, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933>, 28/04/2024; la sentencia 154/1999 de 14 de septiembre de 1999, FJ 7, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3896>, 28/04/2024.

30 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español STC 28/1996 de 26 de febrero de 1996, FJ 3 y 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3080>, 28/04/2024; la sentencia STC 46/2002 de 25 de febrero de 2002, FJ 2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion>Show/4582>, 28/04/2024; y la sentencia 4/1996 de 16 de enero de 1996, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3056>, 28/04/2024.

Sin embargo, las circunstancias concomitantes pueden plantear matizaciones importantes ante situaciones que prima facie parecen iguales. Por ejemplo, ante dos situaciones en que se accedió a piezas de un expediente policial para respaldar la información, el tratamiento dado por el TCE fue completamente distinto. En uno de ellos, se acusó a un estudio de abogados de blanquear dinero del narcotráfico en base a la investigación sumarial, lo que se consideró suficiente. En otro, donde se dijo que la mujer asesinada ejercía la prostitución desde muy joven, en base sólo a una declaración testimonial del expediente el TCE consideró que no se cumplía la exigencia de veracidad y contraste de información exigido por la CE³¹.

Otro elemento relevante dice relación con la proporcionalidad de la técnica utilizada para obtener y verificar información, considerando que el propósito de elevar los estándares de diligencia exigidos no debe llevar a fomentar el uso de técnicas o prácticas excesivas en relación a los objetivos buscados. En este sentido, los medios deben ser necesarios y proporcionales, antes incluso de determinar cuán eficaces resulten, privilegiando la protección armónica de los derechos involucrados a un exceso de celo. A modo ilustrativo: el uso de cámaras ocultas para acreditar la actividad desarrollada por una persona en su despacho profesional sería excesiva, considerando que ello pudo lograrse razonablemente consultando a sus clientes³².

Finalmente, debemos referirnos al carácter dinámico del interés público, pues muchas de las razones que nos hacen inclinar la balanza en favor de la libertad de información, cambian su peso con el paso del tiempo³³. La premura informativa, o más bien dicho, la necesidad y el derecho de la comunidad de estar oportunamente informada de los hechos de interés general, permite justificar ciertas licencias a la hora de verificar la información, que no tendrán el mismo sustento en un trabajo de carácter documental o histórico, por ejemplo, y que incluso podrían quedar cubiertos con lo que ha venido a llamarse “derecho al olvido”.

77

A contrario sensu, en la medida que los casos resulten más extremos y apremiantes, podría considerarse una suerte de presunción de diligencia en favor del que informa, reservándose las responsabilidades y sanciones sólo a casos de manifiesta mala fe, negligencia, o temerario desprecio por la verdad.

4.4. Legitimidad de las fuentes e intención del comunicador ¿cuán relevante es para efectos de obtener o contrastar información que la fuente consultada sea ilegítima?

El tratamiento de este tema admite matices y ha sido objeto de opiniones divergentes. ¿Es posible satisfacer la exigencia de diligencia consultando fuentes ilegítimas? ¿Es compatible la diligencia con la intencionalidad y la animadversión a la hora de informar?

La doctrina mayoritaria distingue como cosas muy diferentes el objetivo constitucional de asegurar de garantizar a la comunidad información suficiente y oportuna sobre asuntos

³¹ Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 129/2009 del 1 de junio de 2009, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6548>, 28/04/2024.

³² Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 25/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 9, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25866>, 28/04/2024.

³³ Ver, por todos, Leturia I, Francisco J. (2016).

de interés general, de la responsabilidad que pueda recaer en quien ha transgredido una obligación de secreto o reserva³⁴.

Al no mencionar el requisito de legitimidad de la fuente, la CE resalta el valor intrínseco de la información, más allá de la forma en que haya sido obtenida. Se deslindan responsabilidades y roles sociales, bajo la sabia fórmula que dice que “no todo es asunto de todos”³⁵.

Sin embargo, como es esperable en cualquier sistema de ponderación, puede haber excepciones, pese a la ausencia de reconocimiento normativo

El propio TCE, por ejemplo, refiriéndose a secretos sumariales, ha señalado que en caso de probarse judicialmente la obtención ilícita de la información protegida, y siendo dicha ilicitud conocida por quien publica, no quedará protegido por la libertad de información³⁶.

Del mismo modo, el impacto de las nuevas tecnologías y su capacidad de afectar la vida privada, ha generado una tendencia a modificar algunos criterios jurisprudenciales³⁷, como por ejemplo respecto al uso de “cámaras ocultas”, que por regla general se considerarán ilegítimas, salvo “cuando no existan medios menos intrusivos para obtener la información”³⁸ (TCE, sentencia N° 25/2019). Esta postura es bastante más restrictiva que la planteada en sus primeros fallos, donde no se hacía cuestión alguna a la forma de obtención, favoreciendo sin matices el conocimiento y difusión de asuntos de interés general.

Respecto de la compatibilidad de la diligencia o cuidado debido y la problemática de la legitimidad de la intención que tenga el comunicador, sólo diremos que, habiendo diligencia, la intención será irrelevante, salvo en casos donde pueda observarse y probarse un temerario desprecio por la verdad, asociado a un dolo directo que su vez deberá probarse, en la misma línea recogida y desarrollada desde *NYT vs Sullivan*.

4.5. Los deberes y exigencias asociados al carácter profesional de quien ejerce el derecho a informar

Pese a la titularidad universal del derecho a informar, se ha planteado que el hecho de que una persona se desempeñe como profesional de la información, lo obliga a niveles mayores de diligencia³⁹.

34 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español STC 158/2003 de 15 de septiembre de 2003, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933,28/04/2024>; la sentencia 54/2004 de 15 de abril 2004, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059,28/04/2024>; la sentencia 216/2006 de 3 de julio 2006, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/581828/04/2024>; sentencia 24/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 6, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4439,28/04/2024.

35 Ver la sentencia 54/2004 de 15 de abril de 2004, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059,28/04/2024>; y la sentencia STC 158/2003 de 15 de septiembre de 2003, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933,24/04/2024>.

36 Ver el Auto del Tribunal Constitucional Español 129/2009 de 4 de mayo de 2009, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22110,29/04/2024>.

37 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 12/2012 de 30 de enero 2012, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22722,28/04/2024>; y la sentencia 25/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25866,28/04/2024>.

38 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 25/2019 de 25 de febrero de 2019, FJ 9, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25866,28/04/2024>.

39 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 4/1996 de 16 de enero de 1996, FJ 6, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3056,28/04/2024>; y la sentencia 21/2000 de 31 de enero 2000, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4005>; sentencia 29/2009 de 26 de enero de 2009, FJ 3, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6448,24/04/2024>.

Lo anterior en ningún caso constituye un privilegio, y se justifica en la confianza que muchas personas depositan en quienes ejercen profesionalmente el oficio de informar, y por lo mismo, en el impacto que tienen sus acciones.

Ello también es una contrapartida de la mayor protección otorgada a veces a los medios más masivos, afirmando que la libertad de información opera con mayor eficacia cuando este es ejercido “a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”⁴⁰ (TCE, sentencia N° 6/2020). Todo lo dicho también es consistente con el artículo 10 de la Carta Europea de Derechos Humanos, cuando se refiere a los deberes de quien informa.

5. Diligencia exigida a la hora de divulgar

La forma en que la información se presenta es parte esencial de lo comunicado, por lo que también se exige cierta diligencia a la hora de divulgar la noticia, tanto respecto al propio mensaje informativo, como a las imágenes, titulares y notas de contexto que las acompañan⁴¹. Analicemos algunos de los criterios observados por el TCE, y que dan cuenta de la diligencia exigida al ejercer el derecho a informar.

5.1. Consistencia del contenido de los reportajes con sus titulares

Uno de los aspectos en que más cuidados pueden exigirse es en la consistencia de los titulares con el contenido de la noticia.

79

Dado que los primeros están destinados a llamar la atención y a ser leídos por una mayor cantidad de personas, generalmente sin un ulterior análisis, tienen una capacidad especial para “anclar” una idea, con independencia de su desarrollo posterior. Por lo mismo, se les ha privado de protección cuando son capaces de generar dudas o equívocos específicos⁴².

Dada la importancia de respetar, al mismo tiempo, la libertad editorial, lo recién planteado supone complejidades operativas mayores. No obstante ello, el TCE ha señalado que el derecho de información “no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad...están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas”⁴³, aunque poco más adelante admite que pese a lo insidioso del titular, otros elementos como el epígrafe, lead, imágenes y la bajada pueden aclarar la información entregada, dejando presentado el delicado dilema que plantea, y la responsabilidad que cabe al informador, dada la posición de mayor poder con la que en general cuenta respecto del afectado.

40 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 6/2020 de 27 de enero de 2020, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933, 28/04/2024.

41 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional de España STC 74/2012 de 16 de abril de 2012, FJ2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22841>, 29/04/2024.

42 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 29/2009 del 26 de enero de 2009, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6448>, 29/04/2024.

43 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 54/2004 del 15 de abril de 2004, FJ 8. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059>, 29/04/2024.

Lo señalado sobre los titulares es aplicable a cualquier elemento que cumpla una función equivalente, como pueden ser por ejemplo las imágenes, las que han sido relevadas en forma especial dada su capacidad comunicativa⁴⁴.

5.2. Imprecisiones en el lenguaje como falta de diligencia

Quien informa debe considerar que un uso impropio de las palabras, o ciertas expresiones de uso técnico, pueden generar confusión o malentendidos entre las personas no habituadas a ellas, como ocurre, por ejemplo, en materias relativas al ámbito de tribunales. De hecho, el TCE ha sostenido que un periodista no puede desconocer la diferencia entre las distintas categorías jurídicas, reiterando lo ya dicho respecto a que el respeto de algunos derechos, como la presunción de inocencia y el honor, obliga a una mayor diligencia al difundir este tipo de noticias.⁴⁵

Y lo explica con un ejemplo: "Si se afirma... que una persona tiene antecedentes penales por violación, tal afirmación supone en el lenguaje usual que dicha persona ha sido condenada por un delito de este tipo, y es indudable que el dato divulgado, que le involucra en la comisión de un delito de esa naturaleza.... Frente a ello no cabe oponer que la periodista autora de la información desconozca la diferencia entre poner a una persona a disposición judicial como presunto autor de un delito, o tener antecedentes penales por el mismo, pues tal distinción es empleada en el quehacer diario y común de los medios de comunicación, de modo que ningún profesional del periodismo puede excusar su ignorancia" (TCE, sentencia N° 52/2002).

80

El TCE ha recomendado que "quien se ocupe de la información relacionada con los procesos sea un profesional que por su condición de abogado...está en condiciones de contribuir de forma más adecuada a la formación de una opinión pública libre" (TCE, sentencia N° 286/1993).

5.3. Conclusiones apresuradas e interpretaciones temerarias como falta de diligencia

Vincular el ejercicio del derecho a la información a la posibilidad de verificación o contraste, de suyo supone que este se refiere a hechos, aunque se ha admitido, con bastante largueza, que las opiniones, proyecciones e hipótesis que habitualmente los acompañan, y que muchas veces son necesarios para explicarlos y permitir al público la comprensión de los mismos, quedan también cubiertos⁴⁶.

44 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Español 27/2020 del 24 de febrero de 2020, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/26246>, 29/04/2024; y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caratulado Von Hannover c. Alemania de 24 de junio de 2004, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-66402>, 29/04/2024.

45 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 52/2002 del 25 de febrero de 2002, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4588>, 29/04/2024; y la sentencia 219/1992 del 3 de diciembre de 1992, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2106>, 29/04/2024.

46 En este sentido ver las sentencias del Tribunal Constitucional Español 6/1998 del 13 de enero de 1998, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/3508>, 29/04/2024; la sentencia 41/2011 del 11 de abril de 2011, FJ 2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6823>, 29/04/2024; la sentencia 79/2014 del 28 de mayo de 2014, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23966>, 29/04/2024 . En el mismo sentido la sentencia 50/2010 del 04 de octubre de 2010, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6689>, 29/04/2024; la sentencia 190/2013 del 18 de noviembre de 2013, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23682>, 29/04/2024 ; y la sentencia STC 24/2019 del 25 de febrero de 2019, FJ 4, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25869>, 29/04/2024. Ver también la sentencia del Corte Europea de Derechos Humanos, Barthold vs. Alemania del 25 de marzo de 1985, párrafo 53, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-61990>, 29/04/2024.

Ahora bien, la protección que bajo este derecho se extiende a las opiniones o juicios de valor no es absoluta, ni legitima interpretaciones arbitrarias o irresponsables, capaces de desinformar o afectar gravemente otros derechos protegidos. Nuevamente, recurriremos a un que ejemplo aclarará la cuestión: el solo hecho de que una persona tuviese una cita para masajes a las 4 de la tarde en un determinado lugar, no bastaba por si mismo para afirmar que allí se ejercía la prostitución, por mucho que hubiese constado en su declaración de testigo y en el atestado policial. Dado el conocido impacto social que una información de ese tipo puede generar (y quizás considerando que la presunta masajista había fallecido), el TCE señaló que "...el conocimiento de ese mero dato, en la posición ocupada en ese momento por el informador, no permite deducir la tajante afirmación contenida en el reportaje de que regentaba un negocio de prostitución..." (TCE, sentencia N° 129/2009), y por lo tanto, no obedece a un estándar adecuado de diligencia.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que requerir la prueba de un juicio de valor, es algo imposible de cumplir y que, por lo mismo, es condenable e infringe la libertad de opinión en sí misma. Sin embargo, tampoco ampara las acusaciones sin fundamento, señalando la importancia de una "suficiente base fáctica" (TEDH, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* vs. Austria, 2002) para emitir determinados juicios de valor.

5.4. Omisión voluntaria de información relevante como falta de diligencia

La omisión selectiva de antecedentes, así como la simplificación y la construcción de una narrativa, son características esenciales de la comunicación humana y por lo mismo, de la actividad informativa, por lo que nadie podría ser acusado, sin más, de informar sobre un hecho omitiendo información.

81

El verdadero problema es la omisión voluntaria de información relevante sobre el hecho noticioso, capaz de cambiar significativamente la comprensión o valoración del mismo. Pero ello exige un juicio subjetivo, y por lo mismo, en la práctica sólo podrá ser aplicado a casos extremos, donde la mala fe y el ánimo de desinformar resulte evidente.

En el célebre caso *Lehideux e Isorni v. Francia*, por ejemplo, seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se analiza una inserción pagada en el periódico *Le Monde* que glorificaba al Mariscal Philippe Pétain. Según el Gobierno de Francia, la publicación prescindía de ciertos elementos "históricamente incontrovertibles" (TEDH, *Lehideux e Isorni vs. Francia*, 2002, párr. 35, 42, 48, 54, 55, y 56.), como su vinculación con el gobierno nazi y su antisemitismo, por lo que no era completa.

Sin embargo, el Tribunal señaló que por mucho que dicha inserción fuera moralmente cuestionable para muchas personas, expresaba la opinión de los firmantes sobre un personaje de la historia. Adicionalmente, en su opinión concurrente, el juez De Meier señaló que no podía exigirse a los firmantes que gastaran su propio dinero en un objetivo que no compartían, en este caso, resaltar los errores de un personaje histórico⁴⁷.

47 En muchos países existen disposiciones que sancionan como delito la negación de ciertos hechos históricos (en Francia, por ejemplo, así lo hace la ley Gayssot N° 90-615 de 13 de julio de 1990, que sanciona negar la existencia de uno o más de los crímenes señalados en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, que fue invocada en este caso).

Es imposible que, en el ejercicio ponderativo realizado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya también considerado la opinión generalizada existente sobre el régimen nazi y sus colaboradores. En ese encuadre, una inserción, por molesta e irritante que fuera para muchos, no cambiaría el juicio colectivo ni afectaría el caudal de información existente frente a los hechos. Si el juicio de la opinión pública hubiese dependido sólo de esta publicación, probablemente el criterio del Tribunal hubiese sido diferente.

Pero más importante que lo anterior, al menos para nuestro análisis, es observar lo dividida de la votación, que no es más que la prueba empírica de la posibilidad de múltiples opiniones jurídicamente válidas y legítimas, sobre la manera de resolver algunas cuestiones. De hecho, la jurisprudencia del TCE sobre este punto es escasa, pero ha considerado la omisión voluntaria de parte de la información como una vulneración al requisito de veracidad⁴⁸.

5.5. Exigencias especiales de diligencia frente a la reproducción textual de citas de terceros (reportajes neutrales)

La simple difusión de dichos de terceros realizada sin alteraciones y señalando claramente la fuente, ha recibido en forma bastante global, un tratamiento jurisprudencial especial, bajo el nombre de “reportaje neutral” (Herrero-Tejedor, 1993 p. 289)⁴⁹, y ha tendido a liberar al comunicador o mensajero de la responsabilidad por el contenido o la forma de lo transmitido.

En esa línea, el TCE ha señalando uniformemente que la repetición de lo ya señalado por un tercero puede ser un hecho protegido por la libertad de información, aún cuando lo que ella diga parezca un disparate o una grosera falsedad. Pero para ello exige que se corrobore la existencia e identidad del tercero y que el medio sea un “mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia” (TCE, sentencia N° 54/2004).

También ha postulado que cuando existan serios indicios de falsedad de la información, el medio no podrá excusarse en la doctrina del reportaje neutral, pues este exige buena fe y una mínima verosimilitud en lo señalado (Cordech y otros, 1997, p.29 como se citó en Herrero-Tejedor, 1993 p. 289), dando claras señales de que, al menos en casos extremos, no basta que un reportaje sea “neutral” para alcanzar la protección constitucional.

5.6. Una complejidad adicional: la prueba de la diligencia ante el derecho a la protección y reserva de las fuentes informativas

Una situación que habitualmente representa problemas al momento de acreditar la diligencia, es el derecho a la reserva de las fuentes informativas, conocido también como “secreto periodístico”⁵⁰. Dadas las especiales características de esta institución, que opera

48 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español 40/1992 del 30 de marzo de 1992, en sus FJ 1 y 2, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1927, 29/04/2024>.

49 El término ha sido traducido literalmente del inglés. Pareciera más pertinente hablar de “información neutral”.

50 El Tribunal Constitucional Español ha recalcado la importancia de proteger este derecho en lo relativo a la licitud de la fuente. Por ejemplo, en la sentencia 24/2019 del 15 de abril de 2019, FJ 6: “El secreto profesional que consagra el artículo 20.1 d) CE quedaría vacío de contenido si el silencio amparado en él derivase automáticamente en la afirmación por un poder público de la licitud de la fuente y la consiguiente prohibición de publicación.” Rescatado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059, 29/04/2024>.

En Francia entre otros países, no se reconoce el derecho de protección de las fuentes hasta la actualidad.

como un derecho y no como un deber, el informador podría optar por revelar sus fuentes y probar con ello su diligencia (Bosch, 1993, p. 11). Pero también podrá privilegiar la reserva, y asumir las consecuencias, incluso penales, que ello puede ocasionar, según sea el tratamiento legal que se haya dado al tema. La evidente complejidad del problema es una invitación a evaluar muy bien los riesgos que existen al publicar información cuya única fuente de contraste sea una fuente reservada⁵¹. De hecho, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia exigida⁵².

Para enfrentar problemas como el anterior, debemos considerar que desde la mirada de la carga de la prueba, debe ser quien alegue la falta de veracidad el encargado de probarla⁵³, ya que su función no es de censura o control, sino de permitir una amplia libertad informativa, excluyendo sólo aquellas situaciones que reflejen un temerario desprecio por la verdad (De Vega, 1998, p. 34)⁵⁴. Sabemos que muchas veces este planteamiento llevará a una situación procesalmente compleja: la prueba de hechos negativos. El asunto no queda resuelto, pero la importancia de la libertad de expresión y de información recomiendan actuar de esta manera.

6. A modo de conclusión

El TCE ha señalado que la protección reforzada ofrecida por la libertad de información depende de dos requisitos: su interés público y su veracidad. Las expresiones que no cumplen con ambas, quedarán excluidas de esta protección constitucional, aunque podrán recibir algún tipo de protección secundaria por otras vías.

83

El requisito de veracidad busca dar un espacio privilegiado a las expresiones informativas entregadas por quienes han sido serios y diligentes a la hora de informar. Pero el adjetivo “veraz” no impone una prueba de verdad incontrarrestable. Desde ese punto de vista, la expresión constitucional parece un acierto, al dar una seguridad a quien informa de que no será sancionado si lo que comunica ha pasado previamente por un proceso de verificación razonable.

¿Cuál es el estándar de diligencia en la verificación de la información para alcanzar dicha protección? De acuerdo con lo visto en los fallos del TCE, el criterio es prudencial, y supone distintos ejercicios ponderativos, según las circunstancias propias de cada caso, aunque es posible observar algunos criterios de general aplicación.

Por ejemplo, un caso que afecta gravemente la honra de una persona, o que es capaz de generar pánico o commoción pública, exigirá mayores niveles de verificación y diligencia que una noticia secundaria. Asimismo, la exigencia de cierto estándar de verificación

51 Dada la importancia de la protección de la información, los Tribunales deberían ser cuidadosos de no poner a los periodistas frente al dilema de traicionar a sus fuentes para salvar su responsabilidad. Por ello, esta prueba, o cualquier otra que pudiera llevar a revelar las fuentes informativas, sólo debiera exigirse en casos extremos, y siempre considerando la protección y seguridad del informante, así como cualquier otra consecuencia que la revelación pueda generar.

52 Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 21/2000, del 31 de enero de 2000, FJ 8, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4005,28/04/2023>; y reiterado en la sentencia 6/2020 del 27 de enero de 2020, FJ 3, recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933,29/04/2024.

53 Ver sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fressoz y Roire vs. Francia del 21 de enero de 1999, recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa/?i=001-163702,29/04/2024>.

54 Ver también la sentencia del Tribunal Constitucional Español 123/1993 del 19 de abril de 1993, FJ 5, recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2252,29/04/2024>.

permite también no solo proteger a la prensa y a quien quiera informar o criticar, sino que favorece la existencia de un sistema de medios y de fuentes de información relativamente confiables.

El estudio y sistematización de estos criterios, hasta ahora inexistente, permitirá a los comunicadores comprender cómo razonan los tribunales y contar con una guía práctica y de fácil consulta para tomar diariamente decisiones sobre los estándares exigidos para acceder a la protección reforzada que caracteriza a la libertad de información. Teniendo los derechos en juego una pretensión de validez universal, esperamos, esperamos que estas reflexiones tengan un alcance más allá de las fronteras analizadas.

Referencias bibliográficas

- Berdugo Gómez de la Torre, I. (1991). Los Límites entre la Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (44), pp. 339-361. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1991-20033900362.
- Bosch Benítez, O. (1993). La veracidad como límite interno del derecho de la información (nota acerca de la reciente jurisprudencia constitucional sobre la materia), *Cuadernos de Derecho Judicial* (35), pp. 417-426.
- Bustos Gisbert, R. (1994). El Concepto de Libertad de Información a partir de su Distinción de la Libertad de Expresión, *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, (85), pp. 261-289. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27279>.
- Coderch, S. y otros. (1987). ¿Qué es Difamar? Libelo contra la Ley del Libelo: Madrid, Editorial Civitas).
- De Vega Ruiz, J. A. (1998). *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*: Madrid, Editorial Universitas.
- García Guerrero, J.L. (2007): Una Visión de la Libertad de Comunicación desde la Perspectiva de las Diferencias entre la Libertad de Expresión, en Sentido Estricto, y la Libertad de Información. *Teoría y Realidad Constitucional*, (20), pp. 359-399.
- Herrero-Tejedor Algar, F. (1993). Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (35) pp. 280-302.
- Leturia I, Francisco J. (2016). Fundamentos jurídicos del derecho al olvido: ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?. *Revista chilena de derecho*, 43(1), 91-113.
- Orenes Ruiz, J. (2008). *Libertad de Información y Proceso Penal. Los límites*: Navarra, Thomson-Aranzadi.

Normas e instrumentos citados:

- España, (1978). *Constitución Española*. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (1950). Recuperado de https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

Jurisprudencia citada:

Tribunal Constitucional Español. (1986, septiembre 24). Sentencia 109/1986. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion>Show/672>.

Tribunal Constitucional Español. (1986, diciembre 22). Sentencia 167/1986. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion>Show/730>.

Tribunal Constitucional Español. (1987, octubre 27). Sentencia 165/1987. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/897>.

Tribunal Constitucional Español. (1992, marzo 30). Sentencia 40/1992. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/1927>,

Tribunal Constitucional Español. (1992, diciembre 3). Sentencia 219/1992. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2106>.

Tribunal Constitucional Español. (1992, diciembre 21). Sentencia 240/1992. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2127>.

Tribunal Constitucional Español. (1993, abril 19). Sentencia 123/1993. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2252>.

Tribunal Constitucional Español. (1993, mayo 31). Sentencia 178/1993. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/2307>.

Tribunal Constitucional Español. (1994, julio 11). Sentencia 205/1994. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2722>.

Tribunal Constitucional Español. (1994, octubre 27). Sentencia 288/1994. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion>Show/2805>.

Tribunal Constitucional Español. (1995, junio 19). Sentencia 92/1995. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/2946>.

Tribunal Constitucional Español. (1996, enero 17). Sentencia 4/1996. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3056>.

Tribunal Constitucional Español. (1996, enero 16). Sentencia 6/1996. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3058>.

Tribunal Constitucional Español. (1996, febrero 26). Sentencia 28/1996. Recuperada de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3080>.

Tribunal Constitucional Español. (1996, julio 8). Sentencia 120/1996. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3172>.

Tribunal Constitucional Español. (1996, noviembre 25). Sentencia 190/1996 Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3242>.

Tribunal Constitucional Español. (1997, marzo 11). Sentencia 51/1997. Recuperada en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3316>.

- Tribunal Constitucional Español. (1998, enero 13). Sentencia 6/1998. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/3508>.
- Tribunal Constitucional Español. (1998, junio 13). Sentencia 3909/1998. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.
- Tribunal Constitucional Español. (1999, septiembre 14). Sentencia 154/1999. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3896>.
- Tribunal Constitucional Español. (1999, octubre 25). Sentencia 192/1999 Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/3934>.
- Tribunal Constitucional Español. (1999, noviembre 8). Sentencia 199/1999. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-23941>.
- STC 21/2000 Tribunal Constitucional Español. (2000, enero 31). Sentencia 21/2000. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4005>.
- Tribunal Constitucional Español. (2000, mayo 5). Sentencia 113/2000. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4097>.
- Tribunal Constitucional Español. (2001, enero 15). Sentencia 2/2001. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4298>.
- Tribunal Constitucional Español. (2002, febrero 25). Sentencia 46/2002. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion>Show/4582>.
- Tribunal Constitucional Español. (2002, febrero 25). Sentencia 52/2002. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4588> 28/04/2024.
- Tribunal Constitucional Español. (2003, junio 16). Sentencia 117/2003. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4892>.
- Tribunal Constitucional Español. (2003, septiembre 15). Sentencia 158/2003 Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4933>.
- Tribunal Constitucional Español. (2003, septiembre 15). sentencia 160/2003. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/4935>.
- Tribunal Constitucional Español. (2004, abril 15). Sentencia 54/2004. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5059>.
- Tribunal Constitucional Español. (2004, abril 19). Sentencia 61/2004. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5066>.
- Tribunal Constitucional Español. (2004, julio 12). Sentencia 115/2004. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5120>.
- Tribunal Constitucional Español. (2005, enero 17). Sentencia 1/2005. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5261>.
- Tribunal Constitucional Español. (2005, septiembre 26). Sentencia 232/2005. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5492>.
- Tribunal Constitucional Español. (2006, marzo 13). Sentencia 69/2006. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion>Show/5671>.

- Tribunal Constitucional Español. (2006, mayo 22). Sentencia 155/2006. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5757>.
- Tribunal Constitucional Español. (2006, julio 3). Sentencia 216/2006. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5818>.
- Tribunal Constitucional Español. (2006, diciembre 11). Sentencia 338/2006. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5940>.
- Tribunal Constitucional Español. (2007, febrero 12). Sentencia 24/2007. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/5991>.
- Tribunal Constitucional Español. (2007, junio 4). Sentencia 139/2007. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6106>, 28/04/2024.
- Tribunal Constitucional Español. (2007, diciembre 10). Sentencia 244/2007. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6211>.
- Tribunal Constitucional Español. (2008, junio 2008). Sentencia 68/2008. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-12641.
- Tribunal Constitucional Español. (2009, enero 26). Sentencia 29/2009. Recuperado en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6448>.
- Tribunal Constitucional Español. (2009, junio 1). Sentencia 129/2009. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6548>.
- Tribunal Constitucional Español. (2009, mayo 4). Auto 129/2009. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22110>, 29/04/2024.
- Tribunal Constitucional Español. (2010, octubre 4). Sentencia 50/2010. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6689>.
- Tribunal Constitucional Español. (2011, abril 11). Sentencia 41/2011. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/6823>.
- Tribunal Constitucional Español. (2012, enero 30). Sentencia 12/2012. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/22722>.
- Tribunal Constitucional Español. (2013, octubre 21). Sentencia 176/2013. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23623>.
- Tribunal Constitucional Español. (2013, noviembre 18). Sentencia 190/2013. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23682>.
- Tribunal Constitucional Español. (2014, enero 27). Sentencia 7/2014. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23767>.
- Tribunal Constitucional Español. (2014, mayo 28). Sentencia 79/2014. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/23966>.
- Tribunal Constitucional Español. (2015, enero 16). Sentencia 18/2015. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/24321>.
- Tribunal Constitucional Español. (2017, julio 4). Sentencia 86/2017. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8471>.

Tribunal Constitucional Español. (2018, junio 4). Sentencia 58/2018. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534.

Tribunal Constitucional Español. (2018, diciembre 13). Sentencia 133/2018. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/25816>.

Tribunal Constitucional Español. (2019, febrero 25). Sentencia 24/2019. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4439.

Tribunal Constitucional Español (2019, febrero 25). Sentencia 25/2019. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion>Show/25866>.

Tribunal Constitucional Español. (2020, enero 27). Sentencia 6/2020. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2933.

Tribunal Constitucional Español. (2020, febrero 24). Sentencia 27/2020. Recuperado de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion>Show/26246>.

Tribunal Constitucional Español. (2020, noviembre 19). Sentencia 172/2020. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-16819>.

Tribunal Constitucional Español. (200, enero 27). Sentencia 8/2022. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-2923.

Corte Suprema de Estados Unidos. (1964, marzo 9). Caso Nueva York Times Co. v. Sullivan.

Corte Europea de Derechos Humanos. (1985, marzo 25). Barthold vs Alemania. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-61990>, 29/04/2024.

Corte Europea de Derechos Humanos. (1995, febrero 10). Caso Allenet de Ribemont vs. Francia. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-62470>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (1998, septiembre 23). Caso Lehideux e Isorni vs. Francia. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-62802>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (1999, enero 21). Caso Fressoz y Roire vs. Francia. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-63456>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (2002, febrero 26). Caso Unabhängige Initiative Informationsvielfalt vs. Austria. Recuperado de Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-64731>.

Corte Europea de Derechos Humanos. (2004, junio 2004). Caso Von Hannover vs. Alemania. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-66402>,

Corte Europea de Derechos Humanos. (2007, marzo 1). Tonsbergs Blad AS vs. Noruega. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-79660>.

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

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

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

AGUSTÍN GODOY
Universidad de la Repùblica (Uruguay)
agustingodoyalbergati@gmail.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-0136-1213>

Recibido: 30/04/2024 - Aceptado: 10/06/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:
Godoy, A. (2024). El Estado en el mercado: herramientas jurídicas para la intervención en la economía.
Revista de Derecho, 23(45), 89-109. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.6>

El Estado en el mercado: herramientas jurídicas para la intervención en la economía

89

Resumen: La economía es un fenómeno del que ningún individuo logra escapar. Queramos o no, nuestra vida está en parte determinada por este fenómeno, e invade varios aspectos de nuestra cotidianidad. Con el pasaje del tiempo, el elenco de agentes económicos fue creciendo, no solo en cantidad de número, sino de categoría, incorporándose entre ellos el Estado, una persona jurídica con una influencia muy particular. A través de este trabajo, se analizará las herramientas con las que cuenta el Estado uruguayo para intervenir en la economía, a través de los diferentes roles que desempeña y las diferentes personas jurídicas públicas existentes.

Palabras clave: Estado, economía, intervención estatal, agentes económicos, herramientas jurídicas

The State in the market: legal tools for intervention in the economy

Abstract: The economy is a phenomenon from which no one can escape. Whether we like it or not, our lives are partly determined by this phenomenon, and it invades various aspects of our daily lives. With the passage of time, the list of economic agents grew, not only in number, but also in category, incorporating among them the State, a legal entity with a very particular influence. Through this work, the tools that the Uruguayan State has to intervene in the economy will be analyzed, through the different roles it plays and the different existing public legal entities.

Keywords: State, economy, state intervention, economic agents, legal tools

90

O Estado no mercado: instrumentos jurídicos de intervenção na economia

Resumo: A economia é um fenómeno do qual nenhum indivíduo pode escapar. Quer queiramos quer não, as nossas vidas são parcialmente determinadas por este fenómeno, que invade vários aspectos da nossa vida quotidiana. Com o passar do tempo, o elenco dos agentes económicos cresceu, não só em número, mas também em categoria, incorporando entre eles o Estado, pessoa jurídica com uma influência muito particular. Através deste trabalho serão analisadas as ferramentas que o Estado uruguai dispõe para intervir na economia, através dos diferentes papéis que desempenha e das diferentes entidades jurídicas públicas existentes.

Palavras-chave: Estado, economia, intervenção estatal, agentes económicos, instrumentos jurídicos

1. Introducción

La economía es un fenómeno del que ningún individuo logra escapar. Queramos o no, nuestra vida está en parte determinada por este fenómeno, e invade varios aspectos de nuestra cotidianidad.

Sin embargo, no siempre ha incidido de la misma manera en nuestras vidas. Al abandonar la fase mercantilista, e ingresar al capitalismo de la mano de las concepciones fisiocráticas y clásicas, la economía y su vinculación con el individuo ha ido en aumento.

Con la caída del Antiguo Régimen y el nacimiento de una nueva clase gobernante (los burgueses), la actividad económico-comercial tuvo un rol de mayor preponderancia a nivel político que de antaño, cuando el mundo se encontraba gobernado por la aristocracia y el clero, que dominaban la escena política de los Estados medievales,

Así, el elenco de agentes económicos fue creciendo, no solo en cantidad de número, sino de categoría. Pero no solamente el individuo se ha acercado a la economía y ha jugado un rol más preponderante

Desde el surgimiento de los Estados-nación modernos a finales del siglo XVIII, los roles que esta nueva institución ha desarrollado fueron cambiando paulatinamente, pasando de un inicio abstencionista, regido por la conocida ley fisiocrata del *"laissez faire, laissez passer"*, al rol que gran parte de los Estados desarrolla actualmente, con un modelo de intervención, de lo moderado a lo absoluto.

Lo que sí es claro, y nos lo enseña muy bien el afamado autor español, Ariño Ortiz, es la necesidad del Estado en nuestra vida en general, y en la economía en particular:

El Estado resulta absolutamente necesario para el mantenimiento de cualquier sociedad mínimamente civilizada y, desde luego, de las sociedades avanzadas contemporáneas.

El Estado que conocemos no es una casualidad histórica o un capricho organizativo; es la estructura que las sociedades, en su avance, han generado, porque la necesitaban.

No podemos prescindir del Estado, como no podemos prescindir de la civilización. (Ariño Ortiz, 1999, p. 28)

91

■

En virtud de esto, es que, a través de este trabajo, nos proponemos analizar las herramientas con las que cuenta el Estado uruguayo para intervenir en la economía, a través de los diferentes roles que desempeña y las diferentes personas jurídicas públicas existentes.

2. La economía como ciencia

Comencemos este análisis con la enunciación de conceptos propios de la ciencia económica.

Desde el punto de vista del individuo, la economía se concentra en el estudio de la asignación de sus recursos escasos de forma de obtener la satisfacción máxima de sus preferencias (Bergara, M., Berretta, N., Della Mea, U., Fachola, G., Ferre, Z., González,

M.J. Patrón, R., Rossi, M., Spremolla, A., Tansini, R., Terra, I., Torello, M., Triunfo, P., Vaillant, M., Vicente, L., 2003).

Por otra parte, desde el punto de vista de la sociedad, el interés se centra en cómo obtener el máximo nivel de bienestar dados los recursos disponibles.

Así las cosas y como primera aproximación, podemos determinar el objeto de la economía como el estudio del comportamiento de los individuos y las organizaciones que estos conforman, como las empresas, las familias, el Estado, etc. La decisión fundamental a la que se enfrentan todas estas organizaciones es entre los deseos casi ilimitados de sus integrantes por bienes y servicios y los recursos limitados con que se cuenta para satisfacerlos.

Por ello, también se podría definir la economía como el estudio de la decisión de la sociedad sobre qué producir, cómo producir y para quién producir. La consecuencia obvia de la escasez es la necesidad de elección. (Bergara, M., Berretta, N., Della Mea, U., Fachola, G., Ferre, Z., González, M.J., Patrón, R., Rossi, M., Spremolla, A., Tansini, R., Terra, I., Torello, M., Triunfo, P., Vaillant, M., Vicente, L., 2003)

3. El Derecho y la economía

Como bien señala Ariño Ortiz, la relación entre Derecho y economía implica, en primer término, que cada sistema económico tiene su propio Derecho económico.

92

■ Durante los siglos XVIII y XIX aparece la idea de una ordenación natural de la economía en sí misma que dará lugar a un sistema jurídico basado en la libertad, para no perturbar el *“orden natural económico”*. Esta concepción es sostenida por los fisiócratas franceses y, sobre todo, con Adam Smith y la escuela escocesa de finales del siglo XVIII, viendo al orden económico como un orden natural, con racionalidad en sí mismo, que no debe estar mediatizado por ideas morales.

Sin embargo, la historia nos ha demostrado que es un hecho también que el orden natural de la economía en búsqueda de la eficiencia económica, suele estar en conflicto con valores humanos tales como la solidaridad, la justicia distributiva, la protección de los niños, ancianos y enfermos. Y es claro que, en la solución de estos conflictos, cada gobierno y cada sociedad debe establecer unos niveles mínimos de atención al individuo que desea brindar, sea uno eficiente, acorde con el grado de desarrollo de cada país.

Apunta con acierto el citado autor español que la mayoría de las instituciones jurídico económicas o son comunes a los distintos sistemas o, cuando menos, funcionalmente similares, pero, a pesar de esta similitud de elementos, el sistema económico condiciona, tanto la estructura del conjunto institucional, como la concreta función de cada una de las instituciones.

