

# *Revista de*

---

# DERECHO

---

## **MENSAJE DEL DECANO**

La formación jurídica universitaria ante la revolución de la inteligencia artificial

## **DOCTRINA**

### **TRINGOLO, Álvaro**

Régimen de compras estatales de los agroalimentos

### **FACAL SANTIAGO, Silvia**

Personas privadas de libertad extranjeras (migrantes y otras categorías) en las unidades penitenciarias uruguayas. Entre la vulnerabilidad y la invisibilidad

### **MAREGA, Alexis Matías**

#### **LAGO, Héctor Ricardo**

La evolución del concepto de patrimonio. Los cambios sustanciales desde Aubry y Rau hasta la ley francesa del patrimonio del emprendedor individual

### **CÁNEPA SALABERRY, Martín**

Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión

### **BALTAR, Leandro**

El orden público internacional frente al espejo

## **CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES**

### **VELOSO GIRIBALDI, Natalia**

Simulación del procedimiento de contratación. Mecanismos de defensa

## **JURISPRUDENCIA COMENTADA**

### **MUÑOZ GÓMEZ, Diana Sthefania** **ARBELÁEZ LUNA, Daniela**

Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida

## **INFORMACION DE LA FACULTAD**

Noticias de grado y posgrados

## **TESINAS DE MASTERS**

### **TECHERA TEALDI, Lucía**

¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público?

## **MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES**

### **CASTELLANOS LEGUISAMO, Manuela**

Municipios: aproximación a los gobiernos locales y debate acerca de su naturaleza jurídica

## **NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS**

### **FISCHER CASTELLS, Federico**

Reseña del libro: "Estudios de Derecho Administrativo Sancionador", Natalia Veloso Giribaldi (Coord.)





# *Revista de* DERECHO

Año XXIV (Julio 2025), N° 47  
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 Internacional. Los artículos se pueden compartir y adaptar siempre y cuando:

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

### Indexada en:

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

### Redacción y suscripciones

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

### Contacto de la revista

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

### Página web de la revista

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

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

### Plazo de recepción de originales

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

### Aviso de derechos de autor

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

Los autores que publican en esta revista aceptan los siguientes términos: Los autores conservan los derechos de autor y conceden a la revista el derecho de primera publicación de la obra bajo una licencia de Creative Commons 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.



Directrices para autores/as

Author Guidelines

Directrices para Autores

Maquetación e 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 47 – JULIO 2025

*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

La formación jurídica universitaria ante la revolución de la inteligencia artificial..... 9

### DOCTRINA

TRINGOLO, ÁLVARO

Régimen de compras estatales de los agroalimentos ..... 15

FACAL SANTIAGO, SILVIA

Personas privadas de libertad extranjeras (migrantes y otras categorías) en las unidades penitenciarias uruguayas. Entre la vulnerabilidad y la invisibilidad..... 51

MAREGA, ALEXIS MATÍAS;

LAGO, HÉCTOR RICARDO

La evolución del concepto de patrimonio. Los cambios sustanciales desde Aubry y Rau hasta la ley francesa del patrimonio del emprendedor individual ..... 97

CÁNEPA SALABERRY, MARTÍN

Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión .....113

BALTAR, LEANDRO

El orden público internacional frente al espejo..... 141

### CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

VELOSO GIRIBALDI, NATALIA

Simulación del procedimiento de contratación  
Mecanismos de defensa ..... 177

### JUSISPRUDENCIA COMENTADA

MUÑOZ GÓMEZ, DIANA STEFANIA;

ARBELÁEZ LUNA, DANIELA

Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida ..... 201

### INFORMACION DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados ..... 215

### TESINAS DE MASTERS

TECHERA TEALDI, LUCÍA

¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público? ..... 245

### MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

CASTELLANOS LEGUISAMO, MANUELA

Municipios: aproximación a los gobiernos locales y debate acerca de su naturaleza jurídica ..... 279

### NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

FISCHER CASTELLS, FEDERICO

Reseña del libro: *"Estudios de Derecho Administrativo Sancionador"*, Natalia Veloso Giribaldi (Coord.) ..... 301







## MENSAJE DEL DECANO

**MIGUEL CASANOVA**

La formación jurídica universitaria ante la revolución de la inteligencia artificial