Así las cosas, el Derecho económico se presenta como

un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, no sólo con arreglo a simple criterio de jerarquía normativa, sino también en función de la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema (Ariño Ortiz, 1999, p. 8).

Por tanto, la relación entre Economía y Derecho puede expresarse primariamente en los siguientes términos:

- a. La economía tiene sus leyes, que son bastante autónomas e inexorables, en busca de la eficiencia productiva, pero una aplicación incondicionada de las mismas, puede dejar a muchas personas por el camino.
- b. Las leyes económicas son leyes de producción y quizás consiguen maximizar esta, pero no tienden a la distribución de lo producido.

A pesar de ello, el Derecho (visto como derechos fundamentales y los principios rectores de la política social) imponen determinados parámetros en base a valores, principio de justicia y humanidad, que el orden económico no puede violentar.

De esta forma, podemos concluir que **la economía está el servicio del individuo, y el Derecho, como pauta, normas y principios en lo que cristalizan los valores humanos, debe configurar el sistema económico.**

4. La aparición de John Maynard Keynes

El siglo XX comienza con una Europa inmersa en una carrera armamentista, como consecuencia de una intensa etapa de expansionismo y colonialismo en África que desemboca en la Primera Guerra Mundial, con la muerte del archiduque Francisco Fernando, heredero al trono del Imperio Austrohúngaro.

93

Tras cuatro sangrientos años, el mapa político de Europa y el orden geopolítico mundial cambia sustancialmente, siendo testigos del fin de las antiguas monarquías europeas de talante totalitario y estableciendo un nuevo jugador crucial en la política internacional: Estados Unidos.

Sin embargo, la crisis económica de la posguerra y, sobre todo, la Gran Depresión de 1929, que se expandió desde Estados Unidos a todo el mundo desarrollado, entabló un gran cuestionamiento al capitalismo liberal. Las revueltas sociales, las huelgas y el desencanto por el sistema económico se generalizaron alimentando la difusión de las tesis marxistas.

El sistema capitalista, que buscaba una salida para superar la crisis, encontró su salvación en la obra del economista británico John Maynard Keynes *“La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero”* de 1936, mediante la cual el autor logró no solo apuntalar el capitalismo, sino también revitalizarlo.

Keynes postuló como axioma fundamental la intervención estatal para dirigir la política económica. Así, se propone que el Estado ordene, mediante controles centrales, la demanda agregada de consumo, utilizando su sistema de impuestos o eventualmente otros medios, y ajuste los incentivos para invertir fijando la tasa de interés y actuando sobre las expectativas de inversión, a través de *“una socialización bastante completa de las inversiones [como] único medio de aproximarse a la ocupación plena”* (Keynes, 1970, p. 332).

Ello se debe a que, en la base de su teoría, se encuentra el pensamiento de que, de manera sucesiva, los mercados de trabajo, consumo, inversión y dinero funcionan con

fallos respecto a los supuestos de comportamiento neoclásicos. Es por ello que Keynes sostiene que debe construirse una teoría general nueva; un nuevo modelo, cuyos argumentos, supuestos y variables, sí recojan fidedignamente cómo funcionan esos mercados, de forma imperfecta, para poder entender la realidad económica y así lograr aminorar los problemas o atacar las situaciones de subproducción y subempleo, causadas fundamentalmente por una insuficiencia de la demanda de inversión.

De esta forma, y al decir de Keynes, el sistema capitalista es conceptualizado como inestable, ya que tiende a operar por debajo del pleno empleo, por lo que en la medida en que no se utilizan todos los recursos, se incurre en cierta ineficiencia económica.

5. El Estado como agente económico

Viendo la relevancia que el Estado ha adquirido desde el siglo XX en esta materia, comenzemos por formular una conceptualización de agente económico, para después describir al Estado en ejercicio de este rol.

Como primera aproximación, podemos considerar a un agente económico como toda persona natural o jurídica que participa en la economía, desempeñando cualquier clase de actividad económica. Es entonces que podemos afirmar que los agentes económicos pueden ser entendidos como los entes que actúan y toman decisiones dentro de un mercado.

En este contexto, también podemos afirmar que el Estado califica como agente económico, esto debido a que su papel es el de administrar los recursos de su territorio y crear las estrategias adecuadas para que todos puedan explotarlo. Además, actúa como un agente recaudador de impuestos, lo que sirve para financiar las políticas públicas que debe llevar a cabo. Por ende, es uno de los agentes económicos más grandes de una nación e incluso puede ser propietario de compañías públicas y privadas. Aquí vemos lo amplio que es el concepto de agente económico.

Así las cosas, el Estado es un agente muy importante, dada su capacidad de influir en la actividad económica, por medio de la imposición de impuestos, subsidios, etc.

El sector público está formado por el conjunto de organismos que mantienen algún grado de dependencia funcional, presupuestaria o jerárquica con respecto al poder central del Estado.

En el caso uruguayo el sector público está compuesto por diferentes organismos que se pueden clasificar en Gobierno Central (Gobierno Central consolidado y Gobiernos Departamentales) y organismos públicos, los cuales a su vez podemos dividir en entes autónomos y servicios descentralizados.

6. El caso uruguayo: un poco de historia

El Intervencionismo estatal en la economía se vio tempranamente en nuestro país, prácticamente desde el comienzo de la República, invocándose para ello diversos fundamentos.

Recordemos primero el contexto en que nace Uruguay.

Un siglo XIX en el que se establecían grandes imperios europeos industrializados con una distribución del poder mundial muy diferente a la actual, mientras que, en América del Sur, se daba primordialmente el desarrollo de la actividad primaria con exportación de materias primas.

Así, comienza a finales del siglo XIX, una serie de intervenciones por parte del Estado, a efectos de ayudar a estructurar la matriz económica del país.

Durante la presidencia del Dr. Julio Herrera y Obes, **se funda en el año 1892 el Banco Hipotecario del Uruguay**, a partir de la Sección Hipotecaria del quebrado Banco Nacional de la República Oriental del Uruguay, operando con accionistas y tenedores de cédulas y de títulos hipotecarios y con un aporte estatal de cuatro millones de pesos en deuda pública, concedidos en propiedad.

Posteriormente, **en el año 1896** y bajo la presidencia de Juan Idiarte Borda, se sanciona la Ley N° 2.480 por la que **se crea el Banco de la República Oriental del Uruguay**, una institución que tenía pensado en sus orígenes ser de capital tanto estatal como privado, pero cuya integración privada nunca se concretó.

95

De acuerdo a los diarios de sesiones de la época, con la creación del Banco, se buscaba combatir la usura y garantizar el derecho al acceso a crédito de los habitantes de la República.

Ya en el siglo XX, bajo las presidencias de José Batlle y Ordóñez y Claudio Wiliman (1903 – 1915) se promovieron fuertes estatizaciones y nacionalizaciones.

La **nacionalización** de empresas extranjeras como la **Sociedad Ferrocarril y Tranvía del Norte**, de capitales ingleses y alemanes, impidiendo que los beneficios fueran a parar a las arcas de accionistas de países fuera del continente.

Con la Ley N° 3.935 de 27 de diciembre de **1911 es creado el Banco de Seguros del Estado**, a efectos de que se pueda acceder a primas de seguros más baratas y accesibles.

En este año, se efectiviza también la modificación de la carta orgánica del Banco República para hacerlo enteramente estatal, otorgándole el monopolio de la emisión de la moneda.

Y al año siguiente, el presidente José Batlle y Ordóñez, junto a su ministro de Hacienda, José Serrato, presentan el proyecto de nacionalización del Banco Hipotecario y el 8 de junio de ese año es estatizado.

Con posterioridad, se promovió el monopolio del Estado de los servicios públicos más importantes, como las **Usinas Eléctricas y Teléfonos del Estado** a través de la Ley N° 4.273 de 21 de octubre de 1912.

Como observa la bibliografía especializada, las estatizaciones fueron prudentes desde el punto de vista de global de la economía, en cuanto involucraron empresas de servicio público a las que el Estado podía asegurar su buen funcionamiento y abaratar los precios para el público que estaría obligado a utilizar esos servicios. Se visualizó como necesidad agilitar el desarrollo del país, evitando los pormenores que puede atraer un monopolio privado. Tengamos en cuenta que los cracs bancarios y el arrastre a la bancarrota de numerosos negocios particulares era una experiencia muy vívida en la plaza montevideana durante el siglo XIX (Aguerre, 2020).

La participación tan activa del Estado como prestador de servicios derivó en la inclusión del artículo 100 de la Constitución de la República de 1918 permitiendo el desarrollo de entes del dominio industrial y comercial del Estado.

Con este marco normativo, y a lo largo del siglo XX, el rol del Estado prestador tuvo un crecimiento menos acelerado pero constante, con la creación de nuevos entes, como la **Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland** con la Ley N° 8.764 de 15 de octubre de 1931, las **Primeras Líneas Uruguayas de Navegación Aérea** a través de la Ley N° 11.740 de 12 de noviembre de 1951, la **Administración de Ferrocarriles del Estado** con la Ley 11.859 del 19 de setiembre de 1952, la **Administración de las Obras Sanitarias del Estado** a través de la Ley N° 11.907 de 19 de diciembre de 1952, entre otros.

Ahora bien, con la evolución del Estado social de Derecho, también avanzó las formas con las que el Estado intervenía en la economía, pasando de un prestador, a un garante, donde lo que se busca es asegurar que las prestaciones lleguen a la población, ya sea a través de terceros con condiciones de accesibilidad y calidad mínimas, o a través del Estado mismo.

Por ello, analizaremos a continuación el elenco de mecanismos que tiene el Estado para intervenir en la economía.

7. Tipos de intervención en la economía

Según destaca la bibliografía económica especializada (Bergara, M., Berretta, N., Della Mea, U., Fachola, G., Ferre, Z., González, M.J., Patrón, R., Rossi, M., Spremolla, A., Tansini, R., Terra, I., Torello, M., Triunfo, P., Vaillant, M., Vicente, L, 2003), existen -al menos- cuatro maneras fundamentales mediante las que el Estado interviene en la economía:

- i) a través de la regulación (estableciendo normas de funcionamiento);
- ii) a través de los ingresos (recaudando dinero para desarrollar sus actividades);
- iii) a través de los gastos (realizando actividades), y;
- iv) a través de las empresas públicas (dirigiendo empresas similares a las del sector privado, muchas veces bajo el régimen de un monopolio legal).

Teniendo en cuenta estos conceptos, desarrollaremos a continuación, las distintas herramientas jurídicas con las que cuenta el Estado para intervenir en la economía.

8. Herramientas jurídicas de intervención estatal en la economía

8.1 Participación del Estado como estructurador de políticas sectoriales y fomento de actividades

8.1.1 Políticas sectoriales

Con la sanción de la Constitución de 1967, se regresa a la figura presidencialista, luego de más de diez años de colegiado.

Pero este regreso a la figura presidencialista se concreta con mayor ímpetu y fuerza, asignándole al nuevo Poder Ejecutivo, mayores poderes y un rol más protagónico en la conducción y fijación de las políticas sectoriales del país.

En efecto, Cajarville realiza un análisis histórico en el que destaca este rol del Poder Ejecutivo:

La Constitución de 1967 concibió y diseñó un Poder Ejecutivo conductor y orientador político (...) El fortalecimiento del ejecutivo en ese ámbito es un fenómeno universalmente constatado. En el Estado contemporáneo, conformador del orden económico y social, los órganos parlamentarios carecen de la homogeneidad, ductilidad y en buena medida de la aptitud técnica necesarias para conducir una política económica; el producto típico de su actividad -la ley- no tiene la flexibilidad imprescindible para adecuarse a la cambiante realidad de la vida económica y financiera (...) Sobre tales supuestos constitucionales, varias leyes [hoy "decretos-leyes"] dictadas a partir de 1974 atribuyen al Poder Ejecutivo la potestad de "fijar", "formular" o establecer la política a aplicar en diversos sectores de la actividad nacional y "controlar" su ejecución (...) las leyes le confieren esa potestad de orientación, impulso y coordinación que ejercerá, por supuesto, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente y al condicionamiento técnico y económico de cada sector... (Cajarville, 2012, p. 56)

97

Así, dicha Constitución trajo varias modificaciones, como la intensificación de las potestades de colegislador del Poder Ejecutivo, otorgándole iniciativas privativas en materia económica-financiera, tales como proponer el monto de la Deuda Pública Nacional, la propuesta de creación y supresión de empleos y servicios públicos, la fijación y modificación de dotaciones, así como la autorización para los gastos, propuesta de exoneraciones tributarias o fijación de salarios mínimos o precios de adquisición a los productos o bienes de la actividad pública o privada, iniciativa presupuestal y fijación de planes y programas.

A efectos de que el lector no tenga que remitirse al texto constitucional para continuar el análisis, transcribimos a continuación los artículos más relevantes:

Artículo 85, numeral 6:

Autorizar, a iniciativa del Poder Ejecutivo, la Deuda Pública Nacional, consolidarla, designar sus garantías y reglamentar el crédito público, requiriéndose, en los tres primeros casos, la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

Artículo 86:

La creación y supresión de empleos y servicios públicos; la fijación y modificación de dotaciones, así como la autorización para los gastos, se hará mediante las leyes de presupuesto, con sujeción a lo establecido en la Sección XIV.

Toda otra ley que signifique gastos para el Tesoro Nacional, deberá indicar los recursos con que serán cubiertos. Pero la iniciativa para la creación de empleos, de dotaciones o retiros, o sus aumentos, asignación o aumento de pensiones o recompensas pecuniarias, establecimiento o modificación de causales, cómputos o beneficios jubilatorios corresponderá, privativamente, al Poder Ejecutivo.

Artículo 133:

Todo proyecto de ley puede tener su origen en cualquiera de las dos Cámaras, a consecuencia de proposiciones hechas por cualquiera de sus miembros o por el Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 6º del artículo 85 y artículo 86.

Requerirá la iniciativa del Poder Ejecutivo todo proyecto de ley que determine exoneraciones tributarias o que fije salarios mínimos o precios de adquisición a los productos o bienes de la actividad pública o privada.

El Poder Legislativo no podrá aumentar las exoneraciones tributarias ni los mínimos propuestos por el Poder Ejecutivo para salarios y precios ni, tampoco, disminuir los precios máximos propuestos.

98

Artículo 168 numeral 7:

Proponer a las Cámaras proyectos de ley o modificaciones a las leyes anteriormente dictadas. Dichos proyectos podrán ser remitidos con declaratoria de urgente consideración.

La declaración de urgencia deberá ser hecha simultáneamente con la remisión de cada proyecto, en cuyo caso deberán ser considerados por el Poder Legislativo dentro de los plazos que a continuación se expresan, y se tendrán por sancionados si dentro de tales plazos no han sido expresamente desechados, ni se ha sancionado un proyecto sustitutivo. Su trámite se ajustará a las siguientes reglas...

Artículo 214

El Poder Ejecutivo proyectará con el asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, el Presupuesto Nacional que regirá para su período de Gobierno y lo presentará al Poder Legislativo dentro de los seis primeros meses del ejercicio de su mandato...

Artículo 231

La ley dictada por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara podrá disponer expropiaciones correspondientes a planes y programas de desarrollo económico, propuestas por el Poder Ejecutivo, mediante una justa indemnización y conforme a las normas del artículo 32.

Además de los poderes referidos, la Constitución también otorgó al Poder Ejecutivo **poderes de control y coordinación** de Entes Autónomos y Servicios descentralizados mucho más fuertes que los de antaño, al permitir que se pueda, ante la inconveniencia o ilegalidad de la gestión o de los actos del directorios o directores generales, formular las observaciones que crea pertinentes, así como disponer la suspensión de los actos observados:

Artículo 197

Cuando el Poder Ejecutivo considere inconveniente o ilegal la gestión o los actos de los Directorios o Directores Generales, podrá hacerles las observaciones que crea pertinentes, así como disponer la suspensión de los actos observados.

En caso de ser desatendidas las observaciones, el Poder Ejecutivo podrá disponer las rectificaciones, los correctivos o remociones que considere del caso, comunicándolos a la Cámara de Senadores, la que en definitiva resolverá. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 198.

Artículo 198

Lo dispuesto en el artículo precedente es sin perjuicio de la facultad del Poder Ejecutivo de destituir a los miembros de los Directorios o a los Directores Generales con venia de la Cámara de Senadores, en caso de ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan.

Si la Cámara de Senadores, no se expidiera en el término de sesenta días, el Poder Ejecutivo podrá hacer efectiva la destitución.

Cuando lo estime necesario, el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, podrá reemplazar a los miembros de Directorios o Directores Generales cuya venia de destitución se solicita, con miembros de Directorios o Directores Generales de otros Entes, con carácter interino y hasta que se produzca el pronunciamiento del Senado.

Las destituciones y remociones previstas en este artículo y en el anterior, no darán derecho a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

99

■

Por otra parte, también consolida al Poder Ejecutivo como conductor de las políticas sectoriales, la institucionalización de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, órgano asesor especializado cuyo antecedente es la Comisión de Inversiones y Desarrollo Económico (CIDE), organismo público interministerial que funcionó entre 1960 y 1967:

Artículo 230

...La Oficina de Planeamiento y Presupuesto asistirá al Poder Ejecutivo en la formulación de los planes y programas de desarrollo, así como en la planificación de las políticas de descentralización que serán ejecutadas:

A) Por el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, respecto de sus correspondientes cometidos.

B) Por los Gobiernos Departamentales respecto de los cometidos que les asignen la Constitución y la ley. A estos efectos se formará una Comisión Sectorial que estará exclusivamente integrada por delegados del Congreso de Intendentes y de los

Ministerios competentes, la que propondrá planes de descentralización que, previa aprobación por el Poder Ejecutivo, se aplicarán por los organismos que corresponda. Sin perjuicio de ello, la ley podrá establecer el número de los integrantes, los cometidos y atribuciones de esta Comisión, así como reglamentar su funcionamiento.

La Oficina de Planeamiento y Presupuesto tendrá además los cometidos que por otras disposiciones se le asignen expresamente así como los que la ley determine...

8.1.2 Actividades de Fomento

En ejecución de determinadas políticas sectoriales, y como conductor de la política económica nacional, el Estado, a través Poder Ejecutivo, pone en práctica determinadas medidas de fomento o desestímulo de la actividad económica, bajo la existencia de determinados parámetros.

Por ejemplo, la **aplicación de subsidios** a determinadas ramas de actividad, lo que facilita el acceso de los usuarios a determinados tipos de servicios. De esta forma, se garantiza el acceso y se cubren los menores ingresos obtenidos por el operador en la prestación del servicio.

Si bien esta alternativa es más transparente que los subsidios cruzados, dependerá de la habilidad del Estado para ponerla en práctica y de la disponibilidad de los recursos necesarios. El subsidio puede provenir:

- 100
a) del Tesoro Nacional (tributos y otras rentas),
- b) de las empresas que operan en el mercado o
- c) por los propios usuarios;

Esto puede concretarse a través de determinadas tarifas establecidas en función a niveles de consumo o mediante la implementación de tarifas uniformes que promedien los costos totales del servicio.

Otra alternativa de fomento es la de establecer **fondos de afectación especial**, tales como los Fondos de Servicio Universal. Esta alternativa permite financiar a través de un aporte periódico, a un fondo que apoye determinados tipos de actividades, tales como fondos de investigación del hidrógeno verde, o de fomento de la actividad audiovisual.

El establecimiento de fondos de estas características busca cumplir con determinados objetivos específicos tales como:

1. Subsidiar costos de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de determinada actividad.
2. Incentivar determinadas áreas de desarrollo estratégicas para el país.

Otro mecanismo es el que se obtiene mediante la **promoción de inversiones**.

A través de la N° 16.906 de 7 de enero de 1998, se creó un sistema a través del cual se otorgan determinados beneficios tributarios a los proyectos que se presenten y cumplan con metas y objetivos relacionados con varios indicadores entre los que se encuentran los de generación de empleo, aumento de exportaciones, descentralización, tecnologías limpias, indicador sectorial e investigación, desarrollo e innovación.

De esta forma, el Estado deja de percibir ingresos, aplicándolos a desarrollo de proyectos que por sus características merecen ser promovidos.

Finalmente, y en la misma línea de lo que venimos desarrollando, y que se conecta tangencialmente con lo que se desarrollará en la siguiente sección, los instrumentos tributarios además de incentivar la actividad, pueden desincentivarla.

En efecto, el desarrollo de determinadas actividades o de ciertos bienes pueden no ser considerados óptimos para el desarrollo de la sociedad. Por ello, en vez llegar al extremo de prohibir, el Estado interviene en el mercado gravando, a efectos que la sociedad deje de consumir. Este puede ser el caso del alto porcentaje de del Impuesto Específico Interno (IMESI) que grava al cigarrillo, siendo una política de Estado el desestímulo de su consumo.

8.2. Participación del Estado como limitador de derechos individuales

En virtud del orden económico, el Estado debe hacer primar los aspectos de interés general por sobre los de los particulares, y ello conlleva muchas veces, la limitación de derechos individuales.

Como régimen general, el artículo 7 de la Constitución de la República admite la limitación de derechos individuales siempre que se reúnan dos condiciones fundamentales: que sea por ley -en sentido orgánico formal- y por razones de interés general.

Valiéndose de la ley, el Estado puede restringir la concurrencia o los márgenes de ganancia, en pos del interés general.

101

Veamos en detalle estos instrumentos.

8.2.1 Fijación de precios máximos de venta

Ya desde 1968, con la sanción de la **Ley N° 13.720**, se crea Comisión de Productividad, Precios e Ingresos para la actividad privada con la finalidad de *“articular medidas encaminadas a contrarrestar los actuales factores inflacionarios, promover niveles óptimos en la producción nacional y lograr una equitativa distribución del ingreso”*.

Con posterioridad, con el **Decreto-Ley N° 14.791** de 8 de junio de 1978 se transforma dicha Comisión en la Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos (DINACOPRIN) y se le asigna al Poder Ejecutivo fuertes competencias restrictivas, a saber:

- a) Establecer la nómina de los bienes y de los servicios de la actividad privada cuyos precios serán regulados administrativamente;
- b) Regular los precios de los bienes y de los servicios a que se refiere el apartado anterior;
- c) Vigilar el funcionamiento del mecanismo del mercado respecto de los bienes y de los servicios cuyos precios se regulan por la oferta y la demanda, investigando los elementos que limiten la libre concurrencia;
- d) Adoptar las pertinentes medidas correctivas tendientes a evitar la acción de los elementos limitantes aludidos en el literal c);

- e) Dictar normas referentes a ingresos y, en particular, formular las categorías laborales y regular las remuneraciones de los trabajadores de la actividad privada.

La norma exceptúa de los literales a) y b) del artículo anterior las siguientes actividades:

- a) Las operaciones sobre inmuebles;
- b) Las exportaciones;
- c) Las transacciones sobre valores cotizados en la Bolsa;
- d) Las ventas en remates o subastas respecto de bienes cuya venta o cotización fuese habitual por ese sistema;
- e) Las ofertas en caso de llamados de precios o procedimientos de licitación pública tendientes a la compra de bienes o a la contratación de servicios.

A su vez, también fuera del marco de la presente ley, la regulación de los precios de los productos del agro y de la pesca en su comercialización en estado natural, la que podrá realizarse por las autoridades u organismos públicos competentes.

8.2.2 Servicios públicos y monopolios

Si bien desde la perspectiva económica, un servicio público exclusivo y un monopolio implican lo mismo, es decir, la existencia de un único productor de un bien o un servicio que no tiene sustitutos, jurídicamente son diferentes.

La diferencia principal radica en la titularidad de ese servicio.

102

El maestro del Derecho Administrativo uruguayo, Enrique Sayagués Laso define al servicio público como las “actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (Sayagués Laso, 2022, p. 70)

En particular, el **servicio público exclusivo** se configura cuando este servicio debe necesariamente ser prestado por el Estado y no por un tercero concesionario.

Este sería el caso del servicio público de suministro de agua potable, previsto de esta forma en el artículo 47 de la Constitución de la República.

Por el contrario, el monopolio se da cuando una actividad librada al ámbito privado es desempeñada únicamente por una persona, de acuerdo al mandato legal.

La Constitución prevé que el **monopolio** -como restricción a derechos individuales- requiere ley en sentido orgánico formal. Así lo establece el artículo 85 numeral 17: “Conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”.

Si bien son cada vez menos los monopolios que existen, podemos nombrar el de importación y refinamiento de crudo (Ley N° 8.764) o el de seguros de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (Ley N° 16.074).

Por otra parte, la Constitución también prevé en el artículo 85 numeral 21 que se requiere ley para conceder **privilegios industriales** conforme a las leyes.

8.3 Participación del Estado como prestador

Hemos analizado ya parte de este rol, al analizar la evolución histórica del Estado Uruguayo.

A través de esta herramienta, se procura que el Estado se encargue de la prestación de los servicios de interés social y que el resto de los operadores solamente presten los servicios a quienes puedan pagarlos. En la prestación de estos servicios no prima la obtención del lucro, sino la accesibilidad a los servicios prestados.

El artículo 185 de la Constitución establece que la actividad del dominio industrial y comercial del Estado deben realizarse a través de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, dependiendo del grado de descentralización que fije la Constitución y las leyes.

Así, el Estado ha desarrollado y desarrolla mucha actividad comercial e industrial, ya sea en régimen de exclusividad (como vimos en el apartado anterior) o en competencia.

Así, hay actividad prestacional estatal en el área financiero bancaria (BROU), en servicios básicos como suministro de energía eléctrica (UTE), agua potable (OSE), telecomunicaciones (ANTEL), entre otros.

8.4 Participación del Estado como regulador

El fenómeno del Estado como regulador hace cuña en la noción del Estado garante, en el cual lo importante ya no es brindar una prestación, sino garantizar que la población reciba el servicio o el bien de la mejor manera posible. Este control se realiza con independencia técnica, a través de reguladores, tales como la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA) o la Unidad Reguladora de Servicios en Comunicaciones (URSEC).

103

Así, la existencia de regulaciones presupone entonces un alejamiento de la situación que surgiría del libre funcionamiento de los mercados. La justificación económica de las mismas se basa en, por un lado, mejorar la eficiencia de la economía (por ejemplo, en lo que hace a problemas de información imperfecta, externalidades, etc.), y, por otro lado, lograr mejoras en términos de equidad, hecho que no se asegura con el libre funcionamiento de los mercados.

Las diferentes regulaciones pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

- i) **Controles de entrada y salida de los mercados.** En general, se acepta que cuando el Estado determina quién está autorizado a ofrecer un producto está en mejores condiciones de controlar precios y calidades, y de proteger el medio ambiente limitando aquellas actividades que lo afectan desfavorablemente en un grado importante. De manera que existen una serie de mercados donde la entrada presupone un permiso, una licencia o autorización del gobierno, por ejemplo, en la actividad minera.
- ii) **Controles relacionados a los procesos de producción.** En esta categoría se incluyen aquellas regulaciones que o bien reglamentan los insumos utilizados en el proceso de producción, o las características del proceso de producción. En el primer caso se incluye, por ejemplo, toda la normativa referida a las propiedades de los alimentos,

así como a los procesos de envasado y conservación. En la segunda categoría se podrían incluir, por ejemplo, normas tendientes a controlar el consumo de agua potable en una industria, o la emisión de sustancias tóxicas al medio ambiente.

- iii) **Controles sobre la información.** Esta forma de regulación tiene por objetivo que la información acerca de los atributos de un producto, un proceso, o situación (por ejemplo, condiciones de trabajos riesgosas) sean claramente especificadas. Son ejemplos de este tipo de regulaciones, la obligación de incluir en la propaganda de algunos productos, que los mismos son nocivos para la salud, la fecha de vencimiento de algunos productos en los envases, etc.
- iv) **Derechos de mercado.** El Estado puede vender derechos o permisos de algunos bienes o servicios de forma de limitar su uso. Un ejemplo típico lo constituyen los derechos de polución. Una vez que el Estado vende estos derechos los mismos pueden ser negociados en el mercado libremente, siendo entonces éste, en última instancia, quien determina su valor. Este tipo de regulación de la actividad económica no se ha desarrollado en Uruguay.
- v) **Imposición de mayores cargas a los concesionarios.** Bajo este modelo, se impone a los prestadores determinadas obligaciones vinculadas a la prestación del servicio en áreas rurales o periféricas, fijación de determinadas metas. Sin embargo, estas obligaciones pueden generar ciertos derechos exclusivos, estableciéndose una concurrencia limitada o manteniéndose las restricciones a la competencia para la prestación de los servicios esenciales

104

8.5 Participación del Estado como comprador de bienes y servicios

Para el cumplimiento de sus cometidos, el Estado necesita adquirir bienes y servicios. Esto lo convierte como uno de los principales compradores de insumos en el mercado uruguayo y que muchos proveedores buscan tener como cliente.

Sin embargo, la normativa nacional ha determinado que incluso en ese factor, donde se obtienen esos insumos para el cumplimiento de cometidos, el Estado influye en el mercado, favoreciendo a determinados proveedores o a determinado tipo de productos.

Así, el artículo 58 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) dispone la **aplicación de un margen de preferencia** “en el precio de los bienes, servicios y obras públicas que califiquen como nacionales” siempre que exista paridad de calidad o de aptitud con los bienes, servicios y obras públicas que no califiquen como nacionales.

El margen de preferencia deberá hacerse constar en el pliego de bases y condiciones generales y no aplicará para las compras que hagan los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado que estén en competencia.

El mismo artículo detalla que el margen de preferencia para bienes, servicios y obra pública será del 8%.

En el caso de bienes, el margen se aplicará sobre el precio del bien nacional puesto en almacenes del comprador.

Para el caso de servicios, se aplicará sobre el precio del servicio y cuando el servicio incluya el suministro de bienes, el monto sobre el que se aplicará el margen de preferencia no considerará el precio de aquellos bienes que no califiquen como nacionales,

Finalmente, y para el caso de obras públicas, se aplicará sobre la mano de obra nacional y los materiales nacionales.

Por otra parte, el mismo artículo prevé otros márgenes de preferencia.

Así, las empresas que en sus planillas de trabajo incorporen personas afrodescendientes¹, personas con discapacidad² y personas trans³ podrá otorgárseles un margen de preferencia del 4% tanto en bienes como servicios, pudiéndose incorporar al Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para Contratos de Suministros y Servicios No Personales dicho margen.

Otro de los mecanismos que prevé la normativa es el de la Contratación Pública para el Desarrollo.

A través de la Ley N° 18.362, se establece el actual **Programa de Contratación Pública para el Desarrollo**, en cuyo marco podrán emplearse regímenes y procedimientos de contratación especiales, adecuados a los objetivos de desarrollar proveedores nacionales, en particular micro, pequeñas y medianas empresas y pequeños productores agropecuarios y de estimular el desarrollo científico-tecnológico y la innovación.

El artículo 59 del TOCAF establece que, en cada ejercicio, el 10% del monto total de las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas, realizadas serán según los términos establecidos en el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, no pudiendo superar el 20% del total de adquisiciones y contrataciones realizadas por el mismo organismo en cada ejercicio.

105

El artículo también establece que, de recurrirse al **mecanismo de reservas de mercado** a productores o proveedores nacionales, las contrataciones y adquisiciones realizadas bajo este mecanismo no podrán superar el 10% del total de contrataciones y adquisiciones realizadas por un mismo organismo en cada ejercicio.

Adicionalmente, el **artículo 60 del TOCAF establece determinados subprogramas** dentro del de Contratación Pública para el Desarrollo. Entre ellos se encuentra:

A. El subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas⁴, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Industria, Energía y Minería, a través de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas.

B. El subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios, que estará bajo la coordinación del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca⁵

1 De acuerdo a lo consignado en la Ley N° 19.122, de 21 de agosto de 2013 y su reglamentación.

2 Según lo dispuesto por la Ley N° 18.651 de 19 de febrero de 2010 y la Ley N° 19.691 de 29 de octubre de 2018.

3 Conforme a lo establecido en la Ley N° 19.684 de 26 de octubre de 2018 y su reglamentación.

4 Reglamentado por Decreto N° 371/010 de 14 de diciembre de 2010

5 El desarrollo de la producción agropecuaria fue regulado por la Ley N° 19.292 de 16 de diciembre de 2014, con las modificaciones de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 19.685 de 26 de octubre de 2018 y artículos 212 al 214 de la Ley N° 20.075 de 20 de octubre 2022) y reglamentado por Decreto N° 86/015 de 27 de febrero de 2015.

C. Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo Científico-Tecnológico y la Innovación, que estará bajo la coordinación de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación⁶.

El mismo artículo facultó al Poder Ejecutivo a crear y reglamentar nuevos subprogramas, definiendo su participación en el monto total previsto para el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.

Así, se crearon diversos subprogramas.

Por Decreto N° 194/014 de 11 de julio de 2014 creó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de la Industria Farmacéutica.

Con posterioridad se creó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de la Industria Textil y de la Vestimenta por Decreto N° 15/020 de 13 enero de 2020.

Finalmente, en el año 2021 se creó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo de la Industria del Calzado por Decreto N° 296/021 de 9 de setiembre de 2021.

En definitiva, el Estado participa de la economía como comprador, favoreciendo sectores y actores económicos cuyo apoyo se considera de interés general, a través de la aplicación de márgenes de preferencia, reservas de mercado y protección y fomento de áreas de desarrollo, además del establecimiento de una política de compra.

8.6 Participación del Estado a través de la obra pública

106

Finalmente, el Estado interviene en la economía a través de la determinación o priorización de obras que se ejecutarán por razones de interés público.

Ahora bien, ¿qué es la obra pública?

En su conocida obra de “*Contratación de Obra Pública*”, Vazquez realiza un recorrido sobre la conceptualización de la obra pública en la doctrina, tanto comparada como nacional.

A los efectos de este trabajo, nos focalizaremos en la doctrina nacional.

En primer lugar, citando a Varela, el autor concluye que son obra pública las

obras o trabajos públicos las construcciones destinadas a los diferentes servicios que la Administración tiene a su cargo, y las de uso y aprovechamiento general que se ejecutan por la iniciativa o con la autorización y bajo la especial vigilancia de la autoridad pública (Vázquez, 2011, p. 38)

En segundo lugar, Sayagués Laso define a la obra pública como “todo trabajo o labor de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de un bien inmueble, realizada por una entidad estatal o por su cuenta, en el cumplimiento de sus fines propios” (Vázquez, 2011, p. 38).

Finalmente, Vazquez define a la obra pública como

6 El Decreto N° 191/019 de 28 de junio 2019 reglamentó el Subprograma de Contratación Pública para el Desarrollo Científico-Tecnológico y la Innovación.

todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o destrucción de un bien, y las operaciones que le accedan, realizados por una entidad estatal o por su cuenta, o por una entidad pública no estatal o un particular, con un fin de utilidad general, independientemente del carácter privado o público de los recursos con que se financia (Vázquez, 2011, p. 38).

Por otra parte, y desde el punto de vista normativo, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Obra Pública aprobado por Decreto N° 257/015 de 23 de setiembre de 2015 define a la Obra Pública como

todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o demolición de un bien inmueble, sea que integre el dominio público o privado del Estado, realizado por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios o por un particular atendiendo a los mismos fines, independientemente del carácter privado o público de los recursos con que se financia.

Observemos que la normativa recoge los fundamentos conceptuales doctrinarios que se han señalado con anterioridad.

Así, el Estado fija las prioridades, y focaliza los esfuerzos económicos en obras que, por sus características, son importantes para el interés general, además de generar impactos directos en el empleo, y los indirectos o de derrame, a través de empresas constructoras.

9. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, hemos podido analizar la vinculación entre el Derecho y la Economía, el rol que cumple el Estado en esa dualidad, además de observar cómo éste participa e interviene en la actividad económica.

A su vez, también analizamos como la economía está el servicio del ser humano, y el Derecho, como pauta, normas y principios en lo que cristalizan los valores humanos, está mandatado a configurar el sistema económico.

Con posterioridad y desde la perspectiva histórica, observamos la evolución del rol del Estado, quien fue participando cada vez más activamente en la economía. Este rol activo se dio con mayor avidez desde la crisis económica de la posguerra y, sobre todo, la Gran Depresión de 1929, en el momento donde el sistema capitalista buscaba una salida para superar la crisis. Fue el economista británico John Maynard Keynes quien logró no solo apuntalar el capitalismo, sino también revitalizarlo.

Así, el Intervencionismo estatal en la economía tuvo un gran auge, Sin embargo, para el caso de nuestro país, dicho intervencionismo se vio tempranamente, prácticamente desde el comienzo de la República, invocándose para ello diversos fundamentos.

Definimos, a su vez, al agente económico, como toda persona natural o jurídica que participa en la economía, desempeñando cualquier clase de actividad económica. Es entonces que podemos afirmar que los agentes económicos pueden ser entendidos como los entes que actúan y toman decisiones dentro de un mercado y en este contexto,

también afirmamos que el Estado califica como agente económico, esto debido a que su papel es el de administrar los recursos de su territorio y crear las estrategias adecuadas para que todos puedan explotarlo.

En este punto, y habiendo considerado ya al Estado como un agente económico, vimos que, desde la doctrina económica, la intervención estatal se resume en cuatro formas:

- i) a través de la regulación (o sea estableciendo normas de funcionamiento);
- ii) a través de los ingresos (recaudando dinero para desarrollar sus actividades);
- iii) a través de los gastos (realizando actividades), y;
- iv) a través de las empresas públicas (dirigiendo empresas similares a las del sector privado, muchas veces bajo el régimen de un monopolio legal).

Con este marco teórico, analizamos las herramientas jurídicas de intervención estatal en la economía.

De esta forma, vimos la participación del Estado **como estructurador de políticas sectoriales y fomento de actividades**, promoviendo actividades a través de subsidios o promoción de inversiones, **como limitador de derechos individuales**, al fijar el máximo de precios, o excluir alguna actividad de la concurrencia, ya sea como monopolio o como servicio público, **como prestador**, a través de los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial, **como regulador**, mediante los organismos reguladores, fijando aspectos técnicos, **como comprador de bienes y servicios**, fijando reservas de mercado y márgenes de preferencia, para el fomento de actividades consideradas de interés público y a través de **la obra pública**, mediante obras que por sus características, implican obras o trabajos con un fin de utilidad general, independientemente del carácter privado o público de los recursos con que se financie.

En definitiva, y lo que sin dudas ha quedado claro luego del desarrollo de este trabajo, es que, como lo dijo el español Ariño Ortiz, “*El Estado resulta absolutamente necesario para el mantenimiento de cualquier sociedad mínimamente civilizada*”.

Referencias bibliográficas

- Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Aguerre, M.L. (2020). José Batlle y Ordóñez y la economía política de su tiempo. *Revista de la Facultad De Derecho*, N° 48 (abril). <https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a15>
- Ariño Ortiz, G. (1999) *Principios de Derecho Público Económico*. Modelo de Estado, Gestión Pública y Regulación Económica, Granada: Comares Editorial.
- Bergara, M., Berretta, N., Della Mea, U., Fachola, G., Ferre, Z., González, M.J., Patrón, R., Rossi, M., Spremolla, A., Tansini, R., Terra, I., Torello, M., Triunfo, P., Vaillant, M., Vicente, L. (2003) *Economía para no economistas*. Montevideo: UdelarR.
- Cajarvillle, J. P. (2012). *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Keynes, J. M. (1970). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: Fondo de Cultura Económica.

Mendoza, J. L. ¿Cuál es el rol del Estado?, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Disponible en: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/economia/15/pdf/rol_estado.pdf

Ross, J. (2012). La Teoría General de Keynes y la macroeconomía moderna. *Investigación Económica LXXI*, N° 279 (2012):19-37. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=60123307002>

Sayagués Laso, E. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Vázquez, C. (2011). *Contratación de Obra Pública*, Montevideo: AMF.

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

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

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

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



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ÁLVARO PAÚL

El Derecho Internacional en los recientes proyectos constitucionales chilenos

ÁLVARO PAÚL

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3882-450X>

alvaro.paul@uc.cl

Recibido: 30/04/2024 - Aceptado: 28/05/2024

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

Paúl, A. (2024). El Derecho Internacional en los recientes proyectos constitucionales chilenos.

Revista de Derecho, 23(45), 113-121. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.7>

El Derecho Internacional en los recientes proyectos constitucionales chilenos*

113

Resumen: En los años 2022 y 2023 se plebiscitaron dos proyectos de nueva Constitución para Chile, elaborados siguiendo procedimientos distintos, y estaban inspiradas por orientaciones políticas opuestas. Ambas propuestas fueron rechazadas. En materia de derecho internacional, estos proyectos de Constitución planteaban modificaciones interesantes, algunas más y otras menos adecuadas. Este trabajo describe y evalúa tales propuestas de modificación, con la finalidad de contribuir al debate sobre eventuales reformas a la Constitución chilena de 1980 en el área de derecho internacional.

Palabras clave: Propuesta de Constitución, Chile, Derecho Internacional

* Este trabajo se basa en las presentaciones dictadas en la Conferencia B bianual de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (Sladi) el 30 de noviembre de 2023, en São Paulo, Brasil, y en los XIII Coloquios de Derecho Internacional, el 12 de enero de 2024, en Santiago de Chile. Agradezco la ayuda de Francisco Torres Valdivia.

International Law in the recent chilean constitutional drafts

Abstract: In the years 2022 and 2023, two draft new Constitutions for Chile were held in plebiscite. They were prepared following different procedures, and were inspired by opposite political orientations. Both proposals were rejected. In terms of international law, these draft Constitutions proposed interesting modifications, some of which were more appropriate than others. This work describes and evaluates such amendment proposals, with the goal of contributing to the debate on possible reforms to the Chilean Constitution of 1980 in the area of international law.

Keywords: Constitution Proposal, Chile, International Law

114

O Direito Internacional nos recentes projetos constitucionais chilenos

Resumo: Nos anos de 2022 e 2023, foram realizados em plebiscito dois projetos de novas Constituições para o Chile, elaborados segundo procedimentos diferentes e inspirados em orientações políticas opostas. Ambas as propostas foram rejeitadas. Em termos de direito internacional, estes projetos de Constituições propunham modificações interessantes, umas mais e outras menos adequadas. Este trabalho descreve e avalia tais propostas de modificação, com o objetivo de contribuir para o debate sobre possíveis reformas da Constituição chilena de 1980 na área do direito internacional.

Palavras-chave: Proposta de Constituição, Chile, Direito Internacional

1. Introducción: Regulación del Derecho Internacional en la Constitución Chilena de 1980

Las Constituciones chilenas, al igual que muchas otras cartas fundamentales a nivel mundial, no han sido generosas en su regulación del derecho internacional, dejando al intérprete con bastantes dudas. Eso ocurre también con la Constitución chilena de 1980, vigente en la actualidad. ¿Define ella si Chile es un Estado monista o dualista? No claramente, y hay autores que sostienen ambas posiciones. ¿Dispone el modo como se incorpora el derecho internacional al ordenamiento nacional? Sólo parcialmente, pues regula el modo como el Poder Ejecutivo ratifica tratados, y de ahí se puede suponer cómo éstos se incorporan, pero no da mayor claridad. Tampoco define la forma de incorporar la costumbre internacional. ¿Consagra la Constitución de 1980 el valor de los tratados incorporados al derecho chileno? No, ella sólo da algunos indicios, pero tampoco muy claros; tanto es así, que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chilenos tienen interpretaciones contrapuestas sobre la jerarquía que tienen a nivel nacional los tratados sobre derechos humanos. ¿Regula el modo de dar cumplimiento a las sentencias o laudos internacionales? En absoluto. ¿Sobre qué base actúan, entonces, los poderes ejecutivo y judicial de Chile en la materia? Sólo sobre unas pocas normas y bastante interpretación judicial previa. Así, cuestiones como el momento concreto en que un tratado ratificado empieza a surtir efectos en Chile, y la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables, se basan sólo sobre cierta doctrina y la práctica de los tribunales.

Lo único que la Constitución de Chile regula en gran detalle es el modo como el Congreso aprueba los tratados internacionales antes de que el presidente de la República los ratifique, señalando también que el Tribunal Constitucional puede revisar su constitucionalidad en forma previa a su aprobación (aquí se observa otro vacío, pues no se sabe si esta magistratura puede declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de tratados internacionales en forma posterior a su aprobación). No obstante, sería injusto quedarse sólo en la escasa regulación en la materia, sin recalcar que durante el transcurso de la historia constitucional de Chile se ha avanzado constantemente hacia una mayor claridad. En efecto, la última gran reforma a la Constitución de 1980, la del año 2005, incorporó normas muy relevantes en la materia, por ejemplo, una que explica que la vigencia de los tratados internacionales en el derecho nacional está determinada por su vigencia en el ámbito internacional (Art. 54.1, inciso 5º).

115

Ésta era la realidad jurídica con la que se encontraron los dos procesos constitucionales desarrollados en Chile entre 2019 y 2023. Como era de esperar, no fue la regulación del derecho internacional el detonante de estos dos procesos, pero la escasa regulación sobre la materia fue uno de los motivos que hicieron que ambos proyectos buscaran profundizar la regulación sobre esta área. Las dos propuestas partieron de la base de las normas que actualmente rigen la materia, e incorporaron normas adicionales, algunas más y otras menos acertadas, juicio que depende, en gran medida, de la visión ideológica que se tenga. Atendido que ambas propuestas fueron rechazadas —en 2022 y 2023, respectivamente—, este trabajo describe y evalúa brevemente las propuestas en materia de derecho internacional, con la intención de contribuir al debate, en caso de que se quiera, eventualmente, reformar la Constitución de 1980 en la materia.

2. Aspectos relevantes del proyecto constitucional de 2022

2.1 Algunas novedades dignas de atención

Este proyecto de Constitución fue catalogado como uno refundacional. En efecto, se alejaba de la tradición constitucional chilena, proponiendo una visión cercana al neoconstitucionalismo andino. Sin embargo, en su regulación del derecho internacional mantuvo gran parte de la regulación tradicional de las potestades en la materia, por ejemplo, las atribuciones de la Presidencia de la República (Arts. 287.a, 287.d y Art. 289.1). Mantenía también, en gran medida, la regulación de los procesos de aprobación de tratados internacionales por parte del Legislativo¹, aunque contaba con particularidades derivadas principalmente de la diferenciación que proponía entre las dos cámaras del Congreso (por ejemplo, sólo el Congreso de Diputadas y Diputados —similar a la actual Cámara de Diputados— podía proponer reservas (Art. 289.5)).

No obstante mantener gran parte de la regulación actual, el proyecto de 2022 planteó varias novedades que vale la pena recordar. Por una parte, hacía declaraciones de principios en la materia, como cuando señalaba:

Las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto al derecho internacional y a los principios de autodeterminación de los pueblos, no intervención en asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, multilateralismo, solidaridad, cooperación, autonomía política e igualdad jurídica entre los Estados (Art. 14.1).

116

El mismo artículo también se refería al compromiso de Chile con otra serie de principios, mayoritariamente en el ámbito de los derechos humanos (Art. 14.2).

Un avance en materia de derecho internacional lo constituía la norma que exigía a la ley establecer un procedimiento para que los tribunales de justicia hicieran cumplir las sentencias internacionales de derechos humanos dictadas por tribunales con jurisdicción sobre Chile, incluso cuando ellas contravinieran una sentencia dictada por los mismos tribunales nacionales (Art. 318.2). No obstante ser encomiable que la ley regulara algo que hoy en día depende principalmente de la voluntad del Ejecutivo y de tribunales, era inadecuado que esta disposición se refiriera exclusivamente al cumplimiento de sentencias en materia de derechos humanos, pues existen tribunales internacionales en otras materias, que deciden cuestiones que afectan al Estado. Es incomprensible que esta propuesta mantuviera *ex profeso* la falta de certeza jurídica en esos casos.

Hubo también dos propuestas ajenas a nuestra tradición constitucional, que fueron dignas de atención —sin pronunciarnos sobre si eran adecuadas o no, pues ello requeriría de mayor estudio—. La primera de esas medidas era la iniciativa popular de suscripción de tratados internacionales (Art. 289.13). La segunda era la entrega de atribuciones internacionales a diversos entes territoriales. Por ejemplo, a la Región Autónoma —entidad sustancialmente diferente a nuestras actuales regiones— se le permitía “[p]articipar en acciones de cooperación internacional, dentro de los marcos establecidos

1 Aunque se trasladaba su regulación, desde las normas que regulaban al Congreso, a las normas que regulaban al Ejecutivo (Art. 289).

por los tratados y los convenios vigentes” (Art. 220.t). Asimismo, se les entregaban a los órganos ejecutivos de dichas entidades las competencias correspondientes². Por ejemplo, ellos podían representar a las regiones autónomas “ante las autoridades internacionales, en el marco de la política nacional de relaciones internacionales” (Art. 223.3). En este punto, se dispone que los gobiernos regionales tendrían como “atribuciones esenciales” las de “[c]elebrar y ejecutar acciones de cooperación internacional, dentro de los marcos establecidos por los tratados y convenios que el país celebre al efecto y conforme a los procedimientos regulados en la ley” (Art. 224.o).

2.2. Normas cuestionables del proyecto de 2022

Este proyecto presentaba varias normas cuestionables. Más aún, algunos enfoques transversales, que recorrían todo el Proyecto, eran problemáticos. Dentro de estos últimos, llamaba la atención la gran división que existía en la regulación del derecho internacional general y el derecho internacional de los derechos humanos. Ya nos referimos a la norma que exigía dictar legislación sobre cumplimiento de sentencias, y cómo ella diferenciaba según la naturaleza del tribunal. Otro ejemplo se daba cuando el proyecto de Constitución se refería explícitamente a la costumbre internacional y a los “principios generales del derecho internacional” (Art. 15.1), pues lo hacía sólo en materia de derechos humanos. De haberse aprobado esta propuesta, habría sido la primera vez que una Constitución chilena se referiría a la costumbre internacional, y mostraba su concepción sobre el contenido de la tercera fuente clásica del derecho internacional. Sin embargo, estas fuentes se reconocían sólo en relación con las normas de derechos humanos, manteniendo silencio sobre ellas en otras materias³.

117

También era cuestionable que el proyecto de 2022 tuviera una norma específica sobre la resolución de controversias surgidas de instrumentos sobre inversión o similares, que disponía que el Presidente debía procurar “que las instancias de resolución de controversias [fueran] imparciales, independientes y preferentemente permanentes” (Art. 289.12). ¿Por qué sólo respecto de estos tratados? ¿Por qué debían ser instancias preferentemente permanentes? Lo único que explica esta redacción es el resquemor que han mostrado algunas administraciones del continente americano frente a los arbitrajes de inversión.

Este proyecto contaba también con una técnica legislativa complicada, que podía traer problemas interpretativos. Ocurría que algunas normas hacían referencia a los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Por ejemplo, el Proyecto disponía: “Niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile” (Art. 26.1). Esto también se puede ejemplificar en normas relativas a las personas con discapacidad (Art. 28.1), a las personas mayores (Art. 33.1) y al proceso razonable y justo (Art. 109.1). Lo mismo ocurría al establecer límites a ciertas acciones estatales o privadas, por ejemplo, a las ciencias y tecnologías, sus aplicaciones y procesos (Art. 98), y a la detención o internación de adolescentes (Art. 111.l). El proyecto tenía una regulación similar al referirse a las instituciones de policía

2 Ellos eran los gobiernos regionales. Art. 223.1.

3 Sólo la regulación tradicional de los tratados internacionales —muy similar a la actual— era común a las diversas materias del derecho internacional.

y seguridad y defensa nacional, donde disponía reiteradamente que la organización y actuar de éstas debía sujetarse al derecho internacional (Arts. 296-299). También se usaba esta técnica al regular los estados de excepción constitucional (Art. 300).

Esta referencia a los tratados de derechos humanos era, por una parte, innecesaria, pues el artículo 15 ya establecía que los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, la costumbre internacional y los “principios generales del derecho internacional”, todos en materia de derechos humanos, “forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional”. Por otra parte, esta referencia podía prestarse para cuestionar qué ocurría cuando el proyecto de Constitución consagraba derechos, pero no hacía esta referencia a los tratados internacionales. En efecto, el proyecto de 2022 no incluía esta mención a los tratados de derechos humanos en su regulación de todos los derechos fundamentales, ni siquiera en la mayoría. ¿Podría entonces pensarse que, *a contrario sensu*, los otros derechos constitucionales no estarían complementados por la normativa internacional? Para un intérprete de buena fe, sería claro que no, pero ello no impediría que se tratara de dar un efecto útil a esta distinción.

En algunos casos se entiende este énfasis en el derecho internacional, como en las referencias a las normas de policía, seguridad y defensa nacional, pues la mayoría de los miembros de la Convención Constitucional provenía del mundo de quienes protestaron en el llamado “Estallido Social” de 2019, y alegaban que en dicho período, las policías y Fuerzas Armadas habrían violado abiertamente normas internacionales de derechos humanos. Sin embargo, aunque esta motivación sea entendible, no es adecuado enfatizar tanto en un asunto que ya es tratado en otras normas generales, especialmente porque una Constitución tiene una vocación de permanencia que trasciende motivaciones históricas particulares.

Quizá uno de los problemas más graves del proyecto de 2022 en el ámbito internacional, consistía en que, al regular varios derechos fundamentales, no sólo constitucionalizaba los derechos establecidos en *tratados internacionales*, sino que también en *instrumentos internacionales*. Esto lo hacía, por ejemplo, al referirse a los derechos de las personas neurodivergentes (Art. 29). Esta regulación era compleja por dos motivos. Por una parte, al dar rango constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, le daba al *soft law* altísima jerarquía, con lo que órganos como los comités de monitoreo tendrían un poder inaudito en Chile, y excepcionalísimo a nivel mundial. Por otro lado, la redacción de muchas de estas normas era errónea, pues hablaba de “tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile” (p. ej. Art. 29), a pesar de que los instrumentos internacionales distintos de tratados no se ratifican. Esto podría haberse prestado para interpretar que, en realidad, no se daba reconocimiento a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, pues no sólo los instrumentos internacionales no se ratifican, sino que también ellos no están nunca propiamente “vigentes”, pues no son ordinariamente vinculantes.

La referencia a los instrumentos internacionales se hacía no sólo al consagrar algunos derechos fundamentales, sino también al señalar que la jurisdicción nacional y “los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas”⁴ debían aplicar y respetar “los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es

4 Estos sistemas indígenas fueron una novedad de ese proyecto de Constitución.

parte” (Arts. 307 y 309)⁵. También se hacía referencia a los instrumentos internacionales al regular otras materias jurisdiccionales, como el tratamiento de personas indígenas (Art. 322.2) y de “personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad” (Art. 336.1 y 337.2).

Otra de las disposiciones cuestionables del proyecto de 2022 fue el establecimiento de una política estratégica en materia internacional, como lo era el declarar “a América Latina y el Caribe como zona prioritaria” en las relaciones internacionales de Chile, comprometiéndose a diversos objetivos, como su integración “política, social, cultural, económica y productiva” (Art. 14.3). Esta norma era discutible, en primer lugar, porque es cuestionable que una materia tan propia de la política estratégica deba establecerse en la Constitución. En segundo lugar, esta norma mostraba ser ideológica y ajena a la realidad, pues se propuso en un momento en que Chile se encuentra abierto a la cooperación económica con áreas diversas, como el Asia Pacífico, y en que la mayoría de sus principales socios comerciales no son latinoamericanos.

Por último, también en materia de cooperación, se establecía el compromiso de Chile de facilitar “el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas” (Art. 14.3). Esta norma motivó que se generaran cuestionamientos sobre su aplicación práctica y las dificultades que podría traer para el control fronterizo y migratorio. Sin embargo, el alcance de esta norma habría dependido del contenido que le hubiera dado el legislador.

3. Aspectos relevantes del proyecto constitucional de 2023

119

A diferencia del proyecto de 2022, el de 2023 no fue refundacional, pero aun así innovó bastante en varias áreas, siendo el derecho internacional una de ellas. En efecto, si bien mantuvo gran parte de la regulación actual en la materia, propuso modificaciones relevantes. Se ha dicho que este proyecto desconfiaba del derecho internacional, pero dicha apreciación no es, necesariamente, confirmada por el contenido de dicha propuesta. A continuación, se revisan los cambios que este proyecto proponía en la materia.

Una primera novedad del proyecto es que, alejándose de la visión presidencialista que es tradicional en Chile —y que suele predicarse respecto de las fuerzas políticas que apoyaron este proyecto—, entregó un rol más activo al Congreso en materia internacional. En efecto, el proyecto de 2023 no sólo exigía contar con la autorización del Congreso para ratificar un tratado (Art. 59. a), lo que es la norma en Chile y en Estados de corte monista, sino que también debía contar con su autorización para denunciar o retirarse de uno (Art. 59.a.4), lo que no era exigido por el proyecto de 2022, a pesar de ser más internacionalista. Otra modificación que daba un rol más protagónico al Congreso, era la exigencia de que el presidente diera más información sobre acuerdos a nivel internacional, y el impedimento de que éste celebrara acuerdos que involucraran poderes del Legislativo (por ejemplo, Arts. 59.a.5 y 59.a.5).

Dentro de la información que el Ejecutivo debía entregar al Congreso al solicitar su aprobación de un acuerdo internacional, se encontraba no sólo “el contenido y el alcance del tratado, así como [...] las reservas que pretenda confirmar o formularle” —que es

⁵ El Art. 311 también señalaba que la función jurisdiccional debía garantizar “el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos en la materia” (Art 311.1).

lo que dispone hoy en día la Constitución de Chile—, sino que también “los efectos que las normas del tratado podrían tener sobre el ordenamiento jurídico nacional y la específica mención de aquellas que estimara autoejecutables” (Art. 59.a.1). La mención de este último tipo de normas es una novedad particular, ya que actualmente han sido sólo la jurisprudencia y la doctrina las que se han referido al carácter de autoejecutable de ciertas normas, pero no había tenido un reconocimiento legal. Esta información que daría el Ejecutivo sobre las normas autoejecutables sería de gran ayuda para los tribunales nacionales, pues más de alguna vez ellos han errado al momento de declarar si una norma internacional cabe o no dentro de esta categoría.

El proyecto de 2023 tomó un tema levantado por la propuesta de 2022, al exigir que la ley definiera “la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias” (Art. 3.3). En esta materia, la propuesta de 2023 superó a la de 2022, pues exigía que se regulara el cumplimiento de todo tipo de sentencias internacionales exigibles, no sólo las de derechos humanos.

La más reciente propuesta constitucional fue menos clara que la de 2022 en cuanto al establecimiento del mecanismo de incorporación y jerarquía del derecho internacional, aunque ésta última tampoco regulaba la materia en detalle. Antes de entrar en este tema, debemos dar una breve descripción de la situación actual. La Constitución de 1980 no dispone ni el modo de incorporar el derecho internacional ni el rango que éste tiene después de incorporado. Tanto es así, que aunque hay posiciones más o menos asentadas en la doctrina y jurisprudencia en ciertos temas, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional tienen posiciones contradictorias en una materia. En efecto, mientras la primera considera que las normas de tratados de derechos humanos tendrían rango constitucional en Chile —o quizás supraconstitucional—, el segundo considera que ellas tienen rango supralegal, pero infraconstitucional.

La propuesta de 2022 no resolvía el problema de la incorporación y jerarquía del derecho internacional en general, sin embargo, al menos definía que las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos tenían rango constitucional, pues se entendían incorporados a la carta fundamental. La propuesta de 2023, en cambio, aunque daba más elementos para resolver la disputa que existe hoy entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, no lo hacía abiertamente, dejando la definición a la jurisprudencia y doctrina. Las modificaciones con las que la propuesta de 2023 buscaba influir en el debate eran las siguientes: establecer el principio de la primacía constitucional, en el texto de la norma que genera dudas sobre el rango de los tratados internacionales (Art. 3.1, que es análoga al Art. 5.2 de la Constitución vigente). También disponía que las normas de derecho interno deben ser “compatibles” con la Constitución, mientras que ellas sólo debían “considerar” las disposiciones de los tratados internacionales referidos a derechos y libertades (Art. 3.2). Como puede verse, ambas modificaciones apoyan la posición del Tribunal Constitucional, pero no lo hacen en forma explícita.

También era interesante la referencia del proyecto de 2023 al *soft law*, al establecer que los tratados de derechos humanos debían distinguirse “de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante” (Art. 3.2). Esta norma, si bien no dice nada nuevo —pues el *soft law* no es vinculante y puede servir para comprender y aplicar

normas vinculantes—, sí podía ser útil para instruir a quienes aplican el derecho, pues en ocasiones desconocen que muchísimos instrumentos internacionales no tienen valor vinculante.

Conclusión

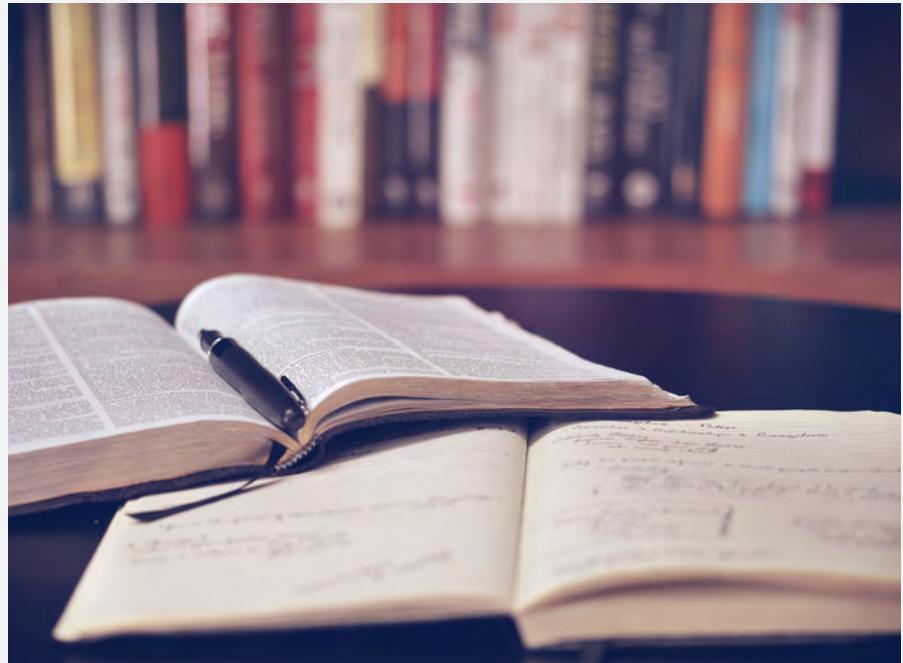
Este trabajo revisó someramente las normas de derecho internacional incluidas en las dos propuestas fallidas de nueva Constitución para Chile. Ello, con la finalidad de presentar al lector normas que han sido consideradas útiles, y que podrían servir para una futura reforma constitucional acotada. En efecto, el hecho de que se hayan rechazado estas propuestas no significa que las ideas que ellas planteaban fueran deficientes. Ahora, pasada ya la vorágine constitucional, los distintos actores tendrán la posibilidad de meditar calmadamente sobre posibles reformas al sistema chileno en su regulación del derecho internacional, pues no creemos estar equivocados al afirmar que existe un relativo acuerdo en la necesidad de dar mayor claridad constitucional a la relación entre el ordenamiento nacional y el internacional.

La existencia de las normas expuestas en este trabajo no impide que, en una eventual reforma constitucional, puedan proponerse reformas adicionales, por ejemplo, alguna que disponga el valor de los tratados que no se refieren a derechos humanos, distinguiendo entre los que son aprobados previamente por el Congreso, de aquellos que no lo son. También podría definirse claramente la jerarquía de la costumbre internacional, así como regularse un mecanismo específico para su incorporación, de modo que los tribunales no tengan que definir las normas internacionales de carácter consuetudinario, pues éstos no siempre están capacitados para hacerlo. Por último, podría ser conveniente que se hiciera una regulación expresa de la figura del control de convencionalidad, de modo de establecer si Chile decide aceptarla o no, y la extensión que se le da a esta institución. Todos estos temas podrían ser considerados en caso de que se decida revisitar las propuestas de nueva Constitución, y repensar el modo en que se relaciona el derecho interno chileno con el derecho internacional.

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

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

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



JURISPRUDENCIA COMENTADA

GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN

Aplicación de la excepción de contrato no cumplido
en los contratos administrativos

GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN

Universidad de la República (Uruguay)

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-3025-7867>

gabriel.delpiazzo@delpiazzo.com

Recibido: 30/4/2024 - Aceptado: 20/06/2024

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

Delpiazzo Antón, G. (2024). Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos.

Revista de Derecho, 23(45), 125-131. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.8>

Aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos administrativos

125

Application of the unfulfilled contract exception in administrative contracts

Aplicação da exceção do contrato não cumprido em contratos administrativos

1. Resumen del caso

El caso que motiva la sentencia a comentar consiste en una controversia suscitada en el marco de la ejecución de un **contrato de obra pública**, cuyo objeto era la realización de obras de saneamiento en barrios del interior del país¹.

Durante la obra, la empresa contratista se encontró con que el volumen de roca que había en el subsuelo era significativamente mayor al previsto en el Pliego de Condiciones respectivo, lo que le generó importantes sobrecostos y desencadenó el mecanismo de indemnización previsto en el propio contrato (art. 70 del Pliego de Condiciones Generales).

Sin embargo, la Administración contratante rechazó la aplicación de dicha estipulación al caso, por entender que la obra había sido contratada por un precio global y que, en todo caso, la empresa debió prever el volumen de roca a extraer al momento de cotizar.

Lo cierto es que, ante la falta de pago de esa indemnización, la empresa no tuvo los recursos para poder terminar la obra, dejando inconclusas las últimas tareas, consistentes en la reposición de los pavimentos.

Al no lograrse una solución, la **empresa demandó a la Administración contratante**, reclamando la indemnización por los sobrecostos en que debió incurrir durante la ejecución de las obras, en cumplimiento de lo establecido en el art. 70 del Pliego de Condiciones Generales.

126

Por su parte, la Administración contratante no solo contestó la demanda, reiterando su posición sobre la improcedencia de la indemnización pretendida, sino que, además, promovió **reconvención contra la empresa contratista**, por los mayores costos en que debió incurrir para terminar los trabajos que ésta dejó inconclusos, consistentes en la reposición de pavimentos.

En su **contestación de la reconvención**, la empresa invocó la excepción de contrato no cumplido, justificando que la imposibilidad de culminación de tales trabajos (reposición de pavimentos) solo obedeció a la falta de pago por la Administración contratante de prestaciones cumplidas por su parte.

He aquí el punto específico sobre el cual se desea centrar el presente comentario de jurisprudencia, en tanto la posibilidad de oponer esta excepción frente a un incumplimiento contractual de la Administración ha sido objeto de cuestionamientos, desde la perspectiva tradicional de sus prerrogativas exorbitantes para la ejecución del contrato.

2. Concepto y requisitos de la excepción

En nuestro Derecho, no existe norma positiva que regule explícitamente la excepción de contrato no cumplido, si bien se trata de un instituto desarrollado por la doctrina

¹ Tribunal Apelaciones Civil 1ºTº, Sentencia N° 86/2021 de 30 de junio de 2021, Ministro Redactor: Dr. Álvaro Messere Ferraro. En autos caratulados: TEYMA URUGUAY S.A. c/ ADMINISTRACIÓN DE OBRAS SANITARIAS DEL ESTADOCOBRO DE PESOSRECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO P.E. 24/2021. Ficha 2-7258/2019.

civilista en virtud de indudables reglas contractuales de principio, como ser la igualdad de las partes contratantes y la buena fe en la ejecución del contrato.

Consiste en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento (con lo cual se paraliza transitoriamente el derecho del adversario) si éste no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación: no cumple si tu no cumples. Así configurada la exceptio non adimpleti contractus es una causa de justificación del incumplimiento; legitima la resistencia a cumplir del demandado (Gamarra, 1987, p. 93).

Su aplicación **en el campo de la contratación privada** ha sido pacíficamente recogida por la doctrina y la jurisprudencia, sin perjuicio de requerirse la verificación de las siguientes condiciones para que pueda ejercitarse la excepción:

- a) que se trate de un contrato bilateral;
- b) que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca e interdependiente;
- c) que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término; y
- d) que la excepción se ajuste al principio de buena fe.

Sin embargo, su aplicación **en el campo de la contratación pública** ha generado resistencia jurisprudencial y amplio debate doctrinario, a partir de una posición tradicional que rechazaba que el particular que contrata con la Administración pueda ampararse en el incumplimiento de ésta para dejar de cumplir con sus obligaciones correlativas, en virtud del interés público que está en juego en todo contrato administrativo.

127

3. Aplicación de la excepción a los contratos administrativos

Como viene de decirse, la **doctrina clásica del Derecho administrativo** postuló mayoritariamente una posición de rechazo a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos administrativos.

Es que este instituto se sustenta fundamentalmente en el principio de igualdad de las partes contratantes, mientras que para el Derecho Administrativo clásico uno de los caracteres singularizantes de los contratos que celebran las entidades estatales es que las partes no se encuentran en una posición de igualdad, debido a los diferentes propósitos que persiguen una y otra.

Mientras la Administración Pública persigue -debe perseguir- un fin de interés público, el co-contratante persigue su interés particular. Ello determina, para la doctrina clásica, que este co-contratante queda en una posición de subordinación respecto de la Administración contratante.

Por ende, como concreta manifestación de tal desigualdad y subordinación jurídica, se sostuvo -entre otras prerrogativas exorbitantes de la Administración- la inviabilidad para el co-contratante de hacer uso de la excepción de contrato no cumplido (Rivero, 1980, p. 128 y 129).

Para esta posición doctrinaria, el particular que celebra un contrato administrativo no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, para dejar de cumplir con las suyas, porque ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera. Tendrá derecho a reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la Administración, más los daños y perjuicios que este incumplimiento le haya ocasionado, pero no puede dejar de cumplir con sus obligaciones contractuales (Berçaitz, 1980, P. 370).

Sin embargo, la **doctrina actual del Derecho administrativo** ha postulado una posición diferente, admitiendo la oposición de la *exceptio* en sede de contratación administrativa.

Ello obedece en parte a que, modernamente, la doctrina ha cuestionado aquel concepto de subordinación o desigualdad como característica del contrato administrativo, reivindicando como notas singularizantes a su eficacia vinculante y a la colaboración entre las partes. Más ampliamente, incluso, el concepto de subordinación hoy está en crisis como criterio para distinguir el Derecho Público del Derecho Privado (Delpiazzo, 2019, p. 23).

Entre nosotros, ya el Maestro de todos advirtió desde la primera edición de su Tratado (1953) que, entre los límites a la obligación del particular contratante de cumplir, se encuentra “el incumplimiento de la Administración a sus propias obligaciones”, y, citando a Gastón JEZE, agregaba en nota al pie de página que el particular contratante “puede invocar la inejecución de la Administración a sus obligaciones, como excusa justificativa en cierta medida de su propio incumplimiento. No compartimos pues, las opiniones extremas que no admiten la aplicación de la regla o la rechazan totalmente” (Sayagués, 2022, p. 553).

Más recientemente, se ha sostenido enfáticamente que:

La *exceptio non adimpleti contractus* es admisible. No hay ninguna razón para que no se pueda esgrimir contra la Administración. La Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte. Eso no es justo y, si no es justo, es antijurídico. Además, es de interés público la tutela de los intereses particulares. Justamente, el bien común está para el desarrollo de la persona humana, lo que implica que interés general e interés particular deben conjugarse en términos de coordinación y no en función del sacrificio de uno en aras del otro. Si la Administración no cumple, pretender que el co-contratante deba igualmente cumplir significa su ruina por hechos imputables a la Administración, lo que no es constitucionalmente aceptable. Cabe señalar, por otro lado, que admitir la *exceptio non adimpleti contractus* para una de las partes y no para la otra, no se compadece con el principio de igualdad (Durán Martínez, 2017, p. 682 y 683). Consecuentemente, hoy la *exceptio non adimpleti contractus* no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en que ella reposa (la reciprocidad obligacional) ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato, aunque estuviera en condiciones de hacerlo (Delpiazzo y Ruocco, 2013, p. 375).

De acuerdo a esta posición, ante el incumplimiento de la Administración el cocontratante puede suspender sin responsabilidad, sin culpa, sus prestaciones hasta tanto se restablezca la ecuación en base a la cual se celebró el contrato (Delpiazzo, 2019, p. 24).

No obstante, debe destacarse también que, dentro de esta posición favorable a la aplicación de la *exceptio* a los contratos administrativos, existen diversas **opiniones que la admiten pero con limitaciones**, atento al interés público que estos contratos buscan satisfacer.

Por un lado, un sector de la doctrina considera que la excepción es oponible solo cuando el incumplimiento de la Administración genera en el particular co-contratante una “razonable imposibilidad de cumplimiento” de sus obligaciones recíprocas (Marienhoff, 1998, p. 376 y ss.; Escola, 1977, p. 437 y ss., Cajarville, 2007, p. 416, entre otros).

Por otro lado, hay diversos autores que limitan la aplicación de la excepción según el tipo de contrato administrativo de que se trate y las consecuencias que la suspensión de su ejecución signifique para el interés público comprometido.

Así, por ejemplo, Cassagne admite ampliamente la oposición de la excepción por parte del co-contratante de la Administración, “salvo en el caso de aquellos contratos que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público y en los estrictamente inherente a su continuidad” (Cassagne, 2005, p. 125).

Por su parte, Gordillo entiende que la aplicación de la excepción no procedería respecto de aquellos contratos administrativos que supongan para el co-contratante el privilegio del monopolio o exclusividad en la prestación contratada (Gordillo, 2013, p. XI-35).

De forma más amplia, Comadira considera que “es viable la excepción de incumplimiento contractual a favor del contratista particular en el marco de un contrato administrativo, pero su procedencia deberá limitarse en función del interés público comprometido en la ejecución contractual” (Comadira, 2007, p. 703). Al respecto, advierte que no todos los contratos administrativos comprometen el interés público de la misma manera, extremo que debe evaluarse en cada caso.

4. La sentencia del caso

En el contexto reseñado, la excepción de contrato no cumplido opuesta en el caso planteado fue desestimada en primera instancia y acogida en segunda instancia, por la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno N° 86 de 30 de junio de 2021, que es objeto de este comentario.

A su vez, esta sentencia de segunda instancia fue confirmada en lo pertinente por la Suprema Corte de Justicia, al rechazar el recuso de casación promovido por la Administración contratante.

Sin perjuicio de ello, se dedicará el presente comentario a la referida sentencia de segunda instancia, porque es la que dedica su Considerando V a la cuestión que da mérito a este análisis, sosteniendo que “*el agravio relativo a la excepción de contrato no cumplido es de recibo legal*”.

Funda su aserto en la doctrina civilista que ha desarrollado la excepción de contrato no cumplido y sus requisitos, para luego hacer aplicación de ellos al contrato público en cuestión.

Así, parte de la base de que “La referida excepción consiste en un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento si éste no cumple o demuestra que está pronto para cumplir a su vez con su obligación (cf. Gamarra, Tratado, t. XVIII, 1992, pág. 93).

Es un derecho potestativo de resistir la demanda de cumplimiento, una forma legitimante de la resistencia a cumplir por parte del demandado, difiriendo su prestación hasta que la contraparte cumpla la suya o pruebe que está pronta a hacerla, pero manteniendo en vida el negocio respectivo (op. cit., págs. 91 y 92).

Los requisitos para que pueda ejercitarse la excepción de contrato no cumplido son que se trate de un contrato bilateral, que la contraparte no haya cumplido con su obligación recíproca e interdependiente, que el contrato no imponga al excepcionante el deber de cumplir en primer término y que la excepción se ajuste al principio de la buena fe (cf. autor op. cit., pág. 97).

Luego de este marco conceptual, la sentencia ingresa al análisis del caso, señalando que, “A juicio de la Sala, in folios, se verifican los elementos indispensables para admitir la excepción.

OSE incumplió con la obligación de pagar los sobrecostos por el exceso de roca extraída, lo que determinó que T.S.A. no haya podido culminar el último tramo de la obra comprometida, por falta de fondos económicos para hacer frente a la obligación.

Los mails que refiere la parte actora, al apelar (fs. 157/159), dan cuenta de la dificultad económica y la necesidad de pagos por parte de OSE para continuar con la obra.

■ Va de suyo que el incumplimiento de OSE es anterior en el tiempo, por lo que la actora estaba habilitada a resistir el cumplimiento de la obligación asumida por su parte ante la imposibilidad de hacer frente a los costos para finalizar las obras”.

De esta manera, la sentencia, si bien no abunda en los fundamentos de la aplicación de la excepción en el ámbito público, asume que el contrato, como categoría jurídica, trasciende las distintas ramas del Derecho y, por ende, habilita la invocación de institutos como el de la excepción de contrato no cumplido en el campo de la contratación administrativa, sin necesidad de acudir a la analogía.

Al respecto, sin que este sea el lugar para examinar las relaciones del Derecho Administrativo con el Derecho Civil, es valor entendido que el Código Civil explicita en muchos casos reglas y principios generales en materia contractual que resultan aplicables a todos los contratos, como género, cualquiera sea su especie o la naturaleza de las partes contratantes.

En definitiva, presupone que se trata de una lógica consecuencia de la naturaleza sinalagmática del contrato, con independencia de que una de las partes sea una Administración Pública, además de las razones de justicia, de protección del equilibrio contractual y patrimonial de los contratantes, y de buena fe, que respaldan su general aplicación (De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B., 2013, p. 535 y ss.).

Sin perjuicio de ello, la referencia que realiza la sentencia al final del Considerando V citado, al señalar que “la actora estaba habilitada a resistir el cumplimiento de la obligación asumida por su parte ante la imposibilidad de hacer frente a los costos para finalizar las obras”, parece seguir la posición doctrinaria que admite la aplicación de

la excepción a los contratos administrativos, pero limitándola a los casos en que el incumplimiento de la Administración revista una gravedad o trascendencia tal que determine para su co-contratante una “razonable imposibilidad de cumplimiento”.

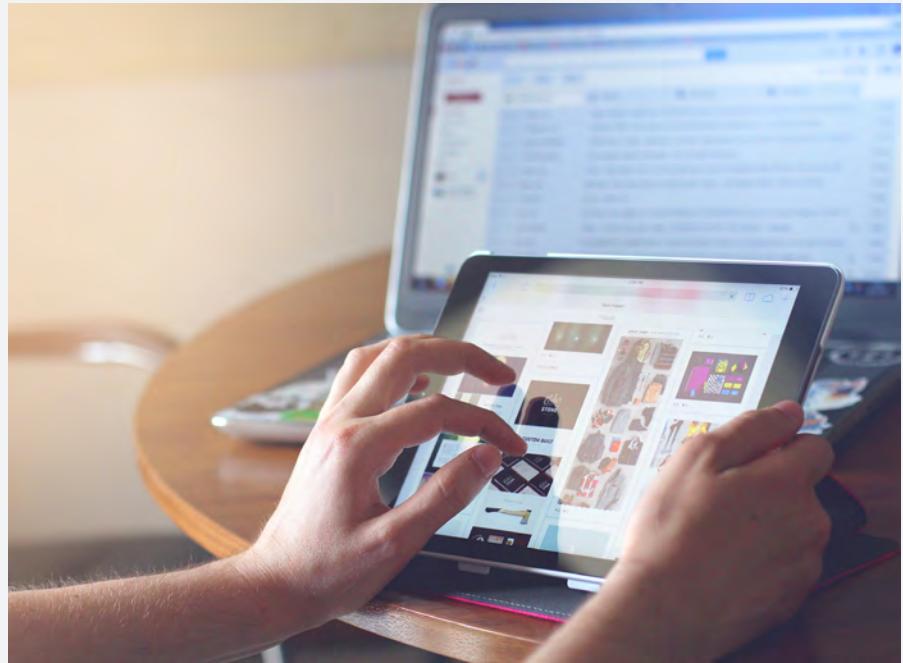
Referencias bibliograficas

- Cajarville Peluffo, J.P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, Montevideo, F.C.U.
- Cassagne, J.C. (2005). *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Comadira, J.P. (2007). “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo”. *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP.
- De Cores, C., Gamarra, R. y Venturini, B. (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Incumplimiento del Contrato*, Tomo I, Montevideo, La Ley.
- Delpiazzo, C. (2019). *Contratación administrativa*, Montevideo, F.C.U.
- Delpiazzo, C. y Ruocco, G. (2013). *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración*, Tomo I, Montevideo, La Ley.
- Durán Martínez, A. (2017). *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*, Montevideo, La Ley.
- Escola, H. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Buenos Aires, Depalma.
- Gamarra, J. (1987). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, Montevideo, F.C.U.
- Gordillo, A (2013). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- Marienhoff, M. (1978). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Rivera, G. (2016). “La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 14, p. 111-142
- Rivero, J. (1980). *Droit Administratif*, Paris, Dalloz.
- Rotondo, F. (2003). “El incumplimiento de la Administración en la concesión de los servicios públicos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, N° 22, p. 165-174.
- Sayagués Laso, E. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, F.C.U.

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

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

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



INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados

Alumnos de Derecho avanzan en el Diploma in Commercial Law de University of London

El diploma se cursa en la UM y es dictado por extranjeros o locales con trayectoria internacional



135

La Facultad de Derecho de la UM (FDER) fue reconocida como *teaching center* de la Universidad de Londres para que sus alumnos cursen el *Graduate Diploma in Commercial Law*. Este reconocimiento se logró en 2020 gracias a la intensa formación en Derecho Anglosajón que reciben los alumnos de la UM a lo largo de la carrera de abogacía desde hace ya más de 20 años.

Este 2023 la primera generación de inscriptos rindió con éxito la primera materia del diploma, *Contract law*, y varios de la segunda promoción fueron aceptados para comenzar a cursar y rendir exámenes el año que viene.

El programa apunta a brindar una especialización en los aspectos más relevantes del derecho comercial, conocer a fondo la tradición legal del *common law* y desarrollar habilidades de resolución de problemas jurídicos en las jurisdicciones más importantes del mundo.

El diploma está compuesto por cuatro módulos (*Contract Law, Commercial Law, Company Law e Intellectual Property*) que se cursan en la UM y están a cargo de profesores extranjeros y de docentes egresados de la FDER que hicieron estudios de posgrado en Estados Unidos o el Reino Unido. Cada módulo culmina con un examen que es propuesto, controlado y corregido por University of London, entidad que emite el Diploma.

Jornadas de Derecho y Tecnología 2023

Distintos expertos expusieron sobre la protección de datos personales, IA, Fintech y más



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM llevó a cabo las Jornadas de Derecho y Tecnología los días 11 y 23 de octubre en el edificio de FIUM-Latu. El evento fue coordinado por la directora del Postgrado en Transformación Digital y Derecho, Dra. Mercedes Aramendia y la profesora referente de LegalTech de la UM, Mag. Agustina Pérez Comenale.

“Unos de los objetivos de las jornadas anuales es poner a disposición de los profesionales en derecho un ámbito donde informarse acerca la incidencia de los avances tecnológicos sobre las diferentes áreas que afectan nuestra profesión. De igual forma, y, sobre todo, buscan ser un lugar donde poder dialogar y discutir acerca de sus implicancias, aportando así nuestro grano de arena en un proceso vertiginoso que no puede darse sin un ordenamiento jurídico que vele por los derechos e intereses de los involucrados”, manifestó el decano de FDER, Dr. Miguel Casanova, como palabras de apertura a la primera jornada.





Posteriormente, la directora académica de las carreras de grado, María Brugnini, pasó a explicar la dinámica de la noche y dio paso al primer panel, donde se refirieron a la protección de datos personales y gobernanza de datos. Estuvo integrado por la abogada especializada en Tecnologías y profesora de la Universidad de Montevideo, Agustina Pérez Comenale; el abogado y coordinador de Protección de Datos en la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, Gonzalo Sosa Barreto; y la abogada y directora de Salud Digital en AGESIC, Jimena Hernández Varela. Luego de un breve receso, se retomó la jornada con una exposición sobre Inteligencia Artificial a cargo de Eduardo Bertoni, abogado, representante y coordinador de la Oficina Regional para América del Sur del IDH; Martín Pesce, abogado y socio en Ferrere; y Virginia Pardo, ingeniera y directora del Área Sociedad de la Información en AGESIC. El socio en Delpiaggio Abogados, Gabriel Delpiaggio, marcó el término de la primera fecha de las Jornadas de Derecho y Tecnología.

137



Durante el lunes 23 de octubre, las temáticas abordadas fueron los impactos jurídicos en los entornos digitales y las Fintech — empresas que ofrecen un sinfín de servicios y productos financieros 100% digitales —. En primera instancia, hablaron Diego Gamarra, socio en Estudio Posadas; Matías Jackson, abogado y profesor adjunto en la Universidad de la República (Udelar) y del Postgrado en Transformación Digital y Derecho de la UM; y Mercedes Aramendía, abogada y presidenta de la URSEC. Luego, tomaron la palabra Florencia Castagnola, abogada y socia en Guyer & Regules; María Paz Wilson, abogada

y docente de Derecho Bancario y Mercados Financieros en la UM; y Mariela Ruanova, abogada, socia en Dentons Jiménez de Aréchaga y docente en la UM. Finalmente, la profesora titular grado 5 de Derecho Administrativo y de maestría en la UM al igual que Senior Counsel de Ferrere, Cristina Vázquez, brindó un análisis del impacto de los avances tecnológicos sobre la profesión jurídica.



138

20/11/2023

Vida Universitaria UM presente en carrera solidaria por Fundación Caguro



El Departamento de Vida Universitaria (VU), a través de sus áreas de Voluntariado UM (VUM) y Deportes, conformó un equipo de la UM para acompañar a la Fundación Canguro en su carrera solidaria «Bebetón» por los niños de la Fundación, que contó con el apoyo de la Intendencia de Montevideo y fue declarada de Interés Deportivo por la Secretaría Nacional del Deporte. Participaron en nombre de la Universidad Ignacio Colista, encargado de coordinar las actividades deportivas y recreativas de VU; Candelaria Alonso, coordinadora del Voluntariado, Maite Artia, asistente de Capellanía, Sofía Maruri, asistente académica y docente de la Facultad de Derecho; y Federico de Brun, alumno de FDER.

La carrera de posta se corrió en equipos integrados por colaboradores de diferentes organizaciones participantes y tuvo lugar el sábado 18 de noviembre, antes de la emblemática carrera de San Felipe y Santiago de Montevideo a total beneficio de la Fundación Canguro. La salida fue desde el Museo Oceanográfico y la llegada al cartel de Montevideo, ubicado en la rambla frente al ex Kibón. Toda la carrera se realizó por la Rambla y la distancia total fue de 2,8 kilómetros.

La Fundación Canguro es una organización sin fines de lucro que brinda nutrición afectiva a bebés recién nacidos que, por la situación de extrema vulnerabilidad de sus familias de origen, deben permanecer en el Centro Hospitalario Pereira Rossell privados del cuidado de sus familias de origen. A través de los más de 400 voluntarios se brinda amor y contención a los bebés.

20/11/2023

139

Se celebraron las primeras Jornadas de Derecho de la Construcción

Con motivo de los cinco años de la Ley N° 19.726, FDER invitó a varios expertos para exponer sobre temas vinculados a la responsabilidad de arquitectos y constructores



La Facultad de Derecho (FDER) de la UM inauguró su primera edición de las Jornadas de Derecho de la Construcción con motivo de los cinco años de la Ley N° 19.726, de Responsabilidad de arquitectos ingenieros y constructores. La actividad, que tuvo lugar

los días miércoles 29 y jueves 30 de noviembre, estuvo organizada por los Dres. Elías Mantero Mauri y Aparicio Howard.

Durante la apertura de las jornadas, el decano de FDER, Dr. Miguel Casanova, brindó unas palabras de bienvenida. Casanova mencionó al catedrático del Derecho Mercantil Jesús Alfaro, quien afirmó que el Derecho es la disciplina que aportó más al desarrollo de la civilización occidental. Esta hace posible el intercambio pacífico, genera confianza.

“Gracias al Derecho estamos donde estamos hoy. Esta idea es particularmente visible y constatable en el ámbito de la construcción”, postuló el decano y continuó: “La Facultad se propone a aportar ideas y reflexiones que contribuyan al desarrollo del Derecho de la Construcción, pero sobre todo constituirse en un ámbito de diálogo e intercambio de puntos de vista y fundamentos para solucionar las cuestiones que se presentan”.

29 de noviembre

La primera jornada contó con la participación de cinco panelistas que expusieron sobre varias temáticas: el Dr. Elías Mantero Mauri se refirió al panorama general sobre el nuevo régimen de responsabilidad decenal; el Dr. Aparicio Howard destacó algunos aspectos problemáticos sobre este; el Dr. Carlos Castro Casas desarrolló los roles y responsabilidades del arquitecto en el proceso de producción del edificio. Luego de un espacio de preguntas y un breve receso, se abrió paso a los demás panelistas. La Dra. Hillary Marks habló acerca del comitente consumidor y las cláusulas abusivas en los contratos de construcción, mientras que el Dr. Alfredo Frigerio explicó los seguros y el contrato de construcción.

140

30 de noviembre

Por otra parte, la noche del jueves comenzó con las palabras del Dr. Federico Carbajales acerca de la gestión de los proyectos de construcción y el rol del abogado. A continuación, el Dr. Pedro Bellocq enunció algunas consideraciones para situaciones de conflicto en los contratos de construcción; y el Dr. Fernando Jiménez de Aréchaga mencionó los contratos de construcción asociados a proyectos de infraestructura. Tras el espacio de preguntas y el receso, Dr. Renzo Gatto expuso sobre el caso de la Torre de Antel: el contrato llave en mano y sus límites. Finalmente, el Dr. Gonzalo Rivera habló sobre el incumplimiento y la resolución del contrato de construcción.



La UM entregó 454 títulos en la Graduación 2023

La ceremonia fue en el Antel Arena y reunió a graduandos, familiares y amigos



Crédito de foto: Estudio Moreira.

La Universidad de Montevideo (UM) celebró este martes 12 de diciembre la ceremonia de graduación, reuniendo a unas 2.000 personas en el Antel Arena, único lugar techado con esa capacidad. En un contexto de emoción tras culminar años de estudio y crecimiento, se entregaron 302 títulos universitarios de grado, 146 de postgrado y 6 de formación terciaria.

141

La ceremonia comenzó con un espectáculo 360° donde se expuso la misión y visión de la UM a través de animaciones, y donde se presentó cómo será el edificio que, a partir de 2024, albergará a las facultades de Ciencias Empresariales y Economía, y de Humanidades y Educación, en un predio en el LATU al lado de donde ya funciona Ingeniería.

Los alumnos estaban ubicados a nivel de cancha, y sus seres queridos siguieron el evento desde las gradas de público. Una vez finalizado el espectáculo de video, ingresó el claustro de profesores y la mesa de autoridades, y se dio inicio oficial con el canto del himno nacional y el toque de campana.

Momentos importantes



Entonces se dio el tradicional intercambio entre el rector y el secretario académico, aunque en esta ocasión fue protagonizado por el rector interino -quien presidió el acto, Dr. Enrique Etchevarren- y el decano Alejandro Cid, encargado de informar sobre los méritos académicos de quienes solicitaron los títulos. A su pedido, el rector en funciones anunció la concesión de los siguientes títulos: 43 de la Facultad de Comunicación (30 de grado y 13 de postgrado), 180 de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía (6 de tecnicaturas, 128 de grado y 46 de postgrado), 56 de la Facultad de Derecho (25 de grado y 31 de postgrado), 67 de la Facultad de Humanidades y Educación (63 de grado, 4 de postgrado), 56 de la Facultad de Ingeniería (63 de grado y 5 de máster), 15 del Centro de Ciencias Biomédicas (todos de postgrado) y 37 de la Maestría en Dirección de Empresas de Salud del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo.

Acto seguido tuvo lugar el llamado de cada uno de los graduandos que, cuando oían su nombre, subían al escenario y recibían, de manos de su decano, el birrete correspondiente a su facultad y título. Según explicó Etchevarren más adelante en su discurso, en la previa se había debatido sobre incluir o no este gesto que se había omitido a causa de la pandemia. Rescató que, si bien podía significar alargar el evento, era elocuente porque reflejaba la importancia del momento. “En la graduación de la UM hay 454 momentos importantes”, resumió.

Luego de entregados los títulos de Ciencias Empresariales y Economía, cuatro graduados subieron al escenario y dedicaron unas palabras a Miguel Amaro, alumno de las carreras de Dirección y Administración de Empresas y de la Licenciatura en Marketing que estaba en su generación y que falleció el pasado 13 de noviembre.



Palabras de agradecimiento

Tras esos 454 “momentos importantes” tuvieron lugar los discursos de agradecimiento. Primero se dio paso a los representantes de los egresados de carreras de grado -Lucía Olloniego, Federica Cueto, María Belén Álvarez, Natalia Simón y Florencia Cuppulo-, quienes brindaron unas palabras donde reconocieron que viven un momento bisagra: “Nos gusta pensar que hoy no solo estamos celebrando el cierre de una etapa, sino también el comienzo de un nuevo camino que estamos todos ansiosos por recorrer”.

Recordaron sus inicios en la Universidad, los sentimientos de alegría, ansiedad y cierto miedo al comenzar, al igual que los motivos que los llevaron a elegir este camino. “Todos venimos de lugares diferentes, con historias, contextos y motivaciones muy distintas, sin embargo, a todos nos unió un deseo: ir a más”. Es en este recorrido aprendieron a

equivocarse, a cuestionar, a salir de su zona de confort y, sobre todo, a conocerse a sí mismos. Gracias al apoyo de familiares, amigos, docentes y compañeros, los recién graduados se enfrentan a su futuro profesional: "Hoy nos graduamos no solo con diplomas, sino con una gran responsabilidad: la de afrontar los desafíos políticos, económicos y sociales que definen nuestro tiempo. Y en este contexto, la educación que recibimos nos dotó de mucho más que conocimientos, nos dio una herramienta poderosa para analizar críticamente el entorno que nos rodea. Nos enseñaron a cuestionar y a no aceptar respuestas fáciles. Aprendimos juntos, crecimos juntos, y así, nos convertimos en una comunidad unida por el deseo de enfrentar la incertidumbre y de desafiar lo establecido", dijeron.

A continuación, tomaron la palabra los voceros de maestrías y postgrados -Nicolás Praiz, Sergio Conti, Silvia Illescas, Martín Soterio, Gastón Keel y Santiago Fleitas-, quienes comenzaron con un agradecimiento general a todos los que forman parte de la Universidad, "por haber inculcado todos ellos, en cada uno de nosotros, un conjunto de valores éticos y humanos, que nos ha ayudado a desarrollarnos y formarnos; principalmente como personas, más que como profesionales". No faltaron los reconocimientos a los familiares y amigos, así como a los docentes de todas las materias, antes de que cada uno de los oradores se refiriera de modo más específico al posgrado cursado en su facultad.

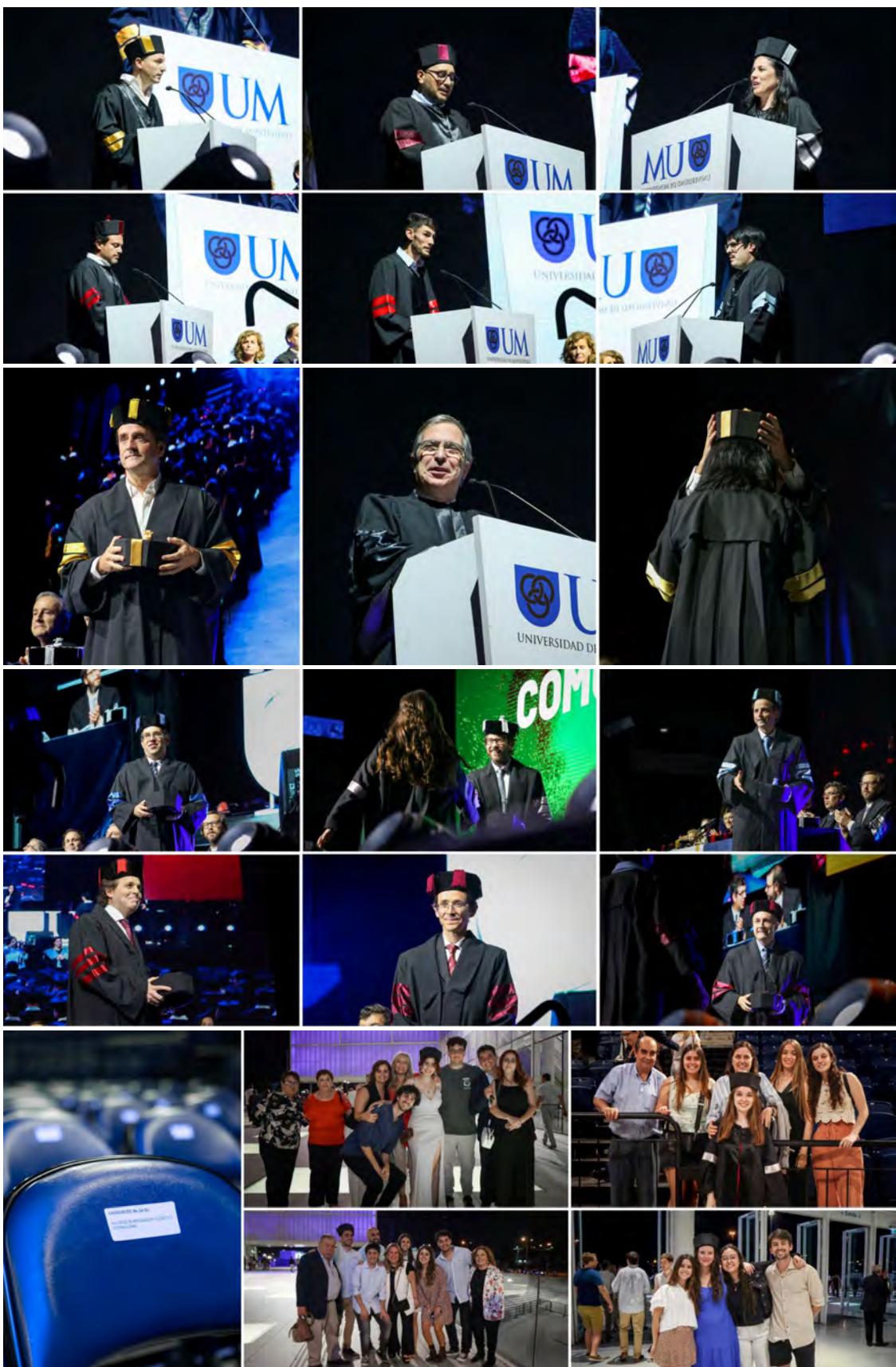


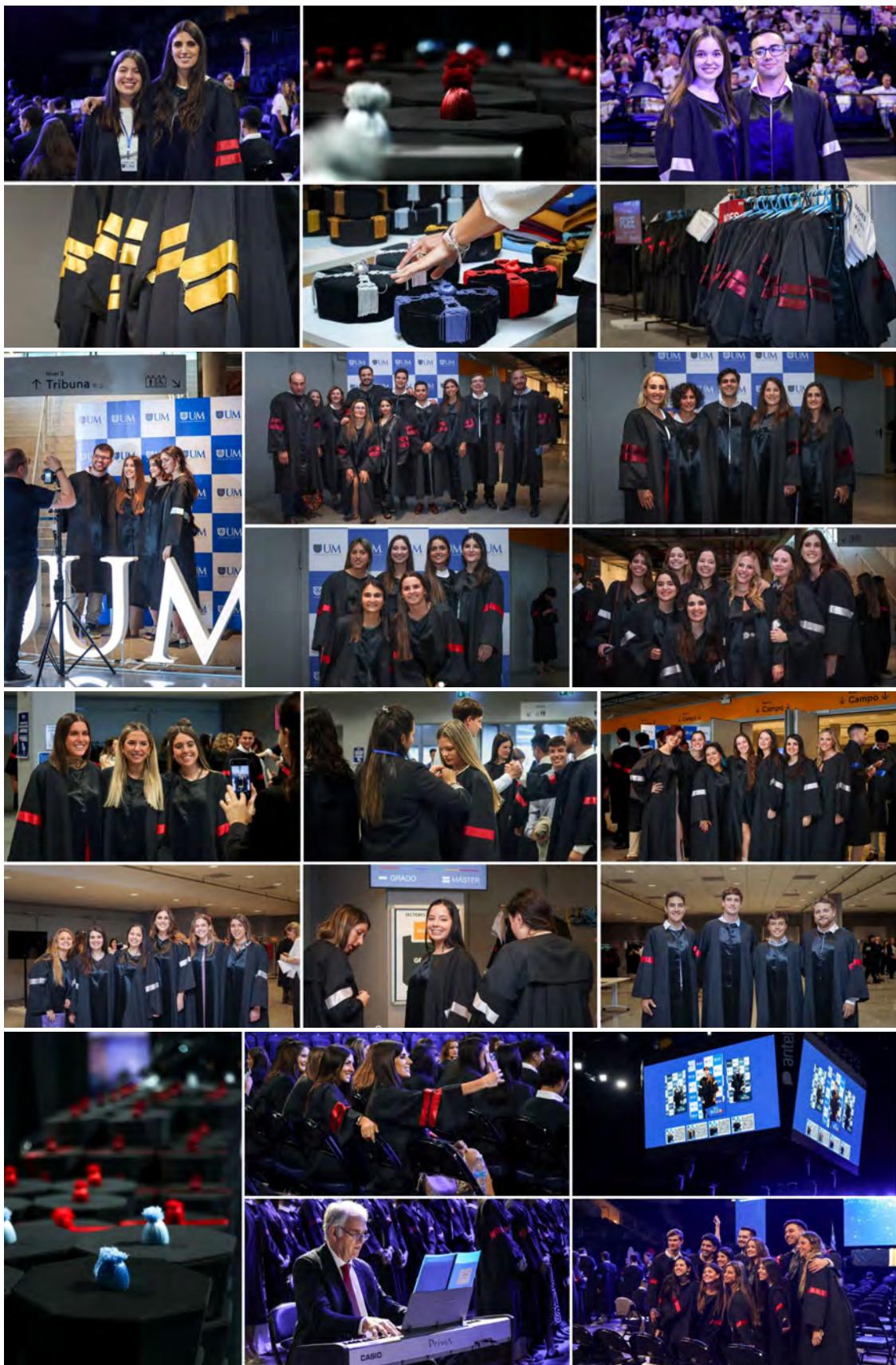
143

El tercer y último discurso fue el del rector, Dr. Enrique Etchevarren, quien subrayó que "a estos momentos uno nunca llega solo", sino acompañado por familia, amigos, profesores y compañeros de clase que acompañan en un camino de desafíos y alegrías, "en donde se unen el deseo de entender mejor el mundo en el que vivimos y colaborar a transformarlo".

Los impulsó a mirar al futuro, convencido de que los egresados "están preparados para enfrentar los desafíos que les presentará la etapa profesional y, en especial, a contribuir con su trabajo a mejorar la vida de otros y el entorno". Antes de culminar, les recordó que pasan de ser alumnos a ser Alumni, y que en la UM tendrán siempre las puertas abiertas. "Sus profesores y todo el personal de la universidad, estaremos siempre dispuestos a escucharlos, a intentar dar luz para resolver una duda y a seguir aprendiendo de ustedes", y remató: "La UM seguirá siendo su casa".

Poco después se dio por finalizado el acto, con una foto de todos los homenajeados y la retirada del cortejo académico. Fue entonces el momento de tirar los birretes, de abrazarse con amigos, de reunirse con familiares y celebrar por lo vivido.





Estudiar Derecho en EEUU: “Una experiencia excepcional y muy enriquecedora”

Los alumnos de grado Ricardo Devita y Matías Lea Plaza cursaron materias del US Law Program en Delaware



Los alumnos de la Facultad de Derecho (FDER) de la UM, Ricardo Devita y Marías Lea Plaza, viajaron a Delaware este 2023 (de mayo a julio), a través del convenio que la Universidad tiene con dicha institución. Este fue el segundo año en que alumnos de FDER tuvieron la oportunidad de realizar el programa que ofrece la Delaware Law School, siendo Juan Diego García y Victoria González los primeros de hacer uso del convenio establecido en 2020.

En una entrevista con Prensa UM, Devita y Lea Plaza desarrollaron sobre su experiencia. Devita confió que siempre había considerado aplicar para el programa y valoró el intercambio como algo “sumamente beneficioso”. Entre otras cosas, destacaron que el intercambio excedió sus expectativas, les permitió ampliar horizontes y fortalecer sus conocimientos “desde varios puntos de vista”. A continuación, un resumen de sus experiencias.

¿Qué te llevó a postularte para ir a Delaware?

Ricardo: Ir a estudiar a Delaware fue una idea que siempre consideré desde el momento en que la UM comenzó a ofrecer el programa. Con el tiempo fui informándome cada vez más y la propuesta me encantó. Fue así que en 2023 —mi último año de carrera— decidí hacerlo, y fue una gran decisión. No es para nada común que en nuestro país se ofrezcan programas de intercambio para alumnos de Derecho con el fin de justamente ir a estudiar al exterior, así que no lo dudé y aproveché la oportunidad. Además, el programa se estructura de tal forma que, en el día de mañana y ya recibido, puedo volver a Delaware a realizar mi LLM y los créditos que ya obtuve me serán computados.

Matías: Delaware es una de las jurisdicciones más importantes de Estados Unidos, donde la gran mayoría de las fortune five 500 hundred companies radican, por lo que tenía enorme interés por entender cómo funcionaba su sistema y como se diferenciaba del nuestro. Al mismo tiempo, en la UM tenemos muchas materias centradas en el

funcionamiento del sistema anglosajón y el Common Law, por lo que tenía un enorme interés en profundizar muchos de los conceptos trabajados en clase.

¿Cómo fue para vos esta experiencia?

Ricardo: La experiencia fue excepcional y muy enriquecedora. Todos los aspectos del programa fueron sumamente beneficiosos: estudiar derecho en Estados Unidos, vivir durante dos meses en un campus universitario, compartir con alumnos internacionales de cuatro continentes, practicar y perfeccionar mi inglés social y jurídico, entre muchas cosas más.

Matías: Mi experiencia fue sumamente positiva, realmente fue una oportunidad única que me enriqueció enormemente. En primer lugar, el contenido académico de la Universidad fue muy enriquecedor. Había ido con la idea de estudiar puramente derecho corporativo, sin embargo, el contenido terminó excediendo por mucho esta área del derecho, pudiendo dedicar varias materias a estudiar derecho constitucional norteamericano, derecho del lavado de activos y derecho de resolución alternativa de disputas. En adición al excelente contenido académico, vivir y estudiar en un país y cultura distinto, es una experiencia verdaderamente valiosa, donde uno abre la cabeza y entiende el funcionamiento de sistemas disntos. En este sentido, uno tiene la posibilidad de conocer gente de todo el mundo y conocer una parte no tan turística de Estados Unidos.

¿Cómo es estudiar Derecho en Estados Unidos?

Ricardo: Estudiar derecho en Estados Unidos es muy interesante. La forma que tienen los estadounidenses (y los países anglosajones en general) de razonar e interpretar el derecho difiere muchísimo de lo que usualmente se hace en América Latina o en Europa continental. Esto me permitió conocer otra faceta del mundo jurídico que amplió mis horizontes y, por supuesto, fortaleció mis conocimientos del área desde varios puntos de vista.

147

Matías: Sin duda, existe un choque inicial, dado que su sistema es muy distinto al nuestro. Implica una forma de razonar y entender problemas muy diferentes, por lo que uno tiene que adaptarse. Sin embargo, el lograr entender dicha forma de razonar y aproximar los problemas es una de las cosas más enriquecedoras, dado que verdaderamente uno vuelve con una perspectiva distinta a la hora de estudiar problemas jurídicos.





¿Qué áreas del Derecho te interesó estudiar, a qué cursos te inscribiste?

Ricardo: El programa que ofrece la Delaware Law School es un intensivo de dos meses que se estructura en dos módulos de un mes cada uno. Durante el primero, cursamos dos asignaturas llamadas Conceptos Avanzados en Derecho Corporativo (Advanced Concepts in Corporate Law) y Lavado de Activos Internacional (International Money Laundering). En el segundo módulo, tuvimos Derecho Constitucional Comparado (Comparative Constitutional Law) y Arbitraje Internacional (International Arbitration). Lo bueno de este programa es que todas las materias tienen un enfoque internacional. Todo lo estudiado es útil para el ejercicio de la carrera en Uruguay, Estados Unidos y todo el mundo. Además, los profesores son muy receptivos y promueven constantemente clases en las que el alumno interviene todo el tiempo.

148

¿Qué recorridos hicieron? ¿Visitaron alguna institución?

Ricardo: Durante la estadía en Delaware visitamos Washington D.C. y tribunales de Delaware, así como lugares icónicos del Estado. A su vez, y dado que la UM tiene dos profesores que hoy en día se encuentran trabajando en estudios jurídicos de Nueva York (Carlos E. Martínez y Santiago Gatica), nos invitaron a sus lugares de trabajo y nos mostraron cómo es el día a día de un abogado en pleno Manhattan.

Matías: Sí, en particular durante el día de la independencia (4 de julio) hizo que una de las visitas a Washington DC fueran muy interesantes. Adicionalmente, pudimos visitar las ciudades de Wilmington y Baltimore, que quedan cerca del campus; y pudimos visitar 2 de los estudios más importantes, por un lado, el estudio Proskauer uno de los estudios más grandes de Estados Unidos, y, por otro lado, Freshfields Bruckhaus Deringer uno de los estudios jurídicos más viejos y prestigiosos del mundo.

¿Qué le podrías decir o recomendar a alguien que quisiera anotarse a esta experiencia académica?

Ricardo: Que no lo dude ni un segundo. Como dije anteriormente, estudiar derecho en el extranjero siendo alumno de grado no es fácil. La experiencia permite ampliar horizontes, aprender derecho, vivir en un campus universitario estadounidense junto a personas de todo el mundo y agregar un valor enorme a la experiencia que se necesita para un mejor ejercicio de la carrera profesional. Espero realmente que muchos más alumnos puedan disfrutar de lo mismo que yo viví, definitivamente no se van a arrepentir.

Matías: Se lo recomendaría fuertemente, es una experiencia muy enriquecedora. Algunas cosas que recomiendo son tomarse muy en serio el viaje, si bien se prevé toda una etapa dedicada a conocer el país y visitar instituciones, es un intercambio donde se manejan conceptos avanzados y no se puede tomar a la ligera. También recomiendo ir, dentro de lo posible, con más de un alumno, dado que creo que termina siendo una experiencia mucho más enriquecedora al contar con otros estudiantes de la UM para apoyarse y trabajar juntos.



06/03/2024

149

“La independencia judicial en peligro”, nuevo libro de profesor UM

Santiago Pereira Campos, profesor de FDER, publicó un libro que presenta un diagnóstico del estado del derecho en el mundo



Santiago Pereira Campos, codirector del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado y de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación de la Facultad de Derecho de la UM, publicó el libro titulado “La independencia judicial en peligro: Un panorama global de los ataques a la independencia judicial y el necesario compromiso en su defensa”; editado por la Universidad de Montevideo en conjunto con la Fundación de Cultura Universitaria (FCU). El prólogo fue escrito por el presidente de la International Association of

Procedural Law, Eduarzo Oteiza, y el secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Giovanni Priori. Por su parte, Ricardo Pérez Manrique, quien fue el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llevó a cabo la presentación.

Esta obra es el resultado de una investigación sobre el estado de la independencia judicial en el mundo, evidenciando las formas en que es atacada por el poder político. Con más de 30 informes nacionales de expertos de América, Europa y Asia sobre el sistema de justicia sistematizados, la primera versión de la investigación fue presentada en el Congreso Mundial de Derecho Procesal — organizado por la International Association of Procedural Law— en 2023. “Tuvo una muy buena acogida, pero con gran preocupación por los resultados: el estado de derecho se deteriora en casi todos los países del mundo y la independencia judicial se debilita. Tenemos que trabajar para frenar este proceso de deterioro por el bien de las democracias”, declaró Pereira Campos.

La Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad, al igual que la Maestría en Derecho Procesal y Litigación, tienen el foco puesto en los temas de justicia. Ambas generan conocimiento y capacitan a cientos de jueces, abogados y académicos en esta temática. El codirector Pereira Campos señaló que la independencia judicial es clave como “base esencial legitimante de la labor de aquellos que trabajan en el sistema de justicia”. De esta forma, en el libro se analizan las formas más o menos sofisticadas, más o menos encubiertas en que el poder político asedia a estos actores con el propósito de cooptarlos; es decir, obligarlos a que piensen de una manera determinada.

“Mirando a Uruguay, el libro es una advertencia, un llamado a seguir trabajando, a no dormirnos en los laureles. Porque si bien el país ocupa una posición de privilegio en el contexto mundial por su alto nivel de independencia judicial, también es cierto que hay nubes en el horizonte. Podemos extraer del libro una lección aprendida en varios países: destruir la independencia judicial es muy fácil, recuperarla muy difícil. Sin ella no hay ni estado de derecho ni democracia. Y sin ello, nadie puede dormir tranquilo”, concluyó el abogado.

12/04/2024

Coloquio internacional sobre Derecho procesal, innovación y justicia

La Facultad de Derecho recibió a más de 120 invitados y a expertos de Brasil



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo organizó un espacio de discusión, reflexión y análisis acerca del Derecho procesal, innovación y justicia que tuvo lugar durante la mañana del 9 de abril en el Hotel NH Montevideo Columbia. El coloquio internacional se desarrolló en cuatro paneles y contó con la participación de expertos nacionales y del país vecino brasileño. A su vez, asistieron más de 120 abogados, jueces, fiscales, académicos y alumnos de grado, postgrado y maestría, quienes destacaron la modalidad dinámica, interactiva, dialogal y participativa del coloquio, y el nivel innovador de los temas debatidos.

La apertura estuvo a cargo del Dr. Miguel Casanova, decano de FDER; Santiago Pereira Campos, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, profesor titular y director de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación de la UM; y Daniel Mitidiero, post-doctor en Derecho por la Facultad de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Pavia (Italia), doctor en Derecho Procesal Civil por la Universidade Federal do Rio Grande Do Sul (UFRGS) al igual que profesor la misma institución.

Tras las palabras de bienvenida, se dio paso al primer panel integrado por Daniel Mitidiero y Santiago Pereira Campos. Los abogados dialogaron sobre el rol que deben jugar los procedentes en un sistema de justicia y cómo en Uruguay se podría comenzar a trabajar en ese sentido, a la vez que se enfocaron en responder la interrogante: ¿hacia dónde ir en busca de reglas de juego claras en la justicia civil?

Panelistas internacionales

Luego, tomaron la palabra Artur Carpes, doctor y magíster en Derecho por la UFRGS; Vitor de Paula Ramos, doctor en Derecho por la Universitat de Girona en cotutela con la UFRGS y post-doctor por la Northwestern University; Luis M. Simón, profesor de Derecho Procesal en la UM y UdelaR y miembro del TCA; y Daniel Mitidiero. Este panel se refirió a las siguientes temáticas: la admisibilidad de la prueba, la carga y el deber de probar, el deber de colaboración y la eficiencia en el proceso civil. A su vez, actuó como moderadora Margarita de Hegedus, directora de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación en la UM.

151

El tercer panel centró su discusión en las lecciones aprendidas desde la comparación de los modelos probatorios *civil law* y *common law*. Expusieron Victoria Pasqualotto, doctoranda y magíster en Derecho por la UFRGS, y Gabriel Valentín, director del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y profesor en la UdelaR.



Finalmente, el último panel de la jornada presentó el tema de la prueba, el razonamiento probatorio y tecnología. Los ponentes fueron Vitor de Paula Ramos, quien habló sobre las nuevas tendencias sobre prueba documental, testimonial y pericial; Walter Guerra, presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal, "Eduardo J. Couture"; Patricia Tellería, profesora de Derecho Procesal en la UM; e Ignacio Soba, doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Virginia Barreiro, profesora de Derecho Procesal y Coordinadora de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación de la UM.



Conferencia sobre los desafíos del sistema de justicia penal uruguayo

La Facultad de Derecho recibió a expertos de Chile quienes realizaron un análisis de experiencia comparada



La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo, junto a la Embajada Británica en Uruguay, organizaron una conferencia titulada “Desafíos del sistema de justicia penal uruguayo: una mirada desde la experiencia comparada”.

153

En esta ocasión, la Facultad recibió a dos chilenos expertos en la temática de la jornada: Jaime Arellano, abogado especializado en sistemas de justicia y uno de los socios fundadores de Justicia Latinoamericana (JUSLAT); y Rafael Blanco, director del Diplomado Internacional en Litigación Penal Estratégica de la Universidad Alberto Hurtado. Blanco fue decano de la Facultad de Derecho de la misma institución y el coordinador nacional del proceso de implementación del Sistema de Justicia penal en Chile.

A su vez, estuvieron presentes Santiago Pereira Campos, codirector del Máster en Derecho Procesal y Litigación y del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado de la UM, y Nicolás Brener, oficial de Políticas Públicas de la Embajada Británica en Uruguay.





03/06/2024

Terceras jornadas de Derecho Administrativo Prof. Dr. Mariano R. Brito

Este año abordaron la Reorganización de la Función pública aprobada en la ley N°20.130



La tercera edición de las Jornadas se celebró en el edificio Ponce de la UM el miércoles 29 y jueves 30 de mayo, donde docentes de grado y postgrado de Derecho Público de la universidad participaron en un panel que fue coordinado por el Dr. Carlos E. Delpiaggio.

El Dr. Miguel Casanova, decano de la Facultad de Derecho, realizó el acto de apertura a las 18:00 hs frente a un elenco de una centena de participantes en forma presencial y virtual, entre los que se encontraban funcionarios públicos y abogados en ejercicio. Con la participación especial del Dr. Carlos E. Delpiaggio y del Dr. Felipe Rotondo, el panel del primer día tocó los siguientes temas:

- Dr. Carlos Delpiaggio: organización de la función pública.
- Dr. Felipe Rotondo: escalafones y ocupaciones.
- Dra. Cristina Vázquez: cargos, categorías y grados.
- Dr. Daniel Artecona: reestructuras organizativas.
- Dr. Gabriel Delpiaggio Antón: régimen de funciones de administración superior.

Esta reformulación de la Función Pública busca enfocarse en las ocupaciones laborales y mejorar la movilidad de los funcionarios públicos dentro del gobierno. Consultado al respecto, Agustín Godoy, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y panelista de la segunda jornada, comentó lo siguiente: “El Poder Ejecutivo está tratando de generar una nueva estructura que busque simplificar, motivar y profesionalizar la carrera pública”.

La segunda jornada fue conformada por el siguiente panel:

- Dra. Natalia Veloso Giribaldi: sistema de carrera administrativa.
- Dr. Miguel Pezzutti: evaluación de desempeños.
- Dr. Federico Fischer: régimen de ascensos.
- Dr. Gustavo Fischer: provisión de vacantes y provisorato.
- Dr. Agustín Godoy: horario de trabajo y teletrabajo.

De esta forma concluyó la tercera edición de las jornadas de Derecho Administrativo, nombradas tras el Prof. Dr. Mariano R. Brito, antiguo rector de la Universidad de Montevideo (1997-2009), gran maestro del Derecho Administrativo uruguayo y gran promotor de este tipo de actividades.



155







TESINAS DE MASTERS

CAROLINA BIANCHI OLARIAGA

El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada

Carolina BIANCHI OLARIAGA
Investigador independiente (Uruguay)
carolina.bianchi@dentons.com
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-7305-804X>

Recibido: 30/04/2024 - Aceptado: 30/06/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:
Bianchi Olariaga, C. (2024). El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada.
Revista de Derecho, 23(45), 161-192. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.9>

El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada*

161

Resumen: El objeto del presente trabajo es analizar el régimen de las modificaciones a los Contratos de Participación Público Privada según dado por la Ley de Participación Público Privada N° 18.786. A estos efectos, se desarrolla sobre los supuestos modificación unilateral, las consecuencias de que dicha imposición se haga de una manera ilegítima y la posibilidad de que unilateralmente se imponga una reducción del objeto del contrato. Adicionalmente, se analizarán las modificaciones bilaterales a los Contratos de Participación Público Privada y las eventuales limitaciones aplicables al objeto sobre las cuales pueden versar. Respecto de estos dos escenarios, se desarrollará sobre las posibles consecuencias que el incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley aplicable puede significar respecto de la vigencia y validez de la modificación en cuestión. Por último, se analizan las causales de renegociación y, especialmente, el supuesto de la modificación unilateral ilegítima como una causal adicional no prevista a texto expreso.

Palabras Clave: Contratos de Participación Público-Privada; Modificación; Renegociación; Nulidad.

* Trabajo final de carrera para acceder al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

The legal framework on amendments to Public-Private Partnership Contracts

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the legal framework on amendments to Public-Private Partnership Contracts as provided by the Public-Private Partnership Law No. 18,786. To this end, within the scope of unilateral amendments, the consequences of imposing such amendments in an illegitimate manner and the possibility of unilaterally imposing a limitation of the contract's subject matter are examined. Additionally, aspects regarding bilateral amendments to Public-Private Participation Contracts and possible limitations applicable to the subject matter on which they may be based, are addressed. This paper also studies the possible consequences that non-compliance with the formal requirements established in the applicable law may have on the validity of the amendment in question. Finally, the grounds for renegotiation and, especially, the case of illegitimate unilateral amendments as an additional ground not expressly provided for in the applicable law, are analyzed.

Keywords: Public-Private Partnership Contracts; Modification; Renegotiation; Nullity.

162

O regime de alteração dos contratos de parceria público-privada

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar o regime das modificações aos Contratos de Parceria Público-Privada conforme estabelecido pela Lei de Parceria Público-Privada nº 18.786. Para isso, desenvolve-se sobre os pressupostos de modificação unilateral, as consequências de que tal imposição seja feita de maneira ilegítima e a possibilidade de que unilateralmente se imponha uma redução do objeto do contrato. Adicionalmente, serão analisadas as modificações bilaterais aos Contratos de Parceria Público-Privada e as eventuais limitações aplicáveis ao objeto sobre as quais podem versar. Em relação a esses dois cenários, desenvolver-se-á sobre as possíveis consequências que o descumprimento das formalidades estabelecidas na lei aplicável pode significar em relação à vigência e validade da modificação em questão. Por último, analisam-se as causas de renegociação e, especialmente, o pressuposto da modificação unilateral ilegítima como uma causa adicional não prevista de forma expressa.

Palavras-chave: Contratos de Parceria Público-Privada; Modificação; Renegociação; Nulidade.

1. Introducción general al régimen de contratación público-privada

La Ley de Participación Público Privada N° 18.786 (en adelante, la “Ley PPP”) y su Decreto Reglamentario N° 17/2012 (en adelante, el “Decreto PPP” y junto con la Ley PPP, las “Normas PPP”) regulan de forma general el marco regulatorio aplicable al régimen de Contratos de Participación Público Privada (en adelante, “Contrato PPP”), definidos estos como “aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”. Dicho marco regulatorio tiene la intención de ser “autocontenido y específico” -como se lo denominó durante la discusión parlamentaria de sanción de la Ley PPP-, autónomo y omnicomprensivo de todos los aspectos del régimen de participación público-privada, quedando desaplicado el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), salvo que expresamente se prevea.

Cajarville, en la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes del 22 de diciembre del 2010, resaltó la ventaja que representaba la sanción de un régimen específico para la participación público-privada¹. El mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al Proyecto de Ley PPP remitido al Parlamento el 9 de noviembre del 2010, en la misma línea recalcó que si bien a través del marco general vigente hasta ese momento se hacían inversiones en infraestructura pública de origen privado, la falta de especificidad en la regulación que requieren naturalmente el desarrollo de infraestructuras y servicios conexos, no promueven ni facilitan la Participación Público Privada. Y la falta de regulación específica en ese ámbito representaba un “cuello de botella” para el tan necesitado crecimiento en infraestructura que Uruguay tenía en ese momento.

163

La particularidad del régimen de las Normas PPP consiste en que el financiamiento de la infraestructura objeto de la contratación, va a ser asumido por inversores privados. Este cambio de paradigma, que no estaba tan presente en los mecanismos clásicos de contratación pública, implica superar determinados formalismos arraigados y promover un cambio en el funcionamiento de los organismos reguladores y contratantes.

A diferencia de los regímenes de contratación tradicionales, en la participación público-privada adquiere especial relevancia el análisis y la gestión de los riesgos. Las Normas PPP ponen énfasis en la adecuada distribución de los riesgos entre las partes, y la intención y finalidad primordial del esquema es asignar el riesgo a quien se encuentre en mejor posición para asumirlo. Entonces, la Administración -por ejemplo- asumiría los riesgos de eventuales cambios legislativos u obtención de autorizaciones públicas, y el particular asumiría los riesgos de diseño y construcción de la obra, y de demanda y disponibilidad de la infraestructura.

Además de todo lo relacionado con el régimen de riesgos, las Normas PPP regulan desde las características que debe tener un proyecto para ser considerado de participación público-privada y poder ser enmarcado en dicho régimen jurídico de contratación, hasta el

1 Así, Cajarville afirmó que: “La ventaja de tener una legislación específica sobre el fondo, como la que ahora se estudia, consiste en que algunos puntos que son discutidos, a falta de solución legal expresa, podrían tenerla en una ley como esta. Eso facilitaría la solución de algún tipo de problemas”.

proceso de licitación pública y contratación posterior. Especialmente, se regulan aspectos relacionados con los contenidos necesarios de los Contratos PPP, y específicamente se consagran nuevos y diferenciados instrumentos de garantía legalmente permitidas a ser otorgadas a favor de los financiadores de los Contratos PPP, y el régimen de modificaciones.

Al tratarse los Contratos PPP de contratos de larga duración (por lo general, su plazo ronda los 20 años) que prevén la realización de obras de gran envergadura, resulta altamente probable que luego de suscriptos se produzca algún cambio de circunstancia que genere la necesidad de modificación o renegociación. Desde cambios en la tecnología necesaria para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras, hasta el nacimiento de nuevas necesidades por parte de la Administración, entre otras tantas cosas.

Es con esto en mente, que el legislador reguló en la Ley PPP expresamente el régimen de modificaciones. Así, los artículos 47 y 48 de la Ley PPP y los artículos 71, 72 y 74 del Decreto PPP, regulan el sistema de modificación de los Contratos PPP. Este mecanismo constituye un apartamiento de los lineamientos generales establecidos en el TOCAF para la contratación administrativa en general. Estas previsiones comprenden situaciones desde la modificación unilateral de los Contratos PPP, a aquellas impuestas por las modificaciones bilaterales acordadas entre las partes y supuestos en los que cualquiera de las partes puede instar su renegociación.

¹⁶⁴

2. Modificación unilateral del Contrato PPP por parte de la Administración

2.1 Supuestos en los cuales la Administración puede disponer la modificación unilateral del Contrato PPP

El artículo 47 de la Ley PPP y el artículo 71 del Decreto PPP regulan la modificación por parte de la administración del Contrato PPP. Esto es, la modificación unilateral del Contrato PPP.

El artículo 47 de la Ley PPP establece:

El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptibles de tal modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida.

Pactada que sea la potestad referida en el inciso anterior, la Administración Pública contratante -previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de cuentas - podrá proceder a la modificación de las características o la cuantía de las obras o de los servicios contratados, para mejorar o incrementar los niveles de servicios o estándares técnicos establecidos en los pliegos de condiciones y en el contrato, o por otras razones de interés público debidamente fundadas, sin afectar con ello las condiciones sustanciales del contrato

En todo caso el monto máximo de las nuevas inversiones o del gasto del servicio, requeridas por las modificaciones dispuestas conforme al inciso anterior, no podrá exceder del 20% (veinte por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.

Por su parte, el artículo 71 del Decreto PPP establece:

El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración Pública contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptible de tal modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida.

Habiéndose estipulado la potestad reseñada, la Administración Pública contratante elaborará un informe técnico en el cual se establecerán los motivos y demás aspectos que justifican la modificación del contrato, especificando el alcance y contenido de la modificación. Dicho informe será enviado a la Oficina e Planeamiento y Presupuesto, al Ministerio de Economía y Finanzas y al Tribunal de Cuentas, debiendo expedirse cada uno de los mencionados en el plazo de cuarenta y cinco días corridos contados desde la recepción del informe técnico.

La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas. En todo caso, el monto máximo de las nuevas inversiones o gastos del servicio, requeridos por las modificaciones dispuestas conforme al inciso anterior, se establecerá en cada pliego y no podrá en ningún caso exceder del 20% (veinte por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación asociado en el contrato original.

Conforme surge de la norma, en esos casos, deberán estipularse los aspectos concretos del contrato que sean susceptibles de tal modificación, las contraprestaciones que en cada caso correspondan y el monto máximo adicional de las inversiones que estas modificaciones podrán requerir. Asimismo, el Contrato PPP en estos casos deberá establecer a texto expreso el plazo dentro del cual la potestad de modificación unilateral por parte de la Administración podrá ser ejercida.

A los efectos de proceder con la modificación, y según lo establece el Decreto PPP, la Administración deberá elaborar un informe técnico justificando la necesidad de los cambios, especificando, asimismo, alcance y contenido de estos, el que será enviado a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, al Ministerio de Economía y Finanzas, y al Tribunal de Cuentas, deberán informar -en el plazo de 45 días- positivamente al gasto. El pronunciamiento positivo de estos organismos es perceptivo para realizar la modificación.

En cualquier caso, las modificaciones que se establezcan en el pliego no podrán exceder del 20% del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.

2.2 Modificación unilateral por parte de la Administración fuera de los supuestos expresamente previstos en la Ley PPP y en el Contrato PPP

Cabe entonces preguntarse, si es posible para la Administración introducir una modificación contractual de manera unilateral, cuando la misma no está pactada expresamente en el texto del contrato en virtud de lo establecido en la Ley PPP.

Es bien sabido que el tema de las modificaciones unilaterales a realizar por parte de la administración en el contexto de la contratación administrativa está presente en la doctrina desde antes del surgimiento de la contratación público-privada. Estas discusiones se han tenido en referencia a la contratación administrativa en general, pero resultan aplicables al tema que nos ocupa.

En este sentido, es posible identificar dos grandes posturas en relación con el tema. Así, hay quienes sostienen que la administración -en principio, siempre tienen la potestad de modificar un contrato administrativo, y quienes esgrimen que -salvo previsión expresa en contrario-, esta potestad no existe.

Los defensores de la tesis positiva son autores como Cajarville y Sayagués. Cajarville (2007) afirma que aún en ausencia de previsión legal o contractual, la Administración debe tener la facultad de modificar unilateralmente el contrato en atención a cuestiones de interés público (p. 356). Puntualmente, Sayagués (2015) sostiene que:

la posibilidad de introducir modificaciones en la obra tiene otros límites, que no es necesario establecer expresamente, pues deben considerarse implícitos en todo contrato. Así, la administración no puede introducir en los elementos esenciales de la obra contratada, alteraciones tales que importen sustituirla por una obra distinta. Esto no sería modificar la obra, sino ordenar una obra diferente (p. 90).

Conforme el mencionado autor, la Administración también tiene como límite el mantenimiento de la ecuación económico-financiera.

Asimismo, el autor español Del Arco Torres (2010) sostiene que:

el ius variandi que ostenta la Administración consiste en la potestad que esta tiene de modificar unilateralmente y por razón de interés público, el contrato celebrado. Modificación que es obligatoria para el contratista dentro de los límites establecidos en la Ley y que, si supone una mayor carga para éste, irá acompañada de la correspondiente compensación económica, de forma que se mantenga el equilibrio financiero del contrato (p. 348).

El mencionado autor (2010), continúa citando a Horqué Baena, y afirma respecto a la facultad de modificación unilateral, que la administración “no precisa de un reconocimiento expreso en el clausulado del contrato para que [la Administración] pueda legítimamente ejercitárla” (p. 349).

Por otro lado, Delpiazzo (2019), defendiendo la tesis negativa establece que a los efectos de que la Administración pueda ejercer esta potestad, el poder de modificación debe “estar previsto, sea por vía legislativa, sea por vía reglamentaria o sea por vía contractual, con la precisión realizada en cuanto a la posible previsión en el pliego y su

incorporación al contrato" (p. 249). Basa estas afirmaciones en los artículos 7, 10 y 32 de la Constitución de la República -según la cual solo es admisible una modificación unilateral cuando exista ley formal que la prevea- y el artículo 1291 del Código Civil.

El artículo 1291 del Código Civil establece que "los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como la ley misma". Esta idea del contrato -incluso el administrativo- como regla de Derecho aplicable y vinculante a las partes firmantes como la ley misma, descarta cualquier posible defensa de prerrogativas excesivas de la Administración primando el principio de inmutabilidad.

Ya afirma Vico (2022) que "todo contrato, sea con la Administración o entre particulares, es inmutable, porque el contrato forma una regla a la que deben someterse los contratantes como la ley misma" (p. 165), matizando esta inmutabilidad en aquellas modificaciones que se hagan "mediante acuerdo de partes o cláusulas del contrato o disposiciones de la ley" (p. 165).

Esta idea es reforzada por las disposiciones del artículo 1253 del Código Civil, que establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes".

En la misma línea, Durán Martínez (2008) niega la existencia de la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato, justamente en base al efecto vinculante de éste (p. 2). Al igual que Delpiazzo, se remite a lo establecido en el Código Civil (puntualmente, los artículos 1247 y 1291) a los efectos de fundar lo anterior. Así, concluye que ante la inexistencia de una previsión legal expresa que faculte a la administración a proceder a la modificación contractual, ésta no estará facultada para hacerlo, en tanto el *jus variandi* no existe de principio.

Cáceres Couto (2013), siguiendo a los dos mencionados autores, afirma que:

nuestro ordenamiento constitucional no ofrece al interés público una dimensión e intensidad tal, que permite a la administración la modificación unilateral de los contratos que celebra, por cuanto el reconocimiento de tal potestad pone en riesgo ni más ni menos que el concepto de libertad. (...) toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedada y de disponerse es susceptible de la acción anulatoria (p. 440 y ss.).

Si hubiera que tomar postura por una u otra solución, siendo que la norma a texto expreso prevé que esta facultad podrá ser utilizada por la administración únicamente si la misma queda establecida en el texto del propio contrato, e, inclusive, si la potestad está prevista, solamente podrá versar sobre los aspectos que el contrato establezca, parecería que, en el marco de la Contratación Público Privada, basado en las disposiciones de los artículos antes citados del Código Civil en sede de teoría general del contrato, el legislador adopta la tesis negativa².

En esta línea, resulta importante destacar que según surge de la discusión parlamentaria de la norma, la redacción original del artículo 47 según el Proyecto de Ley inicialmente aprobado por la Cámara de Representantes, preveía que la Administración

² Esta tesis es compartida por Fernández Cedrés, M., y Gutiérrez, A (2012).

tenía facultades de modificar unilateralmente el Contrato PPP -aún en ausencia de previsión contractual-. Pero esta potestad fue suprimida intencionalmente, a solicitud de los Senadores Gallina y Abreu. Por lo que, la intención de la norma parecería ser esa.

Entonces, y tal como concluye Durán Martínez (2012), respecto de las modificaciones unilaterales en el marco de un Contrato PPP: “sin previsión contractual, no es posible el *jus variandi* en este tipo de contratos”, pues esta interpretación es la que “se impone conforme el bloque de constitucionalidad” (p. 337).

2.3 Reducción del objeto del Contrato PPP vía modificación unilateral por parte de la Administración: ¿constituye una rescisión unilateral?

Como se viene de decir, las Normas PPP enmarca el régimen de modificación unilateral por parte de la Administración en hipótesis que suponen una ampliación del objeto del Contrato PPP. Así, el artículo 47 de la Ley PPP y el artículo 71 del Decreto PPP emplean términos tales como “inversión adicional”, “mejorar o incrementar los niveles de servicio”, “costos adicionales” y “nuevas inversiones”.

Afirma Durán Martínez (2012) que los artículos en cuestión, efectivamente, solo se refieren a escenarios en los que se busca “incrementar las prestaciones del cocontratante de la Administración y no en el sentido de disminuirlas” (p. 338). Continúa diciendo que “no está mal que las hipótesis de reducción de prestaciones no estén incluidas en este artículo, porque son hipótesis de recisión parcial del contrato, lo que plantea problemas no exactamente iguales”. En la misma línea, Piano (2012) sostiene que “parecería que las modificaciones unilaterales por parte de la Administración contempladas en el contrato solo pueden operar ante supuestos de mejora o incremento de las prestaciones y no ante una disminución de éstas” (p. 326).

Entonces, cabe analizar en qué supuesto se enmarca una eventual reducción del objeto contractual que la Administración quisiera imponer en el marco del Contrato PPP, enmascarada en una modificación unilateral del Contrato PPP.

Mariño (2014), analizando el mecanismo de modificación de los contratos públicos consagrado bajo el TOCAF para los demás métodos de contratación, hace una equivalencia entre la facultad conferida a la Administración de disminuir las prestaciones objeto del contrato administrativo hasta el límite del 10% de sus valores, con “rescindir parcialmente el contrato administrativo” (p. 339).

Parecería posible trasladar esta conclusión a la que Mariño llega respecto de la reducción del objeto bajo la regulación del TOCAF a los Contratos PPP regulados por las Normas PPP. Entonces, la disminución de las prestaciones objeto de un Contrato PPP serían equivalentes a una recisión parcial del respectivo Contrato PPP.

Para superar la prohibición contenida en el artículo 1253 del Código Civil, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una sola parte, se han trabajado en doctrina administrativa tres posiciones: (i) la primera, y unánimemente admitida que establece que es posible prever la rescisión unilateral si se condiciona su ejercicio a la existencia de hechos exteriores a la voluntad de la parte que rescinde; (ii) la segunda que establece que se acepta en caso que la parte que rescinde

abona compensación a la otra parte; y (iii) la tercera que establece que la igualdad no se afecta si ambas partes tienen potestad de rescisión unilateral.

La potestad de rescisión unilateral por parte de la Administración es una prerrogativa que ésta posee en el marco de la contratación administrativa que se encuentra fundada en las disposiciones del artículo 1847 del Código Civil. Pero esta es una prerrogativa limitada, puesto que no tendrá la Administración derecho a rescindirlo sin norma legal o previsión contractual habilitante. En cuanto a los motivos para poder ejercer el derecho, la doctrina identifica que los mismos pueden ser por causas de ilegitimidad (por ejemplo, por incumplimiento del particular) o por motivos de mérito (conveniencia en pos del interés público). En este último caso, la doctrina unánimemente reconoce que debe mediar reparación al particular, por daños y perjuicios y lucro del que se le hubiera cesado.

Rotondo (2003) reconoce la inexistencia de consenso en la doctrina nacional respecto de las potestades de rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración (p. 172). Afirma la existencia de la posibilidad de “aumentar o disminuirse por la administración unilateralmente las prestaciones objeto de contratos, respetándose sus condiciones y modalidades con adecuación de los plazos respectivos hasta ciertos topes” siempre regidos por el “principio de la intangibilidad de la remuneración”, pero, en aquellos casos en los cuales la potestad no está prevista expresamente en el contrato “el acto unilateral de rescisión sería anulable por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y daría lugar a daños y perjuicios”.

En esta línea se pronuncia Cajarville (2007) cuando afirma que la invocación de interés público no abona la tesis de la rescisión unilateral y que no procede la posibilidad de extinguir un contrato (bilateral) mediante una decisión (unilateral) de la Administración, violando garantías y evadiendo competencia del Poder Judicial (p. 439).

169

La Ley PPP, en su artículo 51, establece las causales de extinción de los Contratos PPP. Dentro del listado se incluyen hipótesis de: (i) resolución unilateral y anticipada por parte de la Administración, cuando hay incumplimiento del contratista; (ii) mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista y (iii) demás casos expresamente previstos en el Contrato PPP respectivo, tal como lo confirma el artículo 17, literal i) de la Ley PPP.

Los supuestos de los numerales (i) y (ii) no entran en la hipótesis objeto de análisis, porque partimos de la base que estamos ante una modificación unilateral (en contraposición a una que sea por mutuo acuerdo) que se busca imponer para reducir el objeto del Contrato PPP pero no responde a ningún incumplimiento del contratista, sino a una decisión de la Administración basada en los motivos que sean (interés general, buena administración, etc.), pero, en cualquier caso, fundados y discrecionales.

Teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley PPP y al análisis realizado en el capítulo anterior, es posible concluir que la Administración no está habilitada a solicitar unilateralmente una modificación del Contrato PPP que disponga una reducción del objeto, si esto no está expresamente previsto en el texto del mencionado Contrato PPP, porque de lo contrario estaría violentando lo establecido en el artículo 51 de la Ley PPP. Es decir, resolviendo unilateral y anticipadamente el Contrato PPP -de forma parcial- sin disposición habilitante.

Sostienen esta postura, Delpiazzo (2019, p. 399 y ss.) y Vázquez (2022), específicamente en el ámbito de la Ley PPP. Y, desde el punto de vista de la teoría general del contrato, Cafaro y Carnelli (1996) afirman que:

supuestos de hecho de incumplimiento parcial, en cuyo caso el acreedor, si bien a base de su mero arbitrio, puede optar siempre por el cumplimiento, es decir, sin dar razones acerca de su elección, deberá justificar que en consideración de la parte no cumplida o no satisfecha no hubiera, en su momento, contratado, lo cual supone examinar la entidad de lo no cumplido con relación a lo cumplido (p. 144)³.

Una vez celebrado el Contrato PPP, el mismo genera derechos y obligaciones a ambas partes contratantes que los vinculan como la ley misma. Y, estos derechos no pueden extinguirse de manera unilateral por parte de la Administración. La Administración no puede dictar actos administrativos unilaterales que afecten la eficacia vinculante de un negocio bilateral suscripto con un privado. Esto solo puede hacerse de forma unilateral con ley habilitante o en acuerdo con el particular que sea contraparte del respectivo contrato. Este principio tiene su base en lo establecido en el artículo 1294 del Código Civil que establece que “las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”.

Ya afirmaba Delpiazzo (2019) que:

no es posible sostener que la potestad de rescindir unilateralmente sea un principio implícito de la Administración, es decir, que se disponga sin basamento legal o contractual, porque no se dan los supuestos de la teoría de los poderes implícitos que son: que sea imprescindible, que no esté conferido a otro órgano del Estado y que no viole las reglas de Derecho (p. 373).

Entonces, únicamente será posible para la administración ejercer el poder de rescisión unilateral por razones de mérito, en caso de que esté pactado del propio contrato, o surja de la ley (Delpiazzo, 2017, p. 55).

Para que la Administración pueda rescindir unilateralmente de forma parcial el Contrato PPP debe haber texto habilitante que establezca el pago por terminación debido o compensación al particular, en línea con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley PPP. De lo contrario, una modificación unilateral que pretenda la reducción del objeto del Contrato PPP será ilegítima, por ser una rescisión parcial del Contrato PPP que se hace en violación de las disposiciones de las Normas PPP y el texto del Contrato PPP.

³ En el mismo sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil en Sentencia N° 166/2012 del 3 de septiembre afirmó “la resolución parcial no tiene sustento legal. En efecto, los arts. 1341, 1431 y 1710 del Código Civil cuyo tenor literal no puede desconocerse (art. 17 del Código Civil) tornan por lo menos muy discutible desde el punto de vista normativo la pertinencia de una resolución parcial del contrato”. Sostiene que “El contrato es un todo interdependiente, y si ha existido incumplimiento el juez no puede rescindirlo en parte dejando subsistente el resto, salvo cuando existe norma legal expresa que lo autorice, o voluntad expresa de los contratantes, lo que a juicio de la Sala no se verifica en la especie, por lo cual de proceder la resolución la misma debe comprender todo el contrato como postula la demandada”.

3. Modificación bilateral -por acuerdo de partes- del Contrato PPP

3.1 Supuestos en los cuales las partes pueden acordar la modificación bilateral del Contrato PPP

Los artículos 48 de la Ley PPP y 72 del Decreto PPP, regulan aquellas modificaciones que deben realizarse por acuerdo de partes entre la administración y el contratista.

El artículo 48 de la Ley PPP establece:

El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán acordar su revisión. Podrán asimismo estipular los aspectos del contrato alcanzados por ella y prever soluciones entre las cuales podrán optar al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse.

En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder del 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación conforme al contrato original y en la etapa de construcción dicho porcentaje no podrá exceder del 30% (treinta por ciento).

Por su parte, el artículo 72 del Decreto PPP establece:

El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán, de común acuerdo, acordar su revisión. Si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificar el mismo, salvo la opción de renegociación que refiere el artículo 49 de la Ley N° 18.786 de 19 de julio del 2011.

Pactada que fuera la posibilidad de modificar el contrato podrán, asimismo, estipularse los aspectos del contrato que podrán ser objeto de modificación e, incluso, las soluciones entre las cuales podrán optar las partes al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional de las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse.

En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder del 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación conforme al contrato original, y en la etapa de construcción dicho porcentaje no podrá exceder del 30% (treinta por ciento).

La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Las normas, como surge de la transcripción anterior, establecen que el Contrato PPP deberá establecer condiciones, cumplidas las cuales, las partes podrán acordar la revisión de este. Por su parte, el Decreto PPP establece que, si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificarlo por fuera de los supuestos de la renegociación a los que refiere el artículo 49 de la Ley PPP. Esto, como se verá más adelante, y de conformidad con las enseñanzas de Durán Martínez (2012), resulta ilegal

y no puede ser puesto en práctica, porque atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad (p. 342 y 343).

Son los propios Contratos PPP, los cuales -en cada caso- detallan los aspectos que podrán ser objeto de la modificación, el monto máximo de la inversión adicional y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Decreto PPP. En los Contratos PPP suscriptos a la fecha, la cláusula de modificaciones a realizar con acuerdo de ambas partes, también replican en su acápite la redacción que propone la Ley PPP y luego establecen el régimen de valuación de las nuevas obras a realizarse.

En estos casos, y conforme la mención presente en el Decreto PPP (no así en la Ley PPP), también será necesario el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para poder implementar la modificación.

En este supuesto, las nuevas inversiones no podrán exceder del 50% en la etapa de operación o del 30% en la etapa de construcción, respecto del presupuesto de la obra o del gasto originalmente previsto para cada etapa.

3.2 Posibilidad de acordar la modificación bilateral por fuera de los supuestos establecidos en el Contrato PPP. Illegitimidad del Decreto PPP

Cabe preguntarse en primer lugar, si la prohibición establecida en el Decreto PPP es legítima en el sentido que las modificaciones previstas a texto expreso son las únicas válidas (en los Contratos PPP firmados a la fecha, en términos generales, han sido detalladas como aquellas que implican una modificación cuantitativa o cualitativa a las obras y requieren una inversión adicional por parte del contratista -este último requisito está establecido tanto en la Ley PPP como en el Decreto PPP-, en algunos casos especificando a texto expreso sobre qué parte del objeto -desde el punto de vista técnico- pueden versar dichas modificaciones y en otros casos desde un punto de vista más genérico), o si por el contrario, pueden implementarse modificaciones bilaterales distintas a las que el Contrato PPP establece a texto expreso -con base en el principio de autonomía de la voluntad pero respetando los principios en los que se basa la contratación administrativa-. Y, bajo esa hipótesis, determinar en qué casos, estas modificaciones no previstas a texto expreso requieren el cumplimiento de las formalidades establecidas en el Decreto PPP (esto es, el pronunciamiento previo positivo de la OPP y el MEF).

En lo que respecta a las modificaciones bilaterales, la posición doctrinaria parece ser afín a que, en base a los principios generales del derecho administrativo y específicamente al principio de autonomía de la voluntad de las partes, no existe prohibición alguna para que los contratantes de común acuerdo implementen cambios a un contrato administrativo. Lo anterior, sobre todo porque resulta imposible para la Administración prever todas las situaciones e hipótesis que pueden verificarse en la vida de un contrato y reglamentar consecuentemente su resolución a texto expreso (Seja Bentancor, 2013, p. 19).

Sin embargo, en el marco de la contratación público-privada, surge una dificultad adicional que tiene origen en la previsión del artículo 72 del Decreto PPP, conforme el cual “si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificar el mismo, salvo la opción de renegociación a que refiere el artículo 49”.

Cabe destacar que este elemento es agregado por el Decreto PPP, y no se encuentra presente en la redacción de la Ley PPP. Esto representa un apartamiento de lo establecido en la Ley PPP, respecto de la cual no se desprende que fuera de las hipótesis de los artículos 48 (modificación por acuerdo de partes) y 49 (renegociación del contrato, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo una vez verificadas las condiciones para su modificación bilateral) no sea posible una modificación por acuerdo de partes del Contrato PPP.

En ese sentido, Durán Martínez (2012) afirma que “del texto de la ley no se desprende que fuera de las hipótesis de los artículos 48 y 49 no sea posible una modificación contractual por acuerdo de partes” (p. 342), y por ello “el decreto que la prohíbe resulta ilegítimo, ya que invade la reserva de la ley (...) ese aspecto del decreto debería derogarse y mientras no se derogue, no aplicarse” (p. 343). Esto por cuanto, sin base legal se priva a los particulares y la administración a plantear una modificación del contrato en mejora de las condiciones contractuales. En definitiva, concluye que, por más que la modificación no encuadre en el supuesto del artículo 48 de la Ley PPP (y, en definitiva, en el artículo 49 de la Ley PPP), “se puede hacer conforme a los principios y normas generales que rigen la contratación administrativa”.

Asimismo, Delpiazzo (2017) sostiene la misma tesis, afirmando que

su admisión debe reputarse una lógica consecuencia de la consideración del contrato como regla de Derecho con eficacia vinculante para ambas partes cuando existen razones justificadas para la modificación cuantitativa o cualitativa de lo pactado, sin desnaturalizarlo en su objeto (p. 49).

173

En la misma línea, Piano (2012) afirma que “no se ve porqué los contratantes no pueden voluntariamente acordar algo en ese sentido, más cuando la norma no lo prohíbe” (p. 327), en este caso, haciendo referencia a supuestos de reducción de las obras, pero pudiendo hacerse aplicable la afirmación, a cualquier otra modificación o prevista

Coincidiendo con los autores mencionados, Cáceres Couto (2013) afirma que:

no existe en nuestro ordenamiento una ley prohibitiva en cuanto a la modificación por acuerdo de partes y que es posible dicha modificación en aspectos cualitativos y cuantitativos, siempre y cuando se cumplan ciertas circunstancias habilitantes, esté juego el interés público (especialmente en los contratos emergentes de un proceso competitivo y se respeten los límites que fije en forma puntual el derecho positivo (pp. 440 y 441).

Y, puntualmente en lo que respecta al régimen previsto especialmente para los Contratos PPP, sostiene (Cáceres Couto, 2013) que:

en cuanto a la posibilidad de pactar otras modificaciones no comprendidas expresamente en la norma, entiendo que el precepto no es prohibitivo, por lo que sería posible pactar por acuerdo de partes otro tipo de modificaciones, incluso aquellas que impliquen disminuciones del objeto, en cuyo caso los límites de las partes estarán dados por los principios generales de la contratación administrativa (p. 452).

Por todo lo anterior, siempre con base en el principio de la autonomía de la voluntad, es posible concluir que efectivamente resulta legítimo proceder con una modificación bilateral del Contrato PPP, a pesar de que no encuadre en las hipótesis allí previstas a texto expreso, siempre y cuando se haga con miras al interés general y en cumplimiento del principio de buena administración, mejorando una relación contractual de larga duración y no desnaturalizando su objeto. Así, Risso (2011) sostiene que aquellos actos administrativos que resuelvan una modificación contractual en acuerdo con el cocontratante deben dictarse evaluando los principios generales y aplicando la técnica de armonización (p.376).

Ahora, entonces, corresponde analizar si en estas modificaciones no contempladas a texto expreso en el Contrato PPP en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley PPP, es necesario cumplir con los requerimientos de autorizaciones previas (por parte de la OPP y del MEF), y corresponde respetar la limitación temporal a las modificaciones.

En este sentido, entiendo importante remitirnos a la finalidad de la norma en ambos casos, a los efectos de poder encontrar una justificación razonable en ambos casos.

En lo que respecta a las autorizaciones previas necesarias por parte de la OPP y del MEF, es importante distinguir claramente dos hipótesis.

En caso de que la modificación que pretendan hacerse implique un cambio de la inversión inicial prevista por el contratista, que genere un gasto adicional a la Administración (en forma de un aumento en los montos de PPD a abonar), entiendo que sí será necesario cumplir con el requerimiento del pronunciamiento previo de la OPP y del MEF. Esto, por cuanto la clara intención de la norma al requerir su preceptiva aprobación, parte de la base de que las modificaciones implicarán una inversión adicional. Así, el artículo 48 de la Ley PPP y el artículo 72 del Decreto PPP, ambos mencionan en dos oportunidades el “monto máximo de la inversión adicional” y “el monto máximo de estas nuevas inversiones”.

En el mismo sentido, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 211 literal b) de la Constitución de la República, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir perceptivamente cuando se trata de “gastos y pagos”. Por lo que, si la modificación implica un aumento o disminución de los gastos proyectados para el Contrato, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir.⁴

Y, por otro lado, si la modificación que pretende hacerse no implica la asunción de una inversión adicional por parte del contratista -por ejemplo, modificaciones en el cronograma de obras, o asuntos que atañen a los plazos, o un cambio en el proyecto ejecutivo que a pesar de introducir cambios al mismo no produce una alteración en al monto de la inversión, no parece necesario cumplir con la necesidad de solicitar pronunciamiento previo a la OPP y al MEF. Esto por cuanto, no hay un cambio en las obligaciones económicas de la administración.

Por su parte, las Normas PPP también establecen limitaciones temporales a la potestad de modificación. Así, el artículo 74 del Decreto PPP establece una condición temporal para proceder a la modificación o renegociación de los Contratos PPP.

4 En el mismo sentido, Fernández Cedrés, M., Gutierrez, A. (2012)

Dicho artículo establece:

Todo Contrato de Participación-Público Privada, deberá establecer el plazo transcurrido desde la celebración del mismo, durante el cual la Administración Pública contratante no podrá solicitar ni aceptar solicitudes de modificación, ni renegociación del contrato.

Entonces, cabe también cuestionarse si las modificaciones no contempladas a texto expreso en el Contrato PPP que deseen implementarse deben cumplir con estas limitaciones temporales que establece el Decreto PPP. A los efectos de poder llegar a una conclusión, entiendo importante -al igual que con las formalidades previas-, remitirnos a la finalidad de la norma.

En este caso, el hecho de que las mismas importen o no una inversión adicional, no modifica que el legislador haya querido con estas previsiones evitar ciertas conductas violatorias del principio de igualdad de los oferentes en la etapa previa a la firma del contrato (por ejemplo, hacer una oferta de cumplimiento imposible que resultara más económica, buscando la adjudicación con esperanzas de luego renegociar las condiciones con la administración). Por lo anterior, esta limitación en cuanto al plazo para realizar la modificación, entiendo sí es aplicable a todas las modificaciones realizadas (ya sea aquellas que se enmarquen en el artículo 48 de la Ley PPP, como las que no).

4. Consecuencias del incumplimiento de las formalidades previstas en la Ley PPP.

175

4.1 ¿Hay nulidad de la modificación contractual por el incumplimiento de las formalidades?

Como se mencionó, en cualquier caso, es carga de la Administración contratante dar cumplimiento -en caso de que se concluyera que fueran requeridas- a las formalidades requeridas para la implementación de las modificaciones en cuestión. Esto es, la administración pública contratante del Contrato PPP es quien debe remitir el expediente administrativo en el que se tramita la modificación a la OPP y al MEF, no teniendo injerencia el particular en dicho proceso.

Entonces, adquiere especial relevancia el análisis respecto de las consecuencias del incumplimiento de dichas formalidades y las eventuales defensas y remedios que el particular pueda ejercer ante cualquier perjuicio que le pueda causar esta omisión de la Administración.

A modo de primera aproximación, parecería posible concluir que, si la Administración no cumple con tramitar las formalidades, por aplicación del principio de la teoría de los actos propios (con base en el derecho civil), de buena fe y de confianza legítima, esta situación no le debería ser oponible al particular, quien eventualmente puede haber comenzado a ejecutar las obligaciones que fueron puestas a su cargo en virtud de la modificación.

En este caso, la falta de observación de una formalidad o burocracia no representaría una nulidad absoluta (que haga nula de pleno derecho e impida que despliegue sus efectos esta modificación, exonerando del cumplimiento de las obligaciones asumidas a las partes contratantes), sino que muy por el contrario implicaría eventualmente una nulidad relativa o bien, daría derecho a solicitar la anulabilidad de la modificación al Contrato PPP. Lo anterior tiene como consecuencia directa que la modificación deba considerarse como eficaz, desplegando sus efectos, pero estando sujeta a anulación en vía judicial. Solamente si el juez competente entiende que la nulidad procede y que la misma no se ha subsanado, se declara la modificación como nula y deja de surtir efectos.

A los efectos de determinar cuál es la consecuencia jurídica de la omisión en el cumplimiento de las formalidades, y ante un vacío tanto en las Normas PPP como en el derecho administrativo general, es necesario recurrir a los principios del derecho civil. Enseñaba Gamarra (1974) que “las nulidades pertenecen a la teoría general del acto o negocio jurídico” (p. 40). En la misma línea se pronuncia Delpiazzo (2013) afirmando que son aplicables los principios generales del derecho civil contractual a determinadas situaciones del derecho administrativo (p. 284).

A decir de Vico (2022), “la aplicación de normas propias del derecho privado a la contratación pública, donde actúa el Estado como una de las partes, no desnaturaliza el contrato, el cual es un contrato administrativo o de derecho público” (p. 161). Recurrir a las normas de derecho privado para llenar vacíos del derecho público, no implica la desnaturalización del contrato administrativo, puesto que en todos los casos la aplicación de las normas de la teoría general del derecho se hará en vistas a las particularidades de la contratación administrativa, que se caracterizan por el desequilibrio inherente entre las partes contratantes.

Así, de acuerdo con la teoría general de las nulidades, hay ciertos aspectos que representan un vicio al elemento subjetivo del contrato, entre los cuales están los denominados “falta de autorización para contratar”, siendo la “autorización administrativa para contratar anterior a la conclusión del contrato, que no es un requisito más que se adicione a los generales o comunes del 1261 C.C., ni tampoco integre o forme parte de alguno de ellos, como el objeto o la causa” (CAFARO y CARNELLI, 1986, p. 255). La doctrina -en sede derecho administrativo- caracteriza estas situaciones como aquellas en las cuales “el órgano público actuante lo está haciendo sin que se haya removido el obstáculo necesario para que lo haga mediante el dictado de la pertinente autorización” (Delpiazzo, 2013, p. 290). Y, en el caso de las formalidades previas a cumplir de cara a una modificación del Contrato PPP, pareceríamos estar ante una situación de hecho que es posible enmarcar en esta hipótesis.

Si bien la Ley PPP no habla de “autorización” propiamente dicha, sí habla de “informe positivo previo”, lo que en los hechos es materialmente equivalente. Según Delpiazzo (2021), este tipo de vicios tiene “una trascendencia relativa y puede ser objeto de saneamiento posterior” (p. 288).

Entonces cabe preguntarse, cuál sería un saneamiento posterior aceptable en este escenario. La teoría de los actos propios parece indicar que si la Administración (en este caso, tanto la administración pública contratante como la OPP y el MEF) validan la ejecución del contrato ejecutando sus debidas prestaciones, el vicio estaría saneado.

Pero lo cierto es que, al tratarse de un requerimiento previo con formalidades específicas, la única forma de efectivamente sanearlo parecería ser solicitar estos informes de OPP y MEF de forma posterior a la celebración de la modificación del Contrato PPP. En ese caso, si bien la modificación habrá desplegado sus efectos desde el primer momento, la misma se encontrará viciada en virtud de la omisión de este elemento formal, pero dicho vicio -y la consecuente potencialidad de anulabilidad que la tiñe- podrá ser subsanado con el cumplimiento posterior de las formalidades.

En este escenario, la Administración tampoco tendría competencia para solicitar la nulidad, porque es imputable a su propio actuar la nulidad y aplicaría el principio “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” (se traduce en que ninguna persona puede alegar a favor de su propia culpa), que es base de la doctrina de los actos propios, teniendo -en derecho civil y aplicando la teoría general del derecho contractual, base en el artículo 1561 del Código Civil que establece que no está habilitado a solicitar la nulidad (aunque en este caso refiriéndose a la absoluta) quien “ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. En sede de teoría general del derecho de los contratos. Caffera (2023) hace aplicable esta norma propia de la nulidad absoluta a los supuestos de nulidad relativa (p. 502). Así sostiene que la nulidad relativa “solo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio está establecida”, refiriendo a las disposiciones del artículo 1562 del Código Civil.

Pero, puesto que en este proceso interviene más de una Administración (una siendo la Administración Pública Contratante que suscribe el Contrato PPP con el particular y otras siendo la OPP y el MEF) cabe cuestionarse si la imposibilidad de solicitar la nulidad afecta a toda la Administración, o únicamente a aquel órgano que hubiera sido responsable de la omisión. Por ejemplo, si ha sido la Administración Pública Contratante la omisa solicitar el pronunciamiento previo a OPP y MEF, si pueden éstos otros organismos solicitarla.

177

Hay algunos derechos positivos, como el argentino, que regula expresamente, en la ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549 (según fuera modificada) y el Decreto N° 1023/2001, las situaciones de vicios en los contratos administrativos, haciendo aplicable la regulación de anulación de los actos administrativos. En estas legislaciones se establece que en caso de que un contrato administrativo esté viciado de alguna irregularidad, omisión o vicio que no impidiera la existencia de alguno de sus elementos esenciales, lo que será es anulable en vía judicial (Delpiazzo, 2021, p. 293).

Esta solución es la que parece desprenderse bajo la normativa uruguaya, si -basados en el mismo criterio que la normativa argentina- hacemos aplicable a los vicios de los contratos administrativos, la regulación relativa a los actos administrativos. Así el artículo 309 de la constitución de la república, establece que todo acto administrativo emitido en violación de una regla de derecho deviene anulable.

A mi juicio, esa parece ser la solución que más se adapta a la realidad de una modificación de un Contrato PPP en la cual no se hubieran cumplido las formalidades previas. Y, esta anulación, por las razones que se explicarán a continuación: (i) solo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio ha sido establecida, y (ii) es subsanable.

Cuando Delpiazzo (2021) analiza las consecuencias de la existencia de un vicio formal en el marco de la contratación administrativa, y básicamente ese vicio se enmarca en una eventual omisión del procedimiento pertinente que implica la obtención de

un consentimiento previo que fuera requerido previos a la firma de un contrato administrativo (identificándolo como un vicio formal anterior al llamado de licitación) afirma que “se trata de un supuesto de responsabilidad administrativa que no puede proyectar consecuencias sobre el contrato celebrado con un tercero de buena fe” (p. 290).

Pero, además, si la Administración no cumple con el objeto de la modificación escudándose en su propia omisión (por ejemplo, en el caso de la OPP y el MEF, no cumplan con su obligación de hacer los pagos correspondientes), el particular también tendrá derecho a oponer la excepción de contrato no cumplido como defensa y eventualmente reclamar los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubieran causado, así como reclamar el cumplimiento forzado de la obligación –que en este caso sería la ejecución de las obligaciones asumidas como objeto de la modificación (Cajarville, 2007, p. 816 y 817; Delpiaggio, 2019, p. 252) -. Lo anterior, se basa en la solución consagrada en el artículo 1431 del Código Civil, que establece que “la parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible o pedir la resolución con daños y perjuicios”.

Rotondo (2003) ya establece -en sede de analizar la potestad rescisoria unilateral de la Administración en los contratos administrativos- que es posible solicitar a cualquier juez competente que ordene a la Administración cumplir con las obligaciones contractualmente asumidas (p. 173).

En cuanto a los daños, es importante tener presente que los mismos no solo serán en el ámbito de la ejecución de las obras objeto del Contrato PPP, sino también en el ámbito de la financiación de las obras (tener presente que la propia Ley PPP prevé que estos proyectos serán financiados por medio de un Project Finance) y los eventuales costos financieros que esta pérdida de ingresos puede haberle generado.

Parte minoritaria de la doctrina, representada por Cajarville (2007) no comparte que sea posible la aplicación de la excepción del contrato no cumplido en la contratación pública (p. 979). Sostiene que en ningún caso la falta de cumplimiento de la Administración justifica el no cumplimiento de la cocontratante alegando que el particular está obligado a cumplir con sus obligaciones contractuales, aunque la Administración no esté cumpliendo, hasta que el contrato administrativo se extinga por la vía que corresponda formalmente, y extinguido el contrato, el particular podrá pedir la debida indemnización. Esta postura ha sido recogida en las Sentencias N° 189/2015 y N° 764/2015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La doctrina mayoritaria comparte la postura de Delpiaggio. Así, Sayagués (2015, p. 473), en la misma línea, sostiene que existen límites al deber de los particulares de cumplir estrictamente con las obligaciones asumidas, dentro de los cuales está el incumplimiento de la Administración de sus propias obligaciones.

Y, Durán Martínez y Ruocco también sostienen que la excepción del contrato no cumplido es admisible en términos generales, respecto de la teoría general del contrato (ya sea público o privado). Puntualmente Durán Martínez (2008) menciona que:

la exceptio non adimpleti contractus es admisible. No hay ninguna razón para que no se pueda esgrimir contra la Administración. La Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte. Esto no es justo y si no es justo es antijurídico. (...) Si la Administración no cumple, pretender que el co-contratante deba igualmente

cumplir significa su ruina, por hechos imputables a la Administración, lo que no es constitucionalmente aceptable (p. 757).

Ruocco afirma junto con Delpiazzo (2013) que:

[la exceptio] no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en el que ella reposa (la reciprocidad obligacional) ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato aunque estuviera en condiciones de hacerlo (p. 375).

En la misma línea, Rotondo (2003) afirma que en caso de que exista un incumplimiento de la Administración que pudiera categorizarse como grave o “se extendiera temporalmente sobre la ecuación económico-financiera (...) cabe la ejecución de la suspensión por parte del co-contratante ya que no puede admitirse que cumpla a costa de cualquier sacrificio” (p. 171). Esta postura fue recibida en la Sentencia N° 807/997 del TCA.

En la doctrina civilista, Gamarra (2006) justifica la posibilidad de oponer dicha excepción en la “interdependencia de las obligaciones” o, mejor dicho, el sinalagma funcional (p. 91). Esto implica que, al ser el contrato de carácter bilateral, y generar obligaciones de sustancia de cargo de ambas partes firmantes, ninguna de las obligaciones resulta subordinada a la otra, entonces “si una parte exige el cumplimiento, la otra tiene derecho de resistirse legítimamente a efectuarlo en tanto que no se cumpla o se demuestre estar pronto para cumplir la obligación recíproca”. Menciona asimismo que, si los contratantes no establecen un orden de ejecución de las obligaciones, no permitir que se interponga esta excepción generaría una desigualdad injustificada en la posición de las partes.

179

Entonces, como viene de decirse, no permitir que el particular ejercite la excepción del contrato no cumplido y suspenda la contraprestación hasta tanto la Administración no cumpla con sus obligaciones -sin perjuicio del eventual vicio que exista respecto de la modificación-, implica violentar y desconocer derechos y disposiciones constitucionales que tienen como base la seguridad jurídica de la relación con la Administración.

Parecería razonable hacer extensiva dicha conclusión a la situación que es objeto de nuestro análisis. Si la Administración no cumple -por omisión propia- con realizar actos previos a la firma de una modificación, que incluyen la obtención de informes positivos de otros órganos de la Administración, no puede castigarse al particular que no tiene injerencia en el proceso interno. A los efectos del particular, la modificación será válida a pesar de estar viciada, y todos sus efectos deberán desplegarse. Así: estará obligado a ejecutar el contrato con las modificaciones acordadas, y tendrá derecho a recibir los pagos debidos por parte de la Administración, en monto y plazo acordados.

Pretender que el particular continúe ejecutando sus prestaciones, implica una ruptura en el sinalagma funcional del contrato, y -en términos de lo que establecen las Normas PPP, una ruptura de la ecuación económico-financiera que debe ser reestablecida. Hay una ruptura de la correlación y equivalencia entre las prestaciones pactadas en la modificación del Contrato PPP si la Administración arbitrariamente no honra sus compromisos.

Este supuesto de hecho sería equiparable a una modificación unilateral ilegítima, que -como se verá en los capítulos siguientes- da lugar a la posibilidad de solicitar la renegociación del Contrato PPP (artículo 49 de la Ley PPP).

Como se viene de decir, la Administración no está facultada para suspender el cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco para solicitar la anulación judicial de las modificaciones viciadas por su propio actuar. Sino que, por el contrario, deberá mantenerse en cumplimiento de lo acordado (en este caso, haciendo los pagos requeridos), pudiendo en paralelo iniciar los procedimientos para -de considerarlo necesario- subsanar la eventual nulidad que el incumplimiento de las formalidades hubiera generado.

4.2 Otra interpretación sobre las consecuencias del incumplimiento de las formalidades a la luz del principio de trascendencia

Sin perjuicio del enfoque desarrollado desde el punto de vista de las nulidades para el escenario que se considere que la intervención previa de la OPP y el MEF es una autorización previa, también puede ser posible encarar la problemática considerando esta intervención como un pronunciamiento no vinculante que constituye una formalidad de mero trámite, la cual de no cumplirse -a la luz del principio de trascendencia- no viciaría el acto y sus efectos.

El antes mencionado principio de trascendencia está recogido en el artículo 7 del Decreto N° 500/991 que establece que “los vicios de forma de los actos de procedimientos no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuido las garantías del proceso o provocado indefensión”.

Durán Martínez (2021), en aplicación de dicho principio sostiene que “hay que analizar en cada caso la entidad del vicio para determinar si en cada situación en concreto estamos ante una irregularidad que configura causal de nulidad”. Por su parte Gutiérrez (2015)- en la misma línea- afirma que:

si bien el exceso de formalismo no es bueno, la obligación de respetar forma y formalidades esenciales tiene por objeto evitar decisiones precipitadas u erróneas imputables a una información insuficiente. De ahí que no todo vicio en las formalidades entrañe nulidad. Esto será cuando se trate de formalidades esenciales, que tengan directa incidencia en la decisión final o afecten garantías fundamentales, por lo que no todo vicio en las formalidades produce nulidad, pero ésta cabe se disponga si se dan las circunstancias a que alude el artículo 7 del Decreto No. 500/91.

Así, el principio de la trascendencia parte de la base de velar por la validez de los actos administrativos (o contratos, en este caso) que se hubieran mantenido incambiados aun así cumpliéndose la formalidad de trámite previa que se omitió, es decir, a pesar del vicio procedural en el que se incurrió.

Entonces, de acuerdo con el texto de las Normas PPP, hay base para defender la tesis de que esta intervención previa no tiene poder de veto ni requiere ser favorable para habilitar la formalización de la modificación. Las Normas PPP en todo momento hablan de “pronunciamiento previo”, no así de “pronunciamiento positivo”, “autorización previa” o “dictamen vinculante”.

Si ni la Ley PPP ni el Decreto PPP hablan de pronunciamientos vinculantes o favorables, los dictámenes no pueden interpretarse como que constituyen autorizaciones, sino que indican la necesidad de una formalidad de carácter interno -mero trámite- que la Administración debe cumplir.

Y, si el pronunciamiento no hubiera tenido posibilidad de disuadir a la Administración de proceder con la firma de la modificación del Contrato PPP, por el principio de transcendencia la omisión de obtenerlo no puede implicar la nulidad del acto.

5. Renegociación del Contrato PPP

Por último, la Ley PPP establece el mecanismo de la renegociación del Contrato PPP en su artículo 49, regulado en mayor detalle por el artículo 73 del Decreto PPP. Al igual que con las modificaciones, el instituto de la renegociación presupone un Contrato PPP en ejecución, desplegando todos sus efectos.

El artículo 49 de la Ley PPP establece:

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, y aún en ausencia de tal previsión, cualquiera de las partes podrá requerir a la otra la renegociación del Contrato de Participación Público-Privada cuando ocurra de alguna de las siguientes hipótesis:

A) Cuando la Administración Pública contratante modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios previstos al contratar, y se cumplen todos los siguientes requisitos:

- I) Que la modificación ocurra con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente prevista por el contratista al tiempo de su celebración.
- II) Que la modificación altere significativamente la ecuación económico-financiera resultante del contrato al tiempo de su celebración.
- III) que la modificación sea relevante específicamente en el ámbito del contrato, y no sea producida por medidas que procuren un efecto económico-financiero de alcance general.

B) Cuando causas de fuerza mayor no previstas al celebrarse el contrato determinaran en forma directa la ruptura sustancial de la ecuación económico-financiera resultante del contrato al tiempo de su celebración.

C) Cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el contrato como condición de su revisión conforme al artículo 48 de la presente ley, y las partes no lleguen a un acuerdo sobre las modificaciones del contrato.

Si alguna de las partes no accediera a la renegociación, o las partes no llegaran a un acuerdo en las negociaciones, cualquiera de ellas podrá reclamar jurisdiccionalmente una indemnización de conformidad con el artículo 54 de la presente ley.

Por su parte, el artículo 73 del Decreto PPP establece:

Cualquiera de los co-contratantes podrá solicitar a la contraparte la renegociación del Contrato de Participación Público-Privada, cuando ocurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 49 de la Ley N° 18.786 de 19 de julio de 2011.

La parte que solicite renegociar el contrato deberá notificarlo a la contraparte indicando las cláusulas objeto de renegociación, las causales que la justifican, así como las soluciones sugeridas en tal sentido.

En lo que refiere a lo expresado en la hipótesis prevista en el literal B) del artículo 49 de la Ley N° 18.786 de 19 de julio del 2011, solo podrán considerarse como causas de fuerza mayor, a los efectos de la renegociación, las que afectan las variables del proyecto que sean enumeradas en forma taxativa en cada Contrato de Participación Público Privada.

La renegociación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas.

Esta regulación permite al particular solicitar a la Administración volver a negociar sobre determinados aspectos del Contrato PPP, cuando se dé alguna de las condiciones establecidas en las Normas PPP, lo que podrá derivar en: (a) que las partes arriben a un acuerdo y lo formalicen mediante la suscripción de una adenda que implique una modificación al Contrato PPP; o, (b) que las tratativas de negociación no resulten fructíferas y que el particular deba recurrir a los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Contrato PPP para requerir el pago de una indemnización.

Durán Martínez (2012) sostiene que:

la renegociación del contrato administrativo es posible aún sin este artículo, en la medida que ello se ajuste al interés público y al interés general. Pero, lo interesante de este artículo es que si se cumplen los supuestos allí previstos, otorga un derecho de renegociación a cualquiera de las partes (p. 349).

A esta afirmación la basa en el principio de equidad, el principio de flexibilidad y el de conservación de los contratos –que, en contratos de tan larga duración como los Contratos PPP, adquiere especial importancia.

En Derecho Civil, Gamarra (2009), al estudiar los contratos de ejecución continuada a largo plazo, diserta sobre la obligación de renegociar. En dicho sentido, establece que siempre que: (i) exista una norma legal que respalde su pretensión; o (ii) se pacte expresamente en el contrato, es un mecanismo válido para habilitar la renegociación una vez que se cumplen las condiciones allí establecidas. Pero, si esto no sucede, Gamarra (2009) afirma que:

el fundamento de derecho positivo se encuentra en la regla de conducirse de acuerdo a la buena fe, consagrada por el art. 1291 precisamente para la etapa en la que puede acontecer “el riesgo contractual” la buena fe in executivis (...) a falta de obligación convencional (la potestad) debe entenderse implícita en el contrato con el fundamento legal referido (p. 243).

Al día de la fecha, el TCA admite en términos generales la renegociación de los contratos siempre que se cumplan determinadas condiciones como lo son: que se configuren circunstancias objetivas durante el periodo de ejecución del contrato y que

la renegociación se haga en miras del interés público sin vulnerar normas o principios que rijan la contratación (por ejemplo, el principio de igualdad de los oferentes).

Si bien la Ley PPP zanja cualquier discusión que en un tiempo pasado hubiera podido tener lugar respecto de la renegociación de los contratos administrativos, admitiéndolo expresamente para los Contratos PPP dentro de ciertos límites, que se analizarán en el subcapítulo siguiente.

Respecto de la oportunidad para solicitar la renegociación, los Contratos PPP en los que ha entrado la Administración a la fecha prevén un plazo para que el particular pueda solicitar la renegociación. Este plazo por lo general se establece en un término desde que la causal de renegociación se configura, y cuando dicha causal se configura durante el periodo de construcción de la infraestructura, el plazo comienza a contar desde la obtención de la última acta de comprobación de infraestructura o puesta en servicio. Sin perjuicio de lo que sucede en los hechos, Durán Martínez (2012) sostiene que el artículo 74 del Decreto PPP es ilegítimo en lo que refiere a la renegociación, pues sin ley habilitante no se puede efectuar una limitación de este tipo; por lo anterior, el Decreto PPP en este sentido debería derogarse, y hasta tanto, no aplicarse (p. 348).

Solicitada por el particular la renegociación en base a una de las causales que se explicarán en el siguiente capítulo, la Administración analizará si comparte que dicha causal se hubiera verificado. Si es así, se iniciarán las negociaciones calculándose la eventual contraprestación que el particular tiene derecho a recibir conforme las fórmulas de cálculo establecidas en el propio Contrato PPP, lo que necesariamente derivará en la suscripción de una adenda al Contrato PPP, en la forma de una modificación de común acuerdo que -conforme el artículo 73 del Decreto PPP, requiere informe positivo de la OPP y el MEF-.

De no estar de acuerdo la Administración con la verificación de la causal, o de no llegar las partes a un acuerdo en los términos de la renegociación, las partes podrán recurrir al mecanismo de resolución de controversias del artículo 54 de la Ley PPP, que prevé el arbitraje.

5.2 Causales de renegociación

5.2.1 El hecho del principio

El literal a) del artículo 49 de la Ley PPP hace referencia a la renegociación como consecuencia de un hecho imputable a la Administración, que genere una alteración en los parámetros de costos y beneficios presentes al momento de contratar. Esta modificación, introducida por la Administración, debe: (i) haber sido impuesta por la Administración Pública Contratante del Contrato PPP respectivo y ocurrido con posterioridad a la firma del Contrato PPP y que “no haya podido ser razonablemente prevista por el contratista al tiempo de su celebración”; (ii) representar una alteración significativa a la ecuación económico-financiera del Contrato PPP al tiempo de su celebración; y (iii) ser una modificación “relevante específicamente en el ámbito del contrato, y que no sea producida por medidas que procuren un efecto económico financiero de alcance general”.

Esta hipótesis comprende lo que se denomina comúnmente como “hecho del principio”, al que Delpiazzo (2019) define como “la actuación unilateral de la Administración que

afecta o repercute en la ejecución del contrato” (p. 301). Dicha actuación, para considerarse como ejercida en aplicación de la mencionada teoría debe cumplir con ciertos requisitos, que son en cierta medida similares a los que la Ley PPP prevé, teniendo como fundamento el principio de igualdad ante las cargas públicas. Según Delpiazzo (2019), el efecto de la aplicación de la teoría es la “indemnización integral al co-contratante, que comprende tanto daño emergente como lucro cesante” (p. 301).

En el caso de la Ley PPP, lo que previó el legislador es el nacimiento de un derecho a requerir la renegociación, para reajustar la ecuación económico-financiera que se vio afectada a raíz de este actuar de la Administración, y -eventualmente- la posibilidad de éste de solicitar la indemnización en sede arbitral en caso de que la renegociación no fuera fructífera.

En cuanto a la condición detallada en el numeral (i) del primer párrafo del presente capítulo, cabe destacar que la mención a que la misma no haya podido ser razonablemente prevista al momento de la celebración del Contrato PPP, descarta los supuestos de modificación unilateral del Contrato PPP previstos a texto expreso en el artículo 47. Lo anterior, puesto que no se puede tildar de no previsible una modificación que está habilitada a texto expreso en el texto del propio contrato. La posibilidad de solicitar la renegociación con base a este artículo, en un escenario de modificación unilateral ilegítima, será analizada en detalle en el próximo capítulo.

Este requerimiento busca, entonces, excluir aquellas situaciones que hubieran podido ser tenidas en cuenta por el particular al momento de fijar el precio por la ejecución de la obra. Si fueron tenidas en cuenta -como una alea normal asumida o una posibilidad o probabilidad- no darán derecho a la renegociación.

Respecto de la condición detallada en el numeral (ii) cabe destacar que hay acuerdo unánime en doctrina y jurisprudencia respecto de que la ecuación económico-financiera debe ser respetada en todo momento. La sentencia del TCA N° 160/1986 del 28 de abril, ya establecía que:

el equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato (...) y no puede ser alterada. Como en todo contrato, el cocontratante de un contrato administrativo debe soportar costo y riesgo, bajo el “alea normal”, no así el “alea anormal” cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas.

Estas previsiones tienen base en el principio de justicia comutativa, puesto que lo que se busca en el marco de la contratación administrativa es el equilibrio entre los derechos y las obligaciones asumidas, por lo que el particular debe ser resarcido (en este caso, la ecuación económico-financiera debe ser equilibrada) en caso de que por causas de interés público ejecutar el objeto del Contrato PPP le resulte más oneroso.

Entonces, cuando el actuar de la Administración de forma unilateral e imprevista, conlleve una modificación de costos y beneficios significativa, el particular tendrá derecho a solicitar se lo indemnice.

Por último, el requisito del numeral (iii) refiere al alcance del actuar de la Administración. Lo que busca esta limitación es excluir del supuesto de renegociación

aquellas medidas macroeconómicas de alcance general, que en definitiva afectan a una cantidad indeterminada de relaciones jurídicas no estrictamente relacionadas con el Contrato PPP. A decir de Piano (2012):

para que opere el derecho a requerir la renegociación por cambios en los costos o beneficios del contratista, se requiere que la medida de la Administración aplique en forma específica al contrato, esto es, que sea una medida o acto realizado en relación directa al contrato y no una medida general que tenga repercusiones sobre el contrato (p. 338).

No queda del todo claro cuál fue el propósito del legislador de excluir las medidas de alcance general, puesto que en caso de que las mismas representen para el particular una ruptura en la ecuación económico-financiera por escapar del alea normal, por los principios generales, éste debería tener derecho a que la misma fuera reequilibrada. Durán (2012) sostiene, en esta línea, que en dichos escenarios el particular puede solicitar la renegociación en base a los principios generales.

5.2.2 La fuerza mayor

El literal b) del artículo 49 de la Ley PPP prevé la posibilidad de cualquiera de las partes del Contrato PPP de solicitar la renegociación cuando se verifique la existencia de causas de fuerza mayor que directamente determinen la ruptura de la ecuación económico-financiera. Por su parte, el artículo 73 del Decreto PPP establece que serán consideradas causales de fuerza mayor a los efectos de la renegociación, las que estén enumeradas de forma taxativa en el Contrato PPP respectivo.

Ya Delpiazzo (2019) afirmaba que:

cuando el equilibrio económico financiero del contrato se rompe por hechos de la naturaleza o del hombre, pero ajenos a la Administración y a su co-contratante, entonces nos vemos enfrentados a la hipótesis del caso fortuito o de la fuerza mayor (p. 303).

185

En el campo de la contratación administrativa, se entiende que, para la configuración de la fuerza mayor, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) la exterioridad de lo ocurrido, en el sentido de ajenidad a las partes; y (ii) la imprevisibilidad de lo ocurrido, en el sentido que los hechos no hayan podido ser razonablemente previstos. La condición aplicable al concepto de fuerza mayor del derecho civil, que es la irresistibilidad, no es necesaria para la configuración de la fuerza mayor del derecho administrativo.

La redacción de las Normas PPP da a entender que es posible que existan dos conceptos distintos de fuerza mayor en el marco de un mismo Contrato PPP: uno a los efectos de la renegociación, y otro a los efectos de la extinción del contrato (artículo 51). Así, las causales de fuerza mayor que alteran sustancialmente la ecuación económico-financiera pero no generan la imposibilidad material de cumplimiento del contrato, dan lugar a la renegociación, y aquellas que impidan el cumplimiento de las obligaciones del particular, que darán lugar a la extinción (total o parcial) del Contrato PPP.

Esto parece alinearse con la calificación de tipos de fuerza mayor realizada por Delpiazzo (2019), quien distingüía los casos de fuerza mayor absoluta identificados

como aquellos que “imposibilitan totalmente y de manera absoluta el cumplimiento del contrato”, de los casos de fuerza mayor relativa, que “sin imposibilitar el cumplimiento de manera absoluta, lo vuelven excesivamente oneroso”. Entonces, la fuerza mayor que da lugar a la extinción es la calificada como absoluta, y la que da lugar a la renegociación es la calificada como relativa.

Por su parte Durán Martínez (2012) sostiene que lo establecido en el Decreto PPP respecto del establecimiento de situaciones de fuerza mayor taxativas es ilegítimo, y por ende no debe ser aplicado hasta tanto se derogue (p. 371). Asimismo, sostiene que las hipótesis de renegociación del artículo 49 de la Ley PPP, además de comprender los supuestos de fuerza mayor relativa, también comprenden supuestos de fuerza mayor “en que la ejecución se torna imposible, pero ese impedimento se puede levantar si se reformula el contrato”. Esto último, solo parecería aplicable al régimen en caso de que el impedimento causado por la fuerza no fuera de carácter material. Puesto que, si la fuerza mayor genera un impedimento material a ejecutar la obra objeto del Contrato PPP, la eventual reformulación de sus términos indefectiblemente debe conllevar la revisión parcial y nos escapamos de los supuestos de renegociación.

5.2.3 La falta de acuerdo en un escenario de modificación bilateral del Contrato PPP.

El literal c) del artículo 49 de la Ley PPP refiere al supuesto en el que, configurada la causal que permite la modificación bilateral del Contrato PPP conforme el artículo 48 de la Ley PPP, las partes no llegan a un acuerdo al respecto.

Siendo que, en definitiva, la renegociación implica -justamente- una negociación entre las partes del Contrato PPP verificados determinados supuestos, parecería ser redundante habilitar una causal de renegociación cuando las partes ya fracasaron en negociar y ponerse de acuerdo utilizando otro de los mecanismos establecidos en el Contrato PPP. Las únicas razones que podrían hacer justificar esta diferenciación (siendo que en los hechos ambas situaciones llevan a una negociación entre las partes) es si las fórmulas para el cálculo de las compensaciones difieren entre las previstas para las hipótesis de modificación bilateral y las de renegociación. De lo contrario, la renegociación en este escenario actuaría como un método preliminar de “resolución de controversias” entre las propias partes, antes de poder recurrir al arbitraje.

Lo cierto es que, si esta fue la intención del legislador, es decir, crear una instancia adicional previa al reclamo arbitral, por lo menos debería haber previsto la intervención de una tercera parte en esta nueva etapa. No siendo el caso, es poco probable que las partes discutiendo sobre lo mismo, puedan llegar a un acuerdo, si ya no lo lograron en la etapa anterior.

En este mismo sentido opina Piano (2012), quien afirma que este literal debería haber estado ubicado en el mismo artículo 48 de la Ley PPP, habilitando a las partes que no pueden llegar a un acuerdo en los términos de la modificación a ir al mecanismo de resolución de controversias para reclamar una indemnización judicial (p. 341).

Una de las interpretaciones posibles respecto de la intención del legislador al agregar esta causal, se da si se parte de la base que la modificación bilateral conforme el artículo 48 de la Ley PPP está limitada de alguna manera (por ejemplo, cuantitativa

o cualitativamente). En ese caso, la particularidad que tendría la instancia posterior de renegociación es que permitiría negociar sobre parámetros más amplios y un objeto extendido⁵.

5.3 Modificación unilateral ilegítima como causal de renegociación.

Si bien es entendido de forma unánime por parte de la doctrina la causal de renegociación prevista en el literal A) del artículo 49 de la Ley PPP refiere al denominado “hecho del principio”, al parecer de Durán Martínez (2012) -realizando una interpretación armónica en conjunto con las disposiciones del artículo 47 de la Ley PPP- también debe entenderse incluidos los supuestos de modificación unilateral ilegítima por parte de la administración.

Lo anterior, justamente, porque pasa a ser una situación que no ha podido ser prevista al momento de suscribir el Contrato PPP (por no estar incluida en los supuestos del artículo 47 de la Ley PPP). Y, lejos de querer validar por la vía de los hechos un actuar ilegítimo, lo que se busca es dar herramientas al particular para buscar la compensación en caso de que dicho actuar indefectiblemente tenga lugar.

Entonces, en aquellos casos en los que la Administración pretenda imponer una modificación unilateral que no cumpla con los requisitos del artículo 47, por ejemplo, porque su objeto no esté expresamente prevista comprendido dentro del listado taxativo que provea el respectivo Contrato PPP, el particular tendrá derecho a solicitar la renegociación.

6. Conclusiones

En conclusión, la respuesta de si pueden realizarse modificaciones no previstas en el texto del Contrato PPP, varía según el tipo de modificación al que nos refiramos.

Si hablamos de modificaciones unilateralemente impuestas por la administración, las mismas están limitadas a las potestades otorgadas por ley. Por lo cual, si la facultad de modificar no está prevista en el contrato, la Administración no tiene potestad para imponer un cambio de forma unilateral. Si lo hiciera, esto dará derecho al particular a solicitar la renegociación del contrato en virtud de lo establecido en el literal A) del artículo 49 de la Ley PPP, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí previstos que sean aplicables.

Por otro lado, si hablamos de modificaciones por acuerdo de partes, los principios generales del derecho administrativo nos indican que, a pesar de no estar previsto a texto expreso en el Contrato PPP, las partes podrían acordar una modificación contractual. En ese sentido, la previsión del Decreto PPP que lo prohíbe es ilegal y por ende no debe aplicarse.

En cuanto a las formalidades requeridas en este último escenario, es posible llegar a una conclusión basados en la interpretación del contexto de la Ley PPP, así como de

5 A esta postura adhieren Piano, Fernandez y Gutierrez.

la intención del legislador. Es posible justificar que el visto bueno de la OPP y el MEF solo será necesario si la modificación implica una inversión adicional que implique una variación del aspecto económico (haciéndolo más o menos costoso, dependiendo el objeto de la modificación), en definitiva, modificando el régimen pagos que deben realizarse. Sin embargo, otra interpretación de las normas podría arrojar que se requiere el cumplimiento de las formalidades previas en todos los escenarios de modificación bilateral del contrato, independientemente de si se verifican los parámetros establecidos en la Ley PPP.

Sin perjuicio de que el cumplimiento de las formalidades previas parecería ser requisito para todas las modificaciones del Contrato PPP, determinar cuál es la consecuencia de su no cumplimiento implica compatibilizar el régimen de nulidades de la teoría general del derecho con la contratación administrativa. Siendo que la carga de procurar y gestionar dichas autorizaciones la de la Administración, la Administración no está facultada para suspender el cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco para solicitar la anulación judicial de las modificaciones, cuando la eventual nulidad relativa o anulabilidad que tiene al negocio es producto de su propia omisión. Sino que, por el contrario, deberá mantenerse en cumplimiento de lo acordado (en este caso, haciendo los pagos requeridos), pudiendo en paralelo iniciar los procedimientos para subsanar la nulidad o irregularidad que el incumplimiento de las formalidades hubiera generado. La modificación contractual, que no cumple con las formalidades, parecería ser a priori, anulable.

188

En caso de que la Administración opte por no cumplir con su parte de la prestación, el particular tendrá derecho a interponer la excepción del contrato no cumplido, si quisiera también suspender el cumplimiento de sus obligaciones y podrá reclamar que se le resarza en los daños y perjuicios que hubiera sufrido, tanto en el marco de la ejecución de las obras como en el marco de la financiación del proyecto con la banca privada.

Lo que sí aplica en todos los casos, respecto de las modificaciones bilaterales, es la limitación temporal para formalizarlas pues la justificación de su inclusión en la Ley PPP tiene bases distintas y su finalidad atiende a evitar la violación al principio de igualdad entre oferentes, que debe ser respetada en todos los casos. Básicamente se busca evitar que los oferentes presenten una propuesta irrealizable con la esperanza de ganar y poder renegociar con la Administración de forma inmediata a la suscripción del Contrato PPP, violando el principio de igualdad de los oferentes.

Por último, en lo que respecta a los escenarios de renegociación, los mismos están taxativamente establecidos en la Ley PPP. Sin embargo, en caso de que la Administración de manera ilegítima intente imponer una modificación unilateral por fuera de los términos legalmente permitidos, es aceptado que el particular solicite la renegociación en los términos del artículo 49 literal A) de la Ley PPP, cuando se cumplen los demás requisitos allí previstos. Además, esta taxatividad de los escenarios de renegociación está ciertamente atenuada dada la flexibilidad de la Ley PPP al permitir incluir causales para la modificación bilateral del Contrato PPP.

Referencias bibliográficas

- Antenor de León, K., Dalmao Rodriguez M. Alcance de las potestades de modificación y revisión de los contratos. Análisis crítico sentencia N° 291/2014 del TCA. En Delpiazzo, C. E. y Echevarría Petit, J. L. (2020). *Cuaderno 4 de contratación pública*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Arco Torres, M. A. del y Pons González, M. (2006). *Derecho de la construcción: aspectos administrativos y civiles*. (7a. ed.). Granada: Comares.
- Banchero Cora, L. (2017). Aumento y disminución del objeto del contrato administrativo. En: *Cuaderno 1 de contratación pública*. (pp.89-103). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Bello Fabra, S. (2012). Panorama comparado de la participación público-privada. En: *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo: en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*. (pp.357-369). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 7-10 nov.2011).
- Brito, M. R. (2012). *Fundamentos de Derecho Administrativo Económico*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Cáceres Couto, A. M. (2013). Modificación de los contratos públicos. En: *Comentarios al TOCAF: sobre la Contratación Pública*. (pp.437-459). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Carnelli, S. y Cafaro, E. B. (1996). *Eficacia contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cafaro, E. B. y Carnelli, S. (1986). La autorización administrativa para contratar. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 17, 252-257.
- Caffera, G. (2023). *Obligaciones: teoría de la obligación, el contrato y el cuasicontrato*. (2a. ed. act. ampl). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Sobre Derecho Administrativo*. (2a.ed. ampl). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.2
- Celorrio, H. (2012). *La responsabilidad en los Contratos de Participación Público-Privada. Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 193-211.
- Delpiazzo, C. E. (2012). *Comentarios a la Ley de Participación Público-Privada*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Montevideo.
- Delpiazzo, C. E. (2013). Acerca de la extinción de los contratos públicos. En: *Renovación de la contratación pública*. (pp.359-376). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 8-11 oct.2012)
- Delpiazzo, C. E. (2013). El procedimiento administrativo en Uruguay. En: *Tratado jurisprudencial y doctrinario: actos y contratos de la administración*. (pp.311-336). Montevideo: La Ley Uruguay.

- Delpiazzo, C. E. (2013). *Renovación de la contratación pública*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 8-11 oct.2012).
- Delpiazzo, C. E. (2016). Nulidades en el derecho administrativo y el Código Civil. *Doctorina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, 4(4), 87-94.
- Delpiazzo, C. E. (2017). Aspectos de interés en la ejecución de los contratos públicos. *Revista de Derecho y Tribunales*, (32), 45-69.
- Delpiazzo, C. E. (2019). Contratación administrativa. (ed. aum. y puesta al día). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Delpiazzo, C. E. (2021). Acerca de las nulidades en la contratación pública. En: *Homenaje al Académico de Honor Profesor Emérito Jorge Gamarra*. (pp.283-307). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Durán Martínez, A. (2012). Modificación de los contratos de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 329-351.
- Durán Martínez, A. (2013). Principios de la contratación administrativa. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 49-85.
- Durán Martínez, A., (2008). Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos, *Revista La Ley Uruguay*, (3), Montevideo.
- Durán Martínez, A., (2021). Un caso de salida fiscal, predios rivereños, derecho indiano y derecho patrio, *Estudios de Derecho Administrativo*, (11), 849-868.
- Fernández Cedrés, M. y Gutiérrez, A. (2012). Mecanismos de modificación del contrato de participación público-privada. *Revista de Derecho Público*, 21(41), 41-62.
- Gamarra, J. (1974). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, T.16.
- Gamarra, J. (2009). Teoría general del contrato. En: Gamarra, J, Gamarra, J. *Tratado de derecho civil uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.26
- Gamarra, J., Caumont, A., Mariño López, A., Miranda, J., Amorín, M. y Píriz, J. (2006). Responsabilidad contractual. En: Gamarra, J, Gamarra, J. *Tratado de derecho civil uruguayo*. (4a. ed). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.18.
- Guariglia, C. E. (2013). Mutabilidad o inmutabilidad de las prestaciones objeto de los contratos administrativos en el derecho administrativo uruguayo. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 461-525, Montevideo.
- Gutiérrez, A., (2015). Debido procedimiento y procedimiento administrativo-disciplinario, *Revista La Ley Uruguay* (152)
- Gutiérrez, A., Fernández Cedrés, M., Rodríguez, V., Pérez, M., Panizza, S., Zinola, M. P. y Amorín, M. (2012). *Participación Público Privada en Uruguay: Ley No. 18.786, Decreto No.17/012 & Decreto No. 280/012*. Montevideo: CADE.
- Leiza Zunino, P. y Cruz, P. D. (2016). *Contratos especiales de la Administración Pública*. Montevideo: La Ley Uruguay.

- Mariño López, A. (2013). La extinción y la modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la administración. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 21-48. Presentado en 4o Seminario Internacional de Derecho Administrativo (Montevideo: 20-21 jun. 2013).
- Mariño López, A. (2014). Extinción y modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la administración. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (11), 399-424.
- Martins, D. H. (2011). Ley 18.786. Régimen de contratos de participación público-privada. *Revista de Derecho Público*, 20(40), 113-118.
- Nessar, S. (2013). Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre modificación y extinción de los contratos administrativos. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 549-564.
- Paolino, M. J. (2017). Modificación de contratos en un entorno de buena administración. En: *Cuaderno 2 de contratación pública*. (pp.93-134). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Presentado en 10a Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano (La Coruña: 3-7 abr.2017).
- Perrino, P. E. (2012). La responsabilidad del Estado en los Contratos de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 213-244.
- Piano, F. (2012). Modificación, renegociación, cesión y subcontratación. En: *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*. (pp.319-345). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Risso Ferrand, M. J. (2011). Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay: con especial referencia al principio de igualdad y principio del respeto del pliego. En: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. (pp.373-389). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rivera, G. (2016). La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa. *Revista de Derecho*: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, [Recurso en línea], 12(14), 111-142. Disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1236/1325>.
- Rodríguez Martín-Retortillo, M. C. (2016). Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos: Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho*: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, [Recurso en línea], 12(14), 143-157. Presentado en Seminario Internacional sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública: Instrumentos administrativos y penales en España y Brasil (Coruña: 13-17 jul.2015) Disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1292/1326>.
- Rotondo Tornaría, F. (2003). El incumplimiento de la administración en la concesión de servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho*, [Recurso en línea], (22), 165-174. Presentado en 5o. Congreso de Derecho Público del Mercosur (Buenos Aires: 27-30 mayo 2003) Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/205/230>.

- Rotondo Tornaría, F., Concepto, objetos, principios y contenido de los Contratos de Participación Público-Privada (PPP) en *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), (pp. 63-82). Montevideo; La Ley Uruguay.
- Sayagués Laso, E. y Martins, D. H. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo*. (8a.ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.2.
- Schiavi, P. (2011), *La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados*, La Ley Uruguay, UY/DOC/311/2011.
- Schiavi, P. (2012), Marco legal y organizativo de la participación público-privada: desafíos de una nueva institucionalidad, *Estudios de Derecho Administrativo*, (6). Montevideo: La Ley Uruguay.
- Schiavi, P. (2012). La influencia del Derecho español en la Ley No. 18.786 de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (5), 253-281.
- Seja Bentancor, L. G. (2013). Principios de razonabilidad, flexibilidad y delegación. En: *Comentarios al TOCAF: sobre la Contratación Pública*. (pp.13-24). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Vázquez, C. (2011). *El régimen de participación público-privada PPP*. Montevideo: Amilio M. Fernández.
- Vázquez, C. (2012). *Reglamentación de la Ley de contratos de PPP: Decreto no. 17/012 de 26 de enero de 2012*. Montevideo: Amilio M. Fernández.
- Vico, G. (2022). Inexistencia de la potestad de modificación unilateral del contrato administrativo: su inmutabilidad como regla. En: *Cuaderno 6 de contratación pública*. (pp.153-169). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

AGUSTINA LÓPEZ VALENZUELA

Hacia una redignificación del sistema carcelario uruguayo:
perspectivas críticas a la luz del concepto de dignidad humana

Agustina LÓPEZ VALENZUELA

Estudiante de Derecho, Universidad de Montevideo (Uruguay)

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-5730-1675>

agustinalopezvalenzuela@gmail.com

Recibido: 12/03/2024 - Aceptado: 15/05/2024

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

López Valenzuela, A. (2024). Hacia una redignificación del sistema carcelario uruguayo: perspectivas críticas a la luz del concepto de dignidad humana. *Revista de Derecho*, 23(45), 197-218. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.10>

Hacia una redignificación del sistema carcelario uruguayo: perspectivas críticas a la luz del concepto de dignidad humana

197



Resumen: El objeto del presente artículo es examinar el sistema penitenciario uruguayo desde una perspectiva del respeto hacia la dignidad humana. Se aborda críticamente la situación de las personas privadas de libertad, evaluando las condiciones de las instituciones carcelarias y la protección de sus derechos. Se hace especial énfasis en la necesidad de explorar reformas necesarias para alinear el sistema penitenciario con los estándares internacionales de Derechos Humanos, proponiendo enfoques que promuevan la rehabilitación y resguarden la dignidad de estos individuos que siguen formando parte de la sociedad.

Palabras claves: Derechos Humanos, personas privadas de libertad, dignidad humana, pena, Derecho Penal.

Towards redignifying the Uruguayan prison system: critical perspectives in light of the concept of human dignity

Abstract: The purpose of this article is to examine the Uruguayan prison system from a perspective of respect for human dignity. The situation of persons deprived of their liberty is critically approached, evaluating the conditions of prison institutions and the protection of their rights. Special emphasis is placed on the need to explore reforms necessary to bring the prison system into line with international human rights standards, proposing approaches that promote rehabilitation and safeguard the dignity of these individuals who continue to be part of society.

Key words: Human Rights, persons deprived of liberty, human dignity, punishment, criminal law.

198

Rumo a uma redignificação do sistema prisional uruguai: perspectivas críticas à luz do conceito de dignidade humana

Resumo: O objeto do presente artigo é examinar o sistema prisional uruguai a partir de uma perspectiva de respeito à dignidade humana. A situação das pessoas privadas de liberdade é abordada criticamente, avaliando as condições das instituições prisionais e a proteção dos seus direitos. Dá-se especial ênfase à necessidade de explorar reformas necessárias para alinhar o sistema penitenciário com os padrões internacionais de Direitos Humanos, propondo abordagens que promovam a reabilitação e salvaguardem a dignidade desses indivíduos que continuam a fazer parte da sociedade.

Palavras-chave: Direitos Humanos, pessoas privadas de liberdade, dignidade humana, punição, Direito Penal.

1. Introducción

La imposición de penas de privación de libertad como consecuencia jurídica del delito suscita profunda inquietud en el ámbito de la política criminal contemporánea (Mir Puig, 1998, p. 687). Su finalidad es restringir exclusivamente el ejercicio del derecho a la libertad individual ambulatoria, sin embargo, en la práctica conllevan a menudo la vulneración de derechos fundamentales de los individuos.

Uruguay figura entre los diez países con mayor población carcelaria a nivel mundial, albergando aproximadamente 15 mil personas privadas de libertad. Este dato ilustra que, proporcionalmente, uno de cada 424 habitantes se encuentra encarcelado en el país (Prison Studies, 2023). Esta tendencia hacia un aumento en la aplicación de medidas de prisión no se ve reflejada en una asignación adecuada de recursos al sistema carcelario. Como resultado, se han generado condiciones de hacinamiento, habitabilidad inadecuada, incidencia de violencia y deficiencias en los servicios de salud, entre otros problemas. Estas circunstancias, evidentes detractoras de la dignidad humana de los reclusos, han transformado a las instituciones penitenciarias uruguayas en entornos que, en lugar de promover la rehabilitación, parecen fomentar la reincidencia delictiva, convirtiéndose así en auténticas “escuelas del crimen”.

Desde el año 2015, se han registrado casos dentro del sistema penitenciario uruguayo que involucran prácticas que podrían calificarse como trato cruel, inhumano y degradante. Estas conductas contradicen los estándares internacionales a los cuales Uruguay se ha comprometido, los cuales exigen un sistema de privación de libertad que no responda a la violencia con más violencia, sino que, por el contrario, promueva la reinserción social, la ciudadanía y la convivencia pacífica (Comisionado Parlamentario Penitenciario, 2022, p. 10).

199

Así lo establece el artículo 26 de nuestra Constitución:

A nadie se le aplicará la pena de muerte. En ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar, y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito.

2. La dignidad humana

La reflexión sobre las personas privadas de libertad en nuestras instituciones carcelarias converge con el concepto filosófico de dignidad humana en el ámbito jurídico al reconocer que, a pesar de su condición de reclusión, estos individuos no pierden su calidad inherente como seres humanos dotados de derechos inalienables. Se subraya la necesidad de salvaguardar la integridad física, psicológica y moral de quienes se encuentran bajo custodia estatal, promoviendo condiciones de detención que respeten su dignidad intrínseca.

El trato que se dispensa a todo individuo, fundamentado en la comprensión de su naturaleza, se origina en el concepto de “dignidad”. Este vocablo, proveniente del latín “*dignitas*”, que a su vez deriva de “*dignus*”, sugiere un estado de prestigio o decoro, “que

merece". En su equivalente griego, "*axios*", se alude a lo valioso, precioso, apreciado y merecedor (González Valenzuela, 2005, p. 64).

La esencia de la dignidad reside en ser tratado de acuerdo a la verdadera naturaleza de cada individuo, por lo que se es. Por ende, la pregunta clave, no solo para comprender nuestra existencia en un sentido metafísico, sino también para garantizar un trato digno hacia el ser humano es: ¿cuál es la esencia ontológica del Hombre? La respuesta a esta interrogante puede variar considerablemente según la perspectiva desde la cual se aborde, el contexto cultural y el universo simbólico de la persona que se lo cuestiona.

La naturaleza del ser humano es especial y se distingue de la de las otras formas de vida por su capacidad de autogobernarse y por su habilidad para entenderse a sí mismo tanto como individuo como parte de una comunidad con la que interactúa. Nicol entiende que es capaz de percibir a sus semejantes como iguales, pero no por ello se comporta de manera idéntica a ellos, puesto que no solamente tiene un ser sino que puede tener modos de ser (2004, p. 30).

Ronald Dworkin, en su obra más reciente, nos plantea una concepción de dignidad que surge de la confluencia de dos principios: el autorespeto y la autenticidad, lo que resulta en una dignidad construida a partir de las acciones individuales (pp. 204 y ss.). Mientras que para Von Wintrich, la dignidad del Hombre consiste "en que el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea" (2010, p. 236).

200

La persona humana es un ser dotado de razón y voluntad, es un fin en sí mismo y con valor único e inherente, que no depende de ningún factor (sexo, religión, situación socio-económica) más allá de su naturaleza humana. Hervada establece una conexión entre el Derecho Natural y la dignidad humana al afirmar que la dignidad es "aquella eminencia de ser que constituye al Hombre como persona". En este sentido, la dignidad no es simplemente una característica superficial, sino más bien un estado ontológico, una medida de existencia que eleva al hombre por encima de otras formas de vida en nuestro universo (1992).

Por otro lado, Taylor, establece que la dignidad humana está compuesta por un conjunto de concepciones tales como la libertad, la capacidad de iniciativa, el derecho de reivindicación y el derecho a determinar la acción de la sociedad (1985). Así podemos recordar brevemente los elementos a partir de los cuales Kant construye su propio concepto de "dignidad del Hombre". En primer lugar, considera que la capacidad racional del ser humano lo convierte en un fin en sí mismo, lo que hace que tenga una autonomía y posea un valor absoluto. "(...) Lo aleja infinitamente de todo precio, con el cual no puede ponerse en parangón ni comparación (...)" (2003, p. 75). En segundo lugar, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano señala, como se ha visto: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio" (2003, p. 67).

Bien sostiene García Toma al decir que los atributos naturales del ser humano constituyen el fundamento de su dignidad. A través de éstos, el ser humano llega a comprender la verdad, tiene la capacidad de elegir el bien y puede relacionarse tanto para su propio beneficio como para el bienestar común. De acuerdo con su naturaleza, posee ciertos derechos fundamentales que son facultades o potestades sobre todo aquello que

necesita para cumplir con su fin, esto es, realizarse como ser humano. Por lo tanto, existe la expectativa de ser tratado con respeto y consideración por parte de sus semejantes y del Estado. Estos derechos, derivados de la mera condición de pertenecer a la especie humana, son exigibles ante la sociedad y el Estado, con el fin de que cada individuo pueda alcanzar su máximo potencial y desarrollo.

La doctrina sostiene que no derivan de su concesión o reconocimiento en normativas jurídicas, son derechos naturales que se encuentran positivados. Por ende, la necesidad de reconocer y proteger estos derechos legalmente radica en la obligación de preservar, fomentar y mejorar la vida humana en la búsqueda de sus propósitos individuales y colectivos. Estos derechos son fundamentales para alcanzar la plenitud de la personalidad de cada individuo, es decir, garantizan el derecho a ser auténticamente humanos en todas sus dimensiones (2018, p. 14).

3. El *ius puniendi* y la pena

El artículo 7 de nuestra Carta Magna precisa los valores fundamentales de nuestro ordenamiento y sociedad (*vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad*). El Derecho Penal se fundamenta en la tutela de estos bienes jurídicos, teniendo la pena como consecuencia jurídica para el sujeto que infrinja las normas establecidas.

El derecho de castigar del Estado, también llamado *ius puniendi*, es la facultad de rango constitucional que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena. El *ius puniendi* posee dos grandes vertientes: en primer lugar, la legislación que se encarga al Parlamento, a través del cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes y que resultan imprescindibles proteger, dibujándose en la ley penal el tipo y la pena correspondiente; de ahí deriva su segunda vertiente, encargar esta aplicación al órgano jurisdiccional (Medina Cuenca, 2007, p. 88).

201

Muchas otras ramas jurídicas son también mecanismos de control social por lo que según Schünemann, “el Derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos” (2007, p. 68).

Las penas, sin embargo, no deben estar exclusivamente orientadas hacia fines preventivos o punitivos, sino que también deben tener un componente estabilizador que las presente como necesarias para mantener las bases fundamentales de la sociedad en su conjunto. En consecuencia, aunque las penas deben procurar proteger a la comunidad de aquellos que han atacado los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento, es igualmente importante que también busquen garantizar el respeto de la dignidad y los derechos de aquellas personas que han delinquido.

A pesar de las posibles controversias académicas al respecto, a la luz de los tratados internacionales y la legislación más representativa de los Estados democráticos contemporáneos, basados en el principio fundamental de la protección de la dignidad humana de los individuos, se puede afirmar que uno de los propósitos principales de la pena, junto a los preventivos y retributivos, es la reintegración social del individuo condenado.

3.1 Teorías fundamentadoras de la pena

Para determinar el fin de la pena, es necesario referirse, en términos generales, a las teorías absolutas y relativas. Las teorías absolutas se basan en principios éticos y mantienen una perspectiva estática al evaluar la justificación de la pena. Por otro lado, las teorías relativas se sustentan en criterios utilitaristas y adoptan un enfoque dinámico en este aspecto (López Melero, 2013, p. 366). No obstante, se encuentran también las teorías delión, que proponen un enfoque híbrido o intermedio.

Como indica Zugaldía:

la opción a favor de alguna de las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida: por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas (...) (1995, p. 27).

Pero... ¿todas las teorías fundamentadoras de la pena se encuentran alineadas con el respeto a la dignidad intrínseca del ser humano?

3.1.1 Teorías absolutas

Conocidas también como retributivas, estas teorías se distinguen por la imposición de una pena como consecuencia directa de la comisión de un delito, motivada por un principio de justicia (*punitur quia peccatum est*¹). En otras palabras, se aplica una sanción sin considerar los fines a alcanzar mediante su aplicación. En esencia, estas teorías implican que el delincuente reciba el castigo que su acción merece dentro del marco de la penalización.

En lo que refiere a la retribución moral, se fundamenta en el principio de culpabilidad, estableciendo un límite para evitar la imposición de penas inhumanas. La mayoría de la doctrina considera que la Ley del Talión representa la máxima expresión de la justicia retributiva o la teoría absoluta de la pena, lo que implica un castigo equivalente al crimen cometido. Kant afirmó que la pena judicial "no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido" (2003, p. 166).

Welzel, defensor de las teorías absolutas, manifiesta que éstas proclaman y defienden la dignidad de la persona humana (1976, p. 203). Por otro lado, y me adhiero, Bustos Ramírez considera lo contrario, entendiendo que "no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal" (1987, p. 94). En la misma línea, Röder afirma que la unión de la idea retributiva con la venganza hace que se incurra en un trato indigno, indica que la dignidad humana resulta incompatible con la imposición de una pena carente de finalidad (1876, p. 57).

Klung considera que:

la represalia que no persigue ningún fin, con la que no se persigue alcanzar algún bien (...) lesiona la dignidad del hombre y, en verdad, no sólo en el sentido de las normas morales, sino en el sentido de la Constitución (...). Precisamente el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes como un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno (...) (1977, p. 106).

1 "Se pena porque se ha cometido el ilícito".

3.1.2 Teorías relativas

De la Cuesta Arzamendi analiza que las teorías relativas, también llamadas prevencionistas, se fundamentan en la concepción del delito como un fenómeno individual que puede ser abordado de manera personalizada, abogando por la resocialización como el principal propósito del tratamiento correccional y el objetivo primordial de la pena privativa de libertad (1993, p. 16).

Estas doctrinas se distinguen por su enfoque en la utilidad social o individual al determinar una sanción, priorizando la prevención general o especial, como se ha expuesto anteriormente. Por ende, sostiene Mir Puig que la imposición de una pena sin propósito útil, que no contribuya a evitar la comisión de futuros delitos (*punitur ut ne peccetur*²), es descartada. En resumen, la prevención se orienta hacia el porvenir, en contraposición a la retribución. Además, estas teorías son consideradas relativas debido a que las necesidades de prevención varían según las circunstancias, en términos clásicos, desde esta perspectiva, la penalización no se basa en la idea de castigar porque se ha pecado (*quia peccatum est*), sino en prevenir que se peque (*sed ne peccetur*) (2011, p. 40).

El propósito de la prevención puede lograrse mediante dos enfoques distintos: la reeducación del delincuente, conocida como prevención especial positiva, o mediante el fortalecimiento de los derechos de los ciudadanos, denominada prevención general positiva. Por otro lado, se encuentra la prevención negativa, que consiste en disuadir a la sociedad de cometer delitos mediante la intimidación, y la prevención general negativa, que implica intimidar al individuo que ha perpetrado el delito.

Según Luzón Peña, la prevención general implica el esfuerzo por prevenir la comisión de delitos por parte de la población en general, sin importar si han cometido delitos previamente o no. En la doctrina penal, se la considera como el fin de la pena. Este autor considera que:

pese a que debe haber una conciliación entre la prevención general y la especial, se debe dar preferencia a las exigencias preventivo-generales: pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria, en caso de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la indicada falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad (...) (1982, pp. 93-96).

203

Es imposible hablar de prevención general negativa sin mencionar la tesis de Beccaria, en la cual expone: “¿quereís evitar los delitos? (...). Haced que los hombres los teman, y no teman más que a ellos. El temor de las leyes es saludable” (2023, pp. 105-106).

3.1.3 Teorías de la unión

Las teorías de la unión procuran justificar la imposición de penas al integrar y superponer los propósitos propuestos por las diversas teorías de la pena existentes, con el fin de equiparar su relevancia y aprovechar las virtudes inherentes a cada una de ellas.

2 “Se pena para que no se cometa el ilícito”.

Roxin, principal exponente de la denominada “teoría preventiva de la unión” establece que la base de esta teoría radica en la comprensión de que ni la culpabilidad individual del sujeto ni la prevención de delitos por sí solas pueden justificar plenamente la imposición de sanciones penales. Además, se rechaza la idea de que la retribución de la culpabilidad sea suficiente para legitimar la pena, ya que no se puede justificar metafísicamente la intervención estatal en forma de sanción (1988, pp. 11 y ss.).

3.2 Especial estudio de la pena privativa de libertad: diferentes concepciones doctrinales en torno a su fin

La privación de la libertad, entendida como la limitación total de la autonomía individual del condenado, ha sido la sanción predominante en los Estados modernos durante varios siglos, constituyendo la pena más común y severa en los sistemas legales occidentales. La privación de libertad, por su impacto en los derechos fundamentales, debería reservarse exclusivamente como último recurso para abordar conductas delictivas de extrema gravedad, es decir, cuando sea absolutamente imprescindible dadas la naturaleza y gravedad del delito, la personalidad del infractor y las necesidades de la coexistencia social.

López Melero expone que es necesario situarnos dentro del contexto punitivo para entender que, partiendo de la idea reinsertadora del delincuente, se lleva a cabo en un lugar arquitectónicamente separado de la sociedad. El punto de partida viene a contemplar una serie de dificultades que se sintetizan en el ambiente corrupto de las prisiones, el cual sería el mayor enemigo de la resocialización (2012, p. 254). Por otro lado, la superpoblación carcelaria impide, material y económicamente, desarrollar tratamientos individualizados, y se percibe la destrucción psíquica, asimismo, ocurre con los hábitos y roles de conducta nociva en las penas de larga duración (López Cabrero, 1995, p. 269).

Considerando que el individuo encarcelado eventualmente debe reintegrarse a la sociedad, cuanto más congruentes sean las condiciones dentro de la prisión o las actividades desarrolladas con la realidad extramuros, mayor será su preparación para la reinserción. Schoen argumenta que el éxito del sistema penitenciario se fundamenta en tres variables principales: el personal encargado de la supervisión, los métodos empleados y las oportunidades proporcionadas (1997, p. 93).

Arenal afirma que la influencia del cautiverio en sí es mala (1991, p. 52). Con esta perspectiva, cabe subrayar que se resocializa para humanizar y dar sentido a la cárcel, no se debe entender el proceso de resocialización como un frío proceso mecánico dirigido a despersonalizar a un grupo de individuos convenientemente estigmatizados (Gudín Rodríguez-Magariños, 2005, p. 18).

3.2.1 La pena privativa de libertad como *ultima ratio*

Las penas privativas de la libertad deben utilizarse como *ultima ratio*, ya que la libertad personal es la regla general, y así ha sido reconocida en todos los instrumentos internacionales. Éstos resaltan la importancia del debido proceso legal, el respeto por la vida, la dignidad y la integridad física, psicológica y moral de los individuos sentenciados, así como los objetivos fundamentales que deben guiar tales penas, incluyendo la reintegración social y la rehabilitación personal de los condenados, la reintegración familiar y social, y la protección de las víctimas y la sociedad.

Es evidente que la restricción de la libertad de un individuo es una medida extraordinaria que solo se justifica cuando es absolutamente indispensable, tras haberse agotado todos los procedimientos legales establecidos para imponer tal sanción. Además, incluso cuando la privación de libertad de una persona sea justificada, esta medida solo deberá mantenerse durante el tiempo mínimo necesario, ya que se considera que si se han alcanzado los objetivos de la pena, carece de sentido prolongar una sanción que afecta el derecho fundamental a la libertad (Escobar Gil, 2011, p. 44).

Comparto el análisis que realiza el Dr. Escobar Gil, donde sostiene que debido al significativo impacto que tienen sobre los derechos de los individuos privados de libertad, las penas que implican restricción de la libertad deben someterse a un análisis de proporcionalidad riguroso, que demuestre la legalidad, legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la pena en sí misma.

En lo que respecta a la legalidad, sostiene que toda sanción que priva de libertad debe estar claramente establecida en los marcos legales internos, con una precisa delimitación de las circunstancias y condiciones en las que se aplicará, observando los límites y requisitos establecidos por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Asimismo, el principio de legalidad requiere que cualquier orden que resulte en la privación de la libertad sea emitida por una autoridad competente y mediante una resolución debidamente fundamentada.

La legitimidad implica que los objetivos de la pena de privación de la libertad estén alineados de manera coherente con los valores, principios y derechos consagrados en un marco constitucional democrático, tales como la promoción de la convivencia social efectiva y el establecimiento de un orden social equitativo, la reintegración social del individuo condenado y la protección de los derechos de las víctimas.

El tercer aspecto aborda la idoneidad de las penas privativas de libertad para alcanzar el fin por el cual se aplican. Se requiere una estrecha correspondencia entre el propósito buscado y la pena impuesta para lograr dicho fin. En otras palabras, es necesario establecer claramente que la pena privativa de libertad sea adecuada tanto en términos materiales como sociales para proteger a la sociedad, facilitar la reintegración del individuo condenado y garantizar los derechos de las víctimas.

El cuarto aspecto enfatiza que la imposición de una pena que implique la privación de la libertad debe ser considerada necesaria. El principio de necesidad en el Derecho Penal reviste carácter crucial, en tanto la pena constituye una intervención por parte del Estado en los Derechos Humanos de los individuos; por lo que, es fundamental analizar si esta intervención es absolutamente indispensable para cumplir con el fin de la pena, es decir, si no puede ser reemplazada por una medida alternativa menos perjudicial. En este punto, se debe evaluar la viabilidad de adoptar medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. Si, tras la evaluación del principio de necesidad, se determina que a través del uso adecuado de otras medidas distintas a la privación de la libertad se pueden lograr los objetivos de resocialización, protección social y garantía de los derechos de las víctimas, entonces se debe dar preferencia a estas medidas sustitutivas. Esto indica que la restricción de la libertad no es necesaria y que estas medidas alternativas resultarían menos perjudiciales para los derechos de las personas condenadas penalmente, al mismo tiempo que facilitarían su reintegración social y garantizarían la protección de la sociedad.

3.2.2 La pena privativa de libertad como instrumento de incapacitación

Cierta parte de la doctrina ha defendido la idea de incapacitar al delincuente (Silva Sánchez, 2000, pp. 91-92). La incapacitación refiere a una forma de legitimación de la pena, consistente en impedir que la persona que ha cometido un delito vuelva a delinquir, logrando esto a través de su reclusión en la cárcel (Silva Sánchez, 2000, pp. 94-95).

Mead sostiene que la justificación verdadera de la pena de privación de libertad corresponde con la finalidad de incapacitación, entendiéndose ésta como “exilio del grupo” (2008, p. 246). Se señala que el fundamento material de la pena privativa de libertad es la del encarcelamiento con la finalidad de que quien es encarcelado no cometa delitos al exterior de la cárcel (Sandoval Huertas, 1982, p. 142).

Esta idea de impedir el delito a través de la reclusión del infractor, ha recibido un apoyo cada vez mayor en el modelo punitivo estadounidense. Esta forma de incapacitación ha sido interpretada como:

un proceso de eliminación, a medida que el debate académico y público acercade las otras funciones de la prisión socavó la fe en la posibilidad de la rehabilitación y en la prevención general como base desde la cual adoptar decisiones ajustadas de cuanto imponer una pena de prisión (Larrauri, 2000, p. 49).

No obstante, la pena de privación de libertad con fines de incapacitación es objeto de múltiples críticas (Silva Sánchez, 2000, p. 99; Mir Puig, 2006, pp. 104-105).

206

La pena de privación de libertad representa la limitación más severa de los derechos fundamentales, y únicamente se vería justificada cuando su finalidad sea evitar a través de esta, delitos más graves. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los delitos conllevan penas de prisión, y acorde a la legislación, muchos de ellos se consideran graves debido al rango específico de la pena asignada (Sánchez Escobar, 2010, p. 114).

Es por ello por lo que, la gravedad de los delitos debería entenderse vinculados a delitos altamente violentos y que afectan bienes jurídicos de gran trascendencia tanto a nivel individual como a nivel colectivo (Sánchez Escobar, p. 114). Pero aun así resulta difícil su manejo, y así Larrauri expone: “habiendo aceptado por lo menos para algunos casos la legitimidad de la incapacitación como base para la pena de prisión, los liberales reduccionistas no pudieron suministrar un límite convincente que sirviera como barrera a la expansión” (2000, p. 50).

La prevención mediante la incapacitación plantea importantes objeciones (Hassemer y Muñoz Conde, 2001, pp. 268-272). En primer término, las penas incapacitantes tienden a transformarse en penas de largo alcance o perpetuas, por cuanto ello es la finalidad de estas, vulneran además del principio de resocialización, la propia dignidad del ser humano. No se limitan los derechos fundamentales, sino se anulan, y de allí su inconstitucionalidad (Meini, 2009, pp. 328-329).

En segundo término se encuentra la naturaleza selectiva de la incapacitación. Aunque la pena se impone como consecuencia de un acto de gran gravedad que ha sido cometido, este aspecto solo constituye una parte de la pena incapacitante. La otra parte es la posibilidad de que el individuo reincida en un delito de similar gravedad en el futuro, en este sentido, la función de la incapacitación no se centra únicamente en el delito pasado, sino en prevenir delitos futuros (Silva Sánchez, 2000, pp. 102-103).

Esto ha sido cuestionado por dos argumentos fundamentales (Larrauri, 2000, p. 52). El primero refiere al principio de igualdad, en tanto la duración de la condena se basa en la probabilidad de cometer un ilícito; y el segundo se vincula al llamado efecto falso-positivo, por el cual, individuos que se predice que reincidirán en delitos, luego demuestran no haber cometido ninguno, incluso si no se les hubiera impuesto penas más severas (von Hirsch, 1987, pp. 105-138).

3.2.3 Resocialización

Mappelli describe la resocialización como un principio fundamental para humanizar la aplicación de las penas y medidas privativas de libertad, que implica que estas deben ajustarse a las normas de convivencia social (principio de atenuación) y mitigar los efectos negativos de la privación de libertad (principio de *non nocere*³) (1989, pp. 99 y 152). En este sentido, argumenta que la reeducación busca garantizar que la prisión no detenga el crecimiento personal del recluso conforme a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Por otro lado, la reinserción social opera en un nivel diferente al mitigar los efectos perjudiciales de la privación de libertad en las interacciones entre el individuo y la sociedad. (López Melero, 2012, p. 272).

Desde este enfoque, es importante destacar que la justificación de la reinserción se basa en el principio de *nil nocere*, ya que lo que se intenta prevenir es la exclusión del recluso de la sociedad. Es por ello que se destaca la importancia de mantener comunicaciones con familiares, mantener relaciones con el mundo exterior, entre otros aspectos. El propósito de la resocialización como objetivo de las penas de prisión no se centra en el tratamiento de la personalidad del delincuente, sino en asegurar y fomentar condiciones objetivas para su reintegración social posterior (Manzanos Bilbao, 1994, p. 138).

207

Para De la Cuesta Arzamendi, resocializar es igual a procurar el retorno del sujeto al grupo social o crear posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal (1985, p. 152). En esta misma línea, Álvarez García entiende la concepción de la reeducación-reinserción como resocialización o recuperación social (2001, p. 41).

Baratta añade que las posibilidades de resocialización son mínimas siempre que no exista una apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel, es decir, que simbólicamente los muros sean derribados, ya que no se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas (1991, pp. 140-141).

4. El respeto a los derechos de las personas privadas de libertad como obligación positiva del Estado

De acuerdo con Luis González Placencia, las cárceles son:

un espacio privilegiado para el abuso de poder, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los internos; por otra parte, ha sido también un espacio de olvido, porque con frecuencia se piensa que un interno es básicamente una persona que ha hecho dando a la sociedad y que por lo tanto debe ser castigado sin miramientos" (1995, p. 11).

3 "No hacer daño".

Andrew Coyle, prestigioso penitenciarista, señala que para cumplir con su obligación de respetar la dignidad humana de la persona privada de libertad y de proporcionarles atención adecuada, el Estado debe cumplir con una serie de requisitos básicos. Estos requisitos abarcan la provisión de alojamiento, condiciones sanitarias adecuadas, vestimenta, camas, alimentos, bebidas y oportunidades para el ejercicio físico. Es importante recalcar que cuando una autoridad judicial ordena el encarcelamiento de alguien, las normas internacionales establecen claramente que el único castigo es la privación de libertad. Por lo tanto, el encarcelamiento no debe implicar la posibilidad de sufrir abusos físicos o emocionales por parte de funcionarios o compañeros de reclusión. Además, no debe existir riesgo de contraer enfermedades graves o de fallecer debido a condiciones físicas inadecuadas o falta de atención médica apropiada. Si el Estado ejerce su derecho de privar a un individuo de su libertad, independientemente de las razones, está igualmente obligado a garantizar que esa persona sea tratada de manera digna y humana. La dificultad que puedan enfrentar los ciudadanos libres para vivir decentemente nunca puede servir como excusa para que el Estado descuide el trato digno hacia aquellos bajo su custodia. Este principio es esencial en una sociedad democrática, donde las instituciones estatales deben ser modelos en cuanto al trato hacia todos los ciudadanos (2002).

En el caso López y otros vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) señaló que:

En contextos de personas privadas de libertad, los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano. Además, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular los derechos y obligaciones de la persona privada de libertad y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna (2019, párr. 90).

Así también se expresó en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, estableciendo que el Estado tiene la obligación de asegurar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad. Por lo tanto, el Estado, en su calidad de responsable de los centros de detención, tiene la responsabilidad de garantizar estos derechos fundamentales de estas personas (1995, párr. 60).

El caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras no fue la excepción, donde se estableció que el Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida de toda persona bajo su custodia en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana. La Corte señala:

si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción (2003, párr. 111).

Y, finalmente, también en el caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay la Corte manifestó:

frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna (2004, párr. 152).

4.1 Condiciones de las instituciones carcelarias

Una de las obligaciones que el Estado debe necesariamente asumir en su posición de garante, con el fin de salvaguardar y asegurar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de proporcionarles condiciones mínimas que respeten su dignidad durante su estancia en los centros de detención (Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2004, párrafo 159). En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) en el caso Kudla vs. Polonia ha indicado que:

el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida (2000, párrs. 93-94).

209

Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad humana, por lo que mantener a una persona detenida en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación a su integridad personal (Caso Tibi vs. Ecuador, 2004, párr. 150).

La Corte IDH establece en la sentencia del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad (2012, párr. 67).

Ellos son:

- a. el hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;
- b. la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;

- c. todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;
- d. la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;
- e. la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;
- f. la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;
- g. las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;
- h. todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;
- i. los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;
- 210 j. los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano, y
- k. las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes realizó una visita a Uruguay en marzo de 2018, donde realizó un informe con observaciones y recomendaciones al Estado. En este, el Subcomité expresa gran preocupación por la información que indica un aumento de la población reclusa, así como por las malas condiciones de reclusión. Se señalan problemas de ventilación, falta de agua, ausencia de productos de higiene personal, precarias condiciones de salubridad, el mal estado de las instalaciones eléctricas y falta de camas y colchones. Se indicó también una inadecuada separación de los reclusos, la escasa oferta de actividades de recreación, ejercicio físico, educación y trabajo y el traslado de reclusos a centros de detención alejados del lugar de residencia de sus familiares. Y finalmente, las cárceles carecen de personal suficiente y existen carencias importantes en la atención médica y sanitaria que reciben las personas privadas de libertad, incluidos los servicios de salud mental y de tratamiento de adicciones (2019, párrs. 23-24).

4.1.1 Hacinamiento

Según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “CPT”), una prisión sobre poblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario (Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela, 2006, párr. 90).

El CPT establece que siete metros cuadrados por cada persona privada de libertad es lo deseable para una celda de detención. Por otro lado, el TEDH considera que una celda de esas dimensiones no podía considerarse como un estándar aceptable para dos internos.

El Comisionado Parlamentario Penitenciario, en su informe anual sobre el sistema carcelario y de medidas alternativas, evidenció que en Uruguay hay en promedio 123 hombres privados de libertad cada 100 plazas habilitadas y 192 mujeres privadas de libertad por cada 100 lugares. La densidad promedio de ocupación en el año 2022 fue del 126% (2022, p. 154).

En referencia a la ocupación por unidad, expresó que existen condiciones de sobre población significativas en la mayoría de los centros correccionales. En la zona metropolitana, destacan los desafíos más pronunciados en la Unidad N°5, el principal centro de reclusión femenina del país, donde se enfrentan importantes problemas de infraestructura y donde la población excede considerablemente la capacidad establecida. Este fenómeno también se atribuye al notable aumento en la población carcelaria femenina registrado en los últimos años. Además, se identifican situaciones problemáticas en la Unidad N°7 (Canelones) y la Unidad N°4 (Santiago Vázquez), las cuales figuran entre las instalaciones con mayor número de internos.

211

Por otro lado, en las regiones del interior del país, se registran once unidades penitenciarias con niveles de hacinamiento crítico, resaltando como especialmente preocupantes los casos de la Unidad N°20 (Salto), N°21 (Artigas) y N°16 (Paysandú), donde la población reclusa duplica o supera ampliamente la capacidad máxima de alojamiento. A pesar de estos casos extremos, todas las unidades en el interior, excepto la Unidad N°14 (Colonia), muestran niveles de sobre población (2022, p. 73).

4.1.2 Salubridad e higiene

Las condiciones físicas y de higiene deficientes en los lugares de detención, así como la carencia de adecuada iluminación y ventilación, pueden constituir violaciones al artículo 5 de la Convención Americana. Esto depende de la gravedad de dichas condiciones, su prolongación en el tiempo y las características individuales de quienes las padecen, ya que pueden generar sufrimientos que sobrepasan el límite inevitable asociado a la detención, además de ocasionar sentimientos de humillación y degradación. En este sentido, el TEDH determinó que el hecho de obligar a una persona a convivir, dormir y utilizar instalaciones sanitarias en conjunto con un gran número de internos ya constitúa un trato degradante por sí mismo (Caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela, 2006, párrs. 97-98).

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también realizó observaciones y recomendaciones al Estado sobre este punto. Constató con suma preocupación las condiciones extremadamente insalubres en las que viven las personas privadas de libertad. Había mucha basura tanto en las celdas como en los pasillos, y en ciertos espacios hacia donde los internos lanzan desechos desde las ventanas, para no quedarse con ellos en las celdas. La basura no es retirada y permanece amontonada, significando un constante peligro para la salud de los internos y del personal penitenciario (2019, párr. 59).

Durante su visita, el Subcomité observó plagas, como ratas y cucarachas. En la Unidad 5 de mujeres, el Subcomité presenció el paso de muchas ratas por uno de los corredores. En la Unidad 4, algunos internos se quejaron de haber sufrido mordeduras de ratas, y de que no se les proporcionan productos de higiene y de limpieza. En la Unidad 3 de Libertad, el Subcomité observó un pasillo con montones de basura y de restos fecales y podridos, infiltraciones e inundaciones. Un interno señaló que en su celda había gusanos. El Subcomité considera que esta situación es cruel, inhumana y degradante (2019, párr. 61).

4.1.3 Asistencia médica

El TEDH ha sostenido que:

según (el artículo 3 de la Convención), el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida (Kudla vs. Polonia, 2000, párrs. 93-94).

A su vez, la Corte IDH entiende que, conforme al artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal (Caso De la Cruz Flores vs. Perú, 2004, párr. 132).

En el marco de la visita del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes a Uruguay, éste también ha expresado preocupación sobre las demoras en la atención médica a personas privadas de libertad en el momento del arresto, así como las carencias de los exámenes médicos a los detenidos, en particular la ausencia de confidencialidad durante las consultas y respeto de la documentación expedida, además de deficiencias en la constatación de lesiones.

El Subcomité constató que en todos los centros de privación de libertad, una gran mayoría de personas privadas de libertad presentaban múltiples cicatrices en el cuerpo y que decían haberse autolesionado para ser conducidas a la enfermería, y de esta manera poder salir por un momento de sus celdas. En algunos otros casos, la autolesión se efectuaba como un recurso para acceder a tratamiento y asistencia médica.

Los médicos entrevistados confirmaron que los cortes están directamente relacionados con la salud psicológica o mental de la población reclusa relacionados, por ejemplo, con problemas familiares, carencia de actividades recreativas y formativas y de salidas al patio (2019, párr. 88).

4.1.4 Violaciones al derecho a la vida e integridad personal

El TEDH, señala, refiriéndose al artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que:

se prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé ninguna excepción, en lo cual contrasta con la mayoría de los preceptos de la Convención (...) y (...) no admite derogación ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace a la vida de la nación (Caso Irlanda vs. Reino Unido, 1978, párr. 163).

En último lugar, pero sin lugar a dudas de lo más preocupante, el Subcomité observa que, si bien la legislación interna del Uruguay sanciona ciertos actos de tortura, la misma no cumple cabalmente con la normativa internacional en la materia. En efecto, el artículo 286 del Código Penal⁴ y el artículo 22 de la Ley núm. 18.026, no mencionan el fin específico de la tortura ni todos los elementos establecidos en los artículos 1 y 2 de la Convención. El Subcomité señala que esta falta de adecuación de la legislación uruguaya a los estándares internacionales podría generar impunidad.

No obstante, el Comité expresa su satisfacción ante la información recibida del Senado, según la cual existen proyectos y anteproyectos de ley en curso para armonizar el tipo penal de tortura con las normas internacionales (2019, párrs. 20-21).

213

4.2 Instrumentos de protección a nivel internacional

En el marco de la comunidad internacional, la protección de los Derechos Humanos constituye un pilar fundamental que trasciende fronteras y jurisdicciones. Dentro de este contexto, los instrumentos de protección dirigidos específicamente a las personas privadas de libertad adquieren una relevancia especial, dado el potencial riesgo de vulneración de sus derechos inherentes a su condición de reclusión. En este sentido, los mecanismos de protección internacionales de los derechos de las personas privadas de libertad representan un conjunto de normativas, tratados, instituciones y procedimientos diseñados para garantizar el respeto y la protección de los derechos fundamentales de aquellos sujetos sometidos a privación de libertad por parte de los Estados.

4.2.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene 15 artículos relativos a las prerrogativas de las personas detenidas o recluidas en un centro penitenciario (artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 17, 18, 19, 21, 23, 25 y 26). Destaco los siguientes:

Artículo 3: "Todo individuo tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona".

4 *El funcionario público encargado de la administración de una cárcel, de la custodia o del traslado de una persona arrestada o condenada que cometiere con ella actos arbitrarios o la sometiere a rigores no permitidos por los reglamentos, será castigado con pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría.*

Artículo 4: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

Artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”.

4.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Constituye junto al documento anterior, el instrumento base en la defensa de los derechos de las personas detenidas y condenadas. Se destacan el artículo 9 (se establecen derechos como la libertad y seguridad personales), el artículo 10 (establece el derecho de todas las personas privadas de libertad a recibir un trato digno) y el artículo 14 (se establecen los derechos a un tratamiento igual ante los tribunales y a la presunción de inocencia).

A su vez, el numeral uno del artículo 10 del Pacto prescribe que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, mientras que el numeral tres consagra que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

4.2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este instrumento fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, el cual contiene los derechos que conservan las personas detenidas y condenadas. Refieren a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, a la protección de las madres antes y después del parto, a la protección y asistencia de niños y niñas adolescentes, el derecho a la prevención de enfermedades y a la asistencia médica, y el derecho de toda persona a la educación.

4.2.4 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos y Degradantes

El artículo 1 expresa: “a los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas (...).”

El artículo 16 de la Convención señala una distinción entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes: “todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1”.

4.2.5 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Se destaca el artículo 5, que establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los sentenciados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

4.2.6 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela)

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito define a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos como los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad (2015, p. 1).

Las reglas 1 a 5 refieren a la dignidad y el valor inherentes de las personas privadas de libertad como seres humanos: tratar a todas las personas privadas de libertad con el debido respeto a su dignidad y valor inherentes al ser humanos, prohibir y proteger a las personas privadas de libertad de toda forma de tortura y malos tratos, velar en todo momento por la libertad y seguridad de las personas privadas de libertad.

215

Las reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2 y 109 a 110 refieren a los grupos vulnerables privados de libertad: la aplicación de las reglas es imparcial y se prohíbe la discriminación basada en cualquier índole. Los Estados deben tomar en cuenta las necesidades individuales de las personas privadas de libertad y proteger y promover los derechos de aquellas con necesidades especiales.

Las reglas 24 a 27 y 39 a 35 refieren a los servicios médicos y sanitarios, enfatizando que la prestación de servicios médicos a las personas privadas de libertad es una responsabilidad del Estado.

Las reglas 36 a 39 y 42 a 53 refieren a las restricciones y sanciones disciplinarias. Prohíben el aislamiento indefinido y prolongado, el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, la reducción de alimentos o agua potable, así como el uso de instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes.

5. Reflexiones finales

Se torna fundamental diseñar una política penal reduccionista de la pena privativa de libertad, donde se entienda que no es la prisión, el instrumento único y básico para enfrentar el crimen. Se debe impulsar un sistema penal en el que las penas alternativas a la privación de libertad tengan una incidencia importante en la distribución de las sanciones penales, donde éstas sean la *prima ratio* y la pena de privación de libertad, la *ultima ratio*, destinada a aquellos delitos de mayor gravedad.

El camino hacia una reducción de la pena privativa de libertad se inicia mediante la adopción de todas las medidas destinadas a mitigar las consecuencias de la pena de prisión, empezando por los enfoques alternativos en libertad y, cuando la privación de libertad resulte inevitable, optando por modalidades penitenciarias más benevolentes con miras a la rehabilitación -como la prisión abierta, el arresto de fin de semana, la prisión intermitente, entre otros-. Sin embargo, los reales sustitutos de la pena privativa de libertad no son éstos, sino aquellos que, desde un principio, contemplan una forma de “castigo” distinta a la privación de la libertad. Pues una vez desmitificada la supuesta relación entre encarcelamiento e igualdad, y más bien confirmada la existencia de una relación inversa, en el proceso hacia la búsqueda de alternativas se debe evitar caer en el mismo error inherente a la prisión, perpetuando de manera efectiva las “desigualdades sustanciales” que le son inherentes (Sanz Mulas, 2004, pp. 402-403).

El respeto a la dignidad de cada individuo encarcelado no solo es un imperativo moral, sino también un pilar fundamental para la rehabilitación efectiva y la construcción de una sociedad más justa. El reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos en las cárceles no solo beneficia a las personas privadas de libertad, sino que fortalece la integridad y cohesión del tejido social en su conjunto. En consecuencia, es esencial que los esfuerzos se redoblen para promover políticas y prácticas que garanticen el pleno respeto a la dignidad humana en todos los aspectos de la vida penitenciaria, contribuyendo así a la construcción de un sistema carcelario que se alinee con los más altos estándares éticos y legales internacionales.

216

■ Desde una perspectiva de Derechos Humanos, si observamos las condiciones en las que viven las personas privadas de libertad en nuestro país, pareciera que en esas instituciones no existe Estado de Derecho.

Suele decirse que nadie conoce realmente cómo es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada.

Nelson Rolihlahla Mandela

Referencias bibliográficas

- Álvarez García, F.J. (2001). *La reeducación y reinserción social en el momento de la comminación*. El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. ISBN 84-8410-608-X. P. 41.
- Arenal, C. (1991). *El visitador del preso*. Asociación de colaboradores con las presas. Madrid. P. 52.
- Baratta, A. (1991). *Cárcel y Estado social. Por un concepto de “reintegración social” del condenado*. Trad. de M. Martínez, en Olivas Cabanillas, E. (coord.), Problemas de legitimación en el Estado social. Trotta. Madrid. Pp. 140-141.
- Beccaria, C. (2023). *De los delitos y de las penas*. Editorial Trotta. Cap. 41, “Cómo se evitan los delitos”, pp. 105-106 y Cap. 12 “fin de las penas”.
- Bustos Ramírez, J. (1987). *Control social y sistema penal*. PPU, 1.a ed., Barcelona, p. 94.

- Comisionado Parlamentario Penitenciario. (2022). *Situación del sistema carcelario y de medidas alternativas* Informe anual, versión preliminar.
- Corte IDH. (2003). *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2004). Caso *De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2004). Caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2004). Caso *Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2006). Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2012). Caso *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte IDH. (2019). Caso *López y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Coyle, A. (2002). *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*. Centro Internacional de Estudios Penitenciarios.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1985). *Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario*. En Bueno Arús y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, p. 103 (reimpresión 1989).
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1993). *La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria*. Papers d'estudis i formació, núm. 12, p. 16.
- Dworkin, R. (2010). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Harvard University Press, pp. 204 y ss.
- Escobar Gil, R. (2011). *Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad*. Universidad Javeriana, Colombia. ISSN 0716-9825. Número 18, pp- 41-50.
- González Placencia, L. (1995). *Manual de derechos humanos del interno en el sistema penitenciario mexicano*. P. 11.
- González Valenzuela, J. (2005). *Genoma humano y dignidad humana*. Barcelona, UNAM-Anthropos, p. 64.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2005). *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*. Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá. P. 18
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, España.
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Universidad de Navarra S.A.
- Kant, I. (2003). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de M. García Morente, Ed. Encuentro, "opuscula philosophica" no. 18, Madrid, p. 75 y 166.

- Klung, citado por Serrano Butragueño, I. (1977). *Las penas en el Código Penal de 1995*. P. 106.
- Larrauri Piojan, E. (2001). *Ciencias Penales. Monografías. Parte I. Consejo Nacional de la Judicatura*. San Salvador, El Salvador.
- López Cabrero, G. (1995). *Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas*. Poder Judicial, no. 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, p. 269.
- López Melero, M. (2012). *Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. ISSN 0210-30001. Tomo 65, pp. 253-304.
- López Melero, M. (2013). *Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pp. 363-403.
- Luzón Peña, D. M. (1982). *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 16, pp. 93-96.
- Manzanos Bilbao, C. (1994). *Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras*, en Rivera Beiras, I., (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Tercera Ponencia: Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites, Bosch, Barcelona, p. 138.
- Mapelli Caffarena, B. (1989). *Sistema progresivo y tratamiento*. En VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes gráficas, Salamanca, pp. 99 y 152.
- Mead, G.H. (2008). *La psicología de la justicia punitiva*. Traducción de Emilio Santoro en "Cárcel y Sociedad Liberal". Bogotá, Colombia.
- Medina Cuenca, A. (2007). *Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Núm. 19, pp. 87-116.
- Meini, I. (2009). *Imputación y Responsabilidad Penal*. Ensayos de Derecho Penal. ARA Editores. Lima, Perú.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires, Argentina.
- Mir Puig, S. (2011). *Bases constitucionales del derecho penal*. Iustel, Madrid, p. 40.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. 5ta edición. Barcelona.
- Nicol, E. (2004). *La idea del hombre*. México, Herder, p. 30.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2015). *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Reglas Nelson Mandela). Un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI*.
- Röder, C. D. A. (1876). *Las doctrinas fundamentales reinantes Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, Trad., de Francisco giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, p. 57.
- Roxin, C. (1988). *Sentido y fines de la pena estatal*. Diego Manuel Luzón Peña (trad.). En *Problemas fundamentales de derecho penal*. Madrid: Reus, pp. 11 y ss.

- Sales Heredia, R. (2001). *La Falacia Readaptadora*. En Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales. Número 1. Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe). México. P. 105.
- Sánchez Escobar, C. (2010). *Pena, castigo y prevención en la sociedad actual. De la pena privativa de libertad a las alternativas de la pena*. Revista digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Número 2, pp. 112-115.
- Sandoval Huertas, E. (1982). *Penología. Parte General*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Sanz Mulas, N. (2004). *Alternativas a la Prisión*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. Pp. 402-403.
- Schoen, B. (1997). *Administrative supervision of prison administration*. Monitoring Prison Conditions in Europe. París. P. 93.
- Schünemann, B. (2007). *Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado liberal de Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 68.
- Silva Sánchez, J. M. (2000). *Política criminal y persona humana*. Buenos Aires, Argentina.
- Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (2019). *Visita al Uruguay del 4 al 15 de marzo de 2018: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte*. Informe del Subcomité.
- Taylor, C. (1985). *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura. Ediciones del Serbal.
- Toma, V. G. (2018). *La dignidad humana y los derechos fundamentales*. Derecho & Sociedad, (51), pp. 13-31.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1978). *Irlanda vs. Reino Unido*.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2000). *Kudla vs. Polonia*.
- Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y Castigar*. Traducción de Elena Larrauri. Trotta. Madrid, España.
- Von Wintrich, J.M. (1957). *Zur Problematik der Grundrechte*. Traducción de Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973, p. 236.
- Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán. Parte general*. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, p. 203.
- World Prison Brief (2023). *Informe sobre Uruguay*. Extraído de <https://www.prisonstudies.org/country/uruguay>. Consultado el 22 de febrero de 2024.
- Zugaldía Espinar, J. M. (1995) *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?* En Von Liszt, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, p. 27.

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

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

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



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

DANIEL CABRAL

Reseña del libro “Incidencias de la LUC en el Derecho Penal”, de Daniel Cabral y Pedro Montano (coord.)



Reseña del libro: "Incidencias de la Luc en el Derecho Penal" de Pedro Montano y Daniel Cabral (coords.), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2024, 992 pp.

Daniel Cabral
Investigador independiente (Uruguay)
ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-8156-8056>
dcabral.bellora22@gmail.com

La presente edición del Libro "Incidencias de la Luc en el Derecho Penal" contiene un análisis pormenorizado de todas las modificaciones con relevancia penal de una manera estrictamente jurídica dejando de lado cualquier postura ideológica partidaria, razón por la cual los coordinadores de la misma tomaron la decisión de comenzarlo con un artículo realizado por el ex decano de Derecho de la Universidad de Montevideo, Dr. Nicolas Etcheverry respecto de la tolerancia.

Para una mejor descripción de la obra expresamos una síntesis de los artículos que los lectores pueden encontrar en ella:

El Dr. Daniel Cabral realizó un análisis sumamente detallado sobre todos los elementos que debe contener la causa de justificación denominada legítima defensa, y formuló una postura similar a la que adoptaba el gran profesor Miguel Langon, cuestionando lo que, hasta ahora, era sostenido por la Doctrina mayoritaria, pero que la LUC con su nueva redacción terminó por desasnar: la racionabilidad del medio empleado.

El Prof. Gastón Chaves habla de un punto más concreto, que es cuándo procede la causa de justificación en los casos en que se busca defender la propiedad.

El Prof. José Luis González habla de las agravantes del delito de homicidio, un tema que no lo podía haber tratado mejor otro autor, ya que, a mi juicio, es uno de los teóricos que mejor desarrolla la temática en cuestión de una manera sumamente minuciosa, articulada y sistemática, sin dejar de visualizar ningún detalle a la hora de encarar la estructura de un delito tan viejo como la historia del ser humano.

El Dr. Emiliano Hidalgo ha encarado la ardua tarea de escribir sobre las modificaciones que se introdujeron en un tema de derecho penal sustantivo, que atañe a las bases mismas del derecho penal, lo que lo torna en una tarea difícil de exponer para un joven y novel abogado, como es la figura del cómplice.

El Dr. Gonzalo Ayré quien lamentablemente nos ha dejado físicamente, pudo colaborar con un excelente trabajo que ha sido citado en doctrina y jurisprudencia sobre la resistencia al arresto, y que ha sido actualizado gracias al muy buen trabajo de Santiago Peluffo, con un análisis de la jurisprudencia al respecto.

Las modificaciones sobre los delitos sexuales fueron tratadas por la Dra. Adriana Rocha, gran fiscal que se ha dedicado al estudio del delito de violación y por la Dra. Laura Robatto, quien cuanta no solo con este trabajo sino con otros relevantes en la materia, como del delito de abuso sexual, y es referente obligada a la hora de analizar la defensa de un imputado por el delito en cuestión. El desarrollo del análisis de las modificaciones introducidas en esta temática tan particular es un gran insumo para todos los operadores del derecho.

El Dr. Martín Pecoy, quien nos tiene acostumbrados a orientarnos respecto al ciber crimen y los ciber delitos - una figura delictual, impensada para el legislador del código penal que actualmente nos rige, realizó un gran aporte sobre la incorporación de un delito totalmente diferente que es el de receptación para los casos en donde el objeto de la misma lo constituyen las armas de fuego, chalecos antibalas o implementos policiales que provienen de la Policía, las Fuerzas Armadas o empresas de seguridad privada. De manera analítica, nos explica la modificación incorporada por la L.U.C, llegando a la conclusión de que, más que un nuevo delito, es una agravante específica del delito de receptación.

Los Dres. Eduardo Sasson y Joaquín Arigón conforman una dupla sumamente sólida para analizar la nueva figura de agravio a la autoridad policial, con un análisis respecto de los antecedentes al proyecto de la figura hasta la posterior redacción que a la postre fuera aprobada, realizando una férrea crítica tanto desde el punto de vista dogmático como de la política criminal. Pero su ambicioso trabajo, no solo se contentó con dicho análisis, sino que fue actualizado por un estudio de la jurisprudencia a los efectos de ver las consecuencias de la creación de esta figura delictual.

La Dra. y Fiscal Sandra Fleitas nos habla respecto de las modificaciones de un tema que maneja a la perfección y sobre el cual nos ha deleitado con sus grandes ponencias como es el lavado de activos y el crimen organizado, en lo que refiere a la situación del colaborador y del agente encubierto.

La Dra. Beatriz Scappusio Minvielle vino a realizar un análisis pormenorizado respecto del artículo 13 de la LUC referido a la auto evasión, con un gran desarrollo dogmático y concreto como nos tiene acostumbrados, a fin de generar en el lector una explicación sencilla para los distintos operadores del Derecho.

La Dra. Lucía Remersaro, quien es una de las mejores jóvenes docentes que se vislumbran en nuestro derecho penal, trata de una manera exquisita una temática que ya había trabajado, estudiado y escrito para un trabajo frente a la aprobación de la ley 19.120, respecto a la ocupación indebida de espacios públicos, y que, en esta oportunidad, debido a la modificación que introduce la LUC, denominó la consolidación de un derecho penal aporofóbico, lo que nos invita a cuestionar y pensar.

El exjuez, actual docente de Udelar, Dr. Juan Carlos Fernández Lecchini, asumió el estudio de un delito que se introdujo por un gran problema que se visualiza en nuestros días en cuanto a la destrucción y retiro de los medios y dispositivos electrónicos,

encarando la temática desde dos cuestiones de suma importancia: la dogmática y la política criminal.

El Dr. Felipe Lasarte, por su pasado en el camino docente de derecho penal y ahora por ser uno de los grandes referentes en la materia laboral, se abocó al estudio del art. 149 quater respecto a la protección penal de determinados trabajadores, desarrollando un análisis pormenorizado donde a través de un artículo se crean tres nuevas figuras delictivas.

El actual director general de Turismo, Dr. Ignacio Curbelo se dedicó para este trabajo en la primera oportunidad a los cambios que efectuó la LUC en el nuevo CPP, de manera que actualizó un trabajo sobre el que ya había escrito un artículo para la Revista de la Universidad de Montevideo, llevando a la práctica y el ejemplo aquello que decía Couture en sus mandamientos "estudia, el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado". Respecto de este punto, el libro cuenta con la visión desde el otro lado del mostrador, con las palabras y análisis de un gran joven abogado y fiscal letrado adscripto de nuestro país y actual presidente de la Asociación de Magistrados Fiscales del Uruguay, el Dr. Rosa.

El actual fiscal Dr. Ignacio Montesdeocar, frente a las modificaciones que introdujo la LUC en los arts. 54 a 57 del CPP, nos efectuó un gran análisis al respecto que posteriormente culminó con el desarrollo del CPP, libro de consulta obligada para todos quienes somos operadores de la materia penal y facilitándonos de sobremanera el ejercicio de la profesión.

El Dr. Miguel Àngel Gallegos, escritor y gran investigador, desarrolló un análisis exegético de la redacción del art. 21 de la LUC, lo que él denominó la "perquisición policiaca autónoma". Dicho autor desarrolló de manera sublime el análisis de este artículo como manera de actualizar parte de lo que es su "Tratado sobre la Confesión y el Interrogatorio del imputado en el Derecho Penal", y que esperemos que su trabajo haya sido el motor para la actualización de su gran obra.

225

El Dr. Mauro Rinaldis, quien esperemos que retome su gran capacidad de exposición en la docencia del derecho penal, se dedicó al análisis de las modificaciones que generó la LUC en los arts. 22, 23, 24, 25 y 46 de manera concreta y didáctica para los lectores y operadores del sistema.

El coordinador, Dr. Europaeus, Dr. Profesor de la Udelar y UM, Pedro Montano, analiza las modificaciones que introdujo la LUC en el proceso abreviado, tema de singular importancia ya que es el mecanismo por el cual se resuelven la enorme mayoría de los procesos penales en nuestro sistema. Por su parte, el joven y destacado Dr. Daniel Zubillaga, quien se especializa en la materia de derecho penal juvenil, se metió de lleno a analizar las modificaciones introducidas por el art. 28 de la LUC respecto de la incorporación de la estructura abreviada en los procesos infraccionales seguidos contra adolescentes en conflicto con la ley penal.

El Profesor adjunto y adscripto de Derecho Procesal de Udelar, Dr. Ignacio Soba Brasesco presenta un análisis respecto a la incorporación de una nueva estructura procesal al CPP a las dos ya existentes, como es el Proceso penal Simplificado, lo que no es más que la profundización y actualización de algunas de las ideas que forman parte de su libro "Proceso penal uruguayo. Estructuras procesales y vías alternativas".

El Dr. Diego Moreira, aspirante activo de Derecho Penal en Udelar y uno de los mejores defensores públicos del poder judicial nos brinda una descripción de las modificaciones de la LUC en el régimen de libertad a prueba.

El Dr. Marcelo Patritti como Juez Letrado del Interior, adscripto a la Suprema Corte de Justicia, realiza un profundo análisis de las modificaciones del art. 34 de la LUC en la práctica y lógica del esquema adversarial del proceso penal, enfocado en el rol más activo del Juez de garantías en lo que él denominó como nuevos criterios legales regresivos para disponer la prisión preventiva, las que se deben mirar con un enfoque convencional y constitucional en clave de garantías.

La Dra. Sara Duran, docente de Derecho Penal y de Historia de las Ideas en la Universidad de la República, se concentra en las modificaciones que se realizan al art. 301 bis del Código Penal en cuanto al otorgamiento de la libertad anticipada, realizando una explicación del concepto de la misma, una breve reseña histórica, llegando a analizar por qué la LUC entiende que no es de aplicación respecto de determinados delitos.

La Dra. y Fiscal Letrada Verónica Bujarin pensó las modificaciones que la LUC introdujo en la audiencia del Control de acusación y estructuró su trabajo en base a las necesidades que tiene todo litigante en dicha audiencia, siendo esta la oportunidad que tendrá para defender su teoría del caso a través del ofrecimiento probatorio que resulte admitido luego del debate correspondiente.

El Dr. y Juez Letrado de Maldonado Diego González Camejo nos brinda un excelente trabajo sobre las modificaciones de la prueba sobre prueba, de una manera sumamente inteligente que denota su claro perfil como asistente de Filosofía y Teoría del Derecho, titulando su trabajo como la "Improvisación en el Juicio Oral".

El Dr. Martín Frustaci Vivanco analiza las reformas que introduce la LUC en la ley de procedimiento policial, lo que a su juicio considera que ocasionó una modificación sustancial en el régimen de prevención, disuasión, represión del delito y otras acciones complementarias.

El Lic. Psicólogo, Psicoterapeuta, Perito Judicial SCJ y Psicólogo Forense, Gustavo M. Álvarez se dedicó a realizar un análisis concienzudo respecto a la introducción del Registro Nacional de Violadores y Abusadores Sexuales (RNVAS) desde la mirada de la Psicología Jurídica.

El Dr. y Juez Letrado Juvenal Javier, como gran conocedor que es de la normativa de la ley de procedimiento policial y de su estatuto, nos brindó unas reflexiones sobre las modificaciones introducidas por la LUC respecto de los art. 35 y 36 de la Ley Orgánica Policial.

Las modificaciones que la LUC introdujo en el régimen de la normativa de estupefacientes fueron estudiadas desde 3 puntos de vista con la mirada de una gran Fiscal, una gran Defensora y un excelente Juez. Por ello, esta edición cuenta con un trabajo actualizado de la Dra. Evangelina Torres Gugelmeier, aportando fallos jurisprudenciales y por otro lado una tabla que concentra resumidamente los principales cambios y que es un gran insumo para los distintos operadores del derecho. Por otro lado, la Dra. María Cecilia Domíne en conjunto con el Juez y docente de la Facultad de Derecho, Dr. Duvi Teixidor, elaboraron un trabajo con una mirada respecto de la LUC en sus aspectos más

novedosos en materia del Derecho Penal sustancial de los delitos de drogas, así como su incidencia en el Derecho Penal Formal, a partir de la derogación de la libertad vigilada como pena y su sustitución por la libertad a prueba.

El Dr. y Fiscal Gilberto Rodríguez con su gran conocimiento respecto del derecho penal Juvenil, analiza las modificaciones que generó la LUC en el proceso penal de adolescentes. Y para profundizar sobre dichas modificaciones, la Dra. y Jueza Aida Vera nos brindó su conocimiento y mirada sobre una materia tan sensible como son las normas sobre adolescentes privados de libertad.

El Dr. Juan Pablo Pisciottano realiza un espectacular análisis sobre las restricciones impuestas por la LUC a las salidas transitorias.

El Dr. Andrés Añasco Viera se abocó a estudiar un tema que venía siguiendo desde hace un tiempo y respecto al cual la LUC introdujo modificaciones, siendo un trabajo fundamental como insumo para los distintos operadores jurídicos en el ámbito de la redención de pena.

El Profesor Dr. Carlos Uriarte realizó un exhaustivo análisis sobre la creación por la LUC del Consejo de Política Criminal y Penitenciaria y, como toda la LUC, se ve atravesada por un claro afán policiaco en lo que él entiende como una creciente degradación del Estado de derecho.

El Dr. Santiago Peluffo se concentró en aportar un análisis sobre las modificaciones de la LUC en las normas sobre prevención y represión de la violencia en los espectáculos deportivos y otros de carácter masivo.

227

El Dr. Juan Raúl Williman analiza las modificaciones introducidas por la LUC a la Ley 19.039 (Pensión para Víctimas de Delitos Violentos) y a los derechos de las víctimas.

Por último, la Dra. Leticia Sosa Verón realizó un breve estudio sobre los arts. 375 a 391 de la LUC, que refieren al bienestar animal o derecho animal, en el entendido de que según su consideración deberíamos apuntar a la regulación de un derecho animal en el ámbito penal.

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.

229



Normas éticas y conflictos de intereses:

Revista de derecho adhiere a las normas y códigos de ética internacionales establecidos por el Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

Los autores reconocen todas las fuentes de financiación utilizadas en sus trabajos e indican expresamente, si corresponde, el organismo financiador, y cualquier otro vínculo comercial, financiero o particular con personas o instituciones que pudieran tener intereses con el trabajo propuesto.

Detección de plagio:

La identificación de plagio en el texto es causa de rechazo por parte de la Revista de Derecho. En caso de detectarse un plagio se comunica al autor el motivo del rechazo de su contribución exponiendo claramente las evidencias del plagio.

La revista emplea el servicio de detección de plagio y verificación de originalidad de Turnitin <https://www.turnitin.com/>.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy. Las fechas límite para recepción de trabajos son 30 de abril y 30 de octubre.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
 - i) Título en español, inglés y portugués.
 - ii) Datos del autor o los autores: nombre completo, identificador único de investigador ORCID (se puede obtener en el siguiente enlace: ORCID), 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.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* (Trads. B. B. Apellidos y C. C. Apellidos, 15.^a ed.). Lugar: Editorial.

Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulo de libros:

Apellidos, A. A., y Apellidos, B. B. (año). Título del capítulo del libro. En C. Editores, D. Editores, y E. Editores (Eds.), *Título del libro* (pp. Xxx-xxx). Lugar: Editorial.

Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

231

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.

233



Ethical codes and conflicts of interest:

Revista de Derecho adheres to the international standards and codes of ethics established by the Committee on Publication Ethics, COPE (Guidelines on Good Publication Practice and Code of Conduct).

The authors acknowledge all sources of funding used in their work and expressly indicate, when appropriate, the funding agency and any other commercial, financial or private link with persons or institutions that may have interests with the proposed work.

Plagiarism Detection:

The identification of plagiarism in the text is a reason for rejection by Revista de Derecho. If plagiarism is detected, the author is informed of the reason for the rejection of his contribution, with the evidence of plagiarism clearly stated.

The journal uses Turnitin plagiarism detection and verification of originality service, <https://www.turnitin.com/>

Guidelines for the publication of academic papers

- 1) Manuscripts must be sent by e-mail to redaccionfder@um.edu.uy. Deadlines for the reception of manuscripts are April 30 and October 30.
- 2) Manuscripts must be unpublished, original and may be sent either in Spanish or in English.
- 3) Although there is no strict word-length limitation, we suggest that manuscripts do not exceed 10,000 words.
- 4) Manuscripts must be sent in Word format, font Times New Roman, size 12, single-spaced.
- 5) Together with the manuscript, authors must submit a presentation including:
 - i) Title in Spanish, English and in Portuguese.
 - ii) Information on the author or authors: complete name, open researcher and contributor ID - ORCID (which may be obtained at the following link: [ORCID](https://orcid.org/)), position and academic institution, contact e-mail address.
 - iii) An abstract of the manuscript in Spanish, English and in Portuguese (between 100 and 200 words).
 - iv) Between 3 and 5 keywords of the manuscript in 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.

235

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 Montevidéu.

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 Estudiantes
- 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 Montevidéu, 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.

237



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 financiação 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 pudesse ter interesses no trabalho proposto.

Identificação de plágio:

A identificação de plágio no texto constitui causa de rejeição pela Revista de Direito. Em caso de identificação de plágio, é comunicado ao autor o motivo da rejeição da sua contribuição, sendo expostas claramente as evidências do plágio.

A revista usa a detecção de plágio do Turnitin para verificação do serviço de originalidade, <https://www.turnitin.com/>

Normas Formais de publicação de trabalhos de doutrina

- 1) Os trabalhos devem ser enviados por correio eletrônico a redaccionfder@um.edu.uy. As datas-limite para recepção de trabalhos são 30 de abril e 30 de outubro.
- 2) Devem ser inéditos, originais e poderão ser enviados em espanhol ou em inglês.
- 3) Embora não exista uma limitação escrita da extensão dos trabalhos, se recomenda que não excedam as 10.000 palavras.
- 4) Os trabalhos devem ser remitidos 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://biblio.timbo.org/opac?id=00981424> a fim de iniciar o processo de arbitragem.

As **citações textuais** serão feitas de acordo com o sistema autor-data, indicando também o número da página da fonte. Exemplo: (Bugallo, 2006, p. 484).

Se a citação contiver menos de 40 palavras, é incluída entre aspas duplas.

Se a citação contiver 40 palavras ou mais, está escrita num parágrafo de bloco com recuo de 1,25 cm.

As **citações parafraseadas** também serão feitas de acordo com o sistema autor-data, a citação não é incluída entre aspas e o formato do parágrafo não é alterado, não é necessário indicar a página da fonte. A referência da citação parafraseada deve ser acrescentada à lista de referências bibliográficas.

As referências das fontes citadas são listadas num parágrafo separado com recuo francês de 1,25 cm e estão dispostas alfabeticamente sob o título de **Referências Bibliográficas**.

Exemplos:**Livros:**

- Apelido, A. A., e Apelido, B. B. (ano). Título do livro. Local: Editora.
- Apelidos, A. A. (ano). Título do livro (tradução: B. B. Apelidos e C. C. Apelidos, 15^a ed.). Local: Editorial.
- Bugallo, B. (2006). *La propiedad intelectual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Capítulos de livros:

- Apelidos, A. A., e Apelidos, B. B. (ano). Título do capítulo de livro. Em C. Editores, D. Editores, e E. Editores (Eds.), Título do livro (pp. Xxx-xxx). Cidade da editora: Editora.

- Frega, A. (2007). Capítulo 1 -La formulación de un modelo. 1890-1918. En A. Frega, A. M. Rodríguez Aycaguer, E. Ruiz, R. Porrini, A. Islas, D. Bonfanti, M. Broquetas, I. Cuadro, *Historia del Uruguay en el siglo XX (1890-2005)* (pp. 17-50). Montevideo: Ediciones de la Banda Oriental.

Artigos de periódicos:

- Apelido, A. A., Apelido, B. B., e Apelido, C. C. (ano). Título do artigo. Título do periódico, xx(x), pp.-pp.

- Lorenzo, P. (2020). La protección del medio ambiente como norma imperativa de Derecho Internacional (Ius Cogens). *Revista de derecho*, 19(37), 41-69. <https://doi.org/10.47274/DERUM/37.3>

239



- 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 **Bibliografia** no final do documento.



Facultad de Derecho
www.um.edu.uy