## Mensaje del decano

### La formación jurídica universitaria ante la revolución de la inteligencia artificial

Como recientemente advirtió el nuevo Papa León XIV, vivimos un tiempo de transformación acelerada, una nueva revolución industrial, en el que -como en aquel momento- resulta crucial cuidar los aspectos éticos y la especial dignidad del ser humano. La irrupción de la inteligencia artificial en todos los ámbitos de la vida y, en particular, en el ámbito profesional y académico, nos obliga a repensar paradigmas y formas de hacer que hasta ahora parecían indiscutibles. El ejercicio de la profesión y la formación jurídica universitaria no son la excepción. Cada vez con más sofisticación, herramientas de inteligencia artificial generan documentos académicos, sintetizan jurisprudencia, ofrecen soluciones normativas. Desde nuestro punto de vista, lejos de sentirnos amenazados como institución educativa, esta nueva realidad nos debe animar a descubrir y desarrollar las grandes oportunidades que ofrece, para potenciar la formación de nuestros estudiantes.

Hace un tiempo asistí a una sesión sobre la incidencia de la IA sobre la profesión del abogado cuyo disparador fue la famosa partida de ajedrez del año 1997 entre el entonces campeón mundial y la computadora Deep Blue de IBM. Garry Kasparov fue derrotado por la supercomputadora. Inicialmente este resultado fue interpretado por algunos como el principio de la definitiva sustitución del hombre por las máquinas. Sin embargo, luego de un tiempo, Kasparov pidió revancha. Esta vez, apoyado por una máquina, el resultado lo favoreció poniendo de manifiesto que el talento humano ayudado por la tecnología es la mejor combinación.

Este ejemplo ilustra con claridad el imponente desafío ante el que se encuentra hoy la formación jurídica universitaria. La inteligencia artificial ya no es una promesa lejana, sino una realidad cotidiana. Los estudiantes ya conocen y utilizan -muchas veces mejor que sus profesores- herramientas capaces de redactar textos jurídicos, analizar jurisprudencia y dar respuestas fundadas a problemas jurídicos complejos, lo que determina que evaluar conocimientos ya no pueda hacerse con el método tradicional. Además, estas herramientas están transformando el ejercicio de la abogacía lo que nos obliga a repensar cómo formar a los profesionales del derecho para esta nueva realidad, de forma que sean capaces de seguir aportando valor como profesionales.

Al igual que en el ajedrez, parece claro que el mejor resultado no está sólo en la tecnología ni exclusivamente en el trabajo del abogado o jurista trabajando por separado, sino en la colaboración prudente y con sólido criterio jurídico. Es decir que la clave estaría en formar profesionales capaces de servirse de estas herramientas con eficiencia,

pero sobre todo con criterio, ética, y sentido jurídico profundo. No es una tarea que pueda lograrse rápido. Debe cultivarse e inculcarse a lo largo de los años de estudio universitario. En este sentido, parece cada vez más relevante -si cabe- formar en las áreas del denominado core curriculum universitario (antropología, ética, deontología, etc.), por cuanto implican formas de pensar y hacer que jamás podrán ser sustituidas por la IA, que sólo es capaz de “razonamientos” inductivos (aprende y resuelve a partir del análisis de enormes volúmenes de datos, identifica patrones y estima probabilidades) pero nunca de reflexiones deductivas (aplicación de principios generales a casos concretos), teleológicas, axiológicas, exclusivas del ser humano. En nuestro campo, ello implica cultivar virtudes humanas esenciales como la prudencia, la justicia, la templanza y la fortaleza, completamente ajenas a lo que puede ofrecer la IA.

Como suele suceder, esta aparente crisis es en realidad una gran oportunidad. Oportunidad de entender que la formación jurídica universitaria no puede reducirse a los aspectos técnicos de la profesión, sino también, y fundamentalmente, a las razones y principios fundamentales que inspiran el ordenamiento, así como a la formación integral-humanista del estudiante universitario. Promover profesionales del Derecho que sean capaces de comprender las instituciones jurídicas en su raíz histórica y filosófica. Que sepan distinguir lo justo de lo útil. Capaces de abordar problemas complejos cuya solución no pueda surgir solamente de la información que pueda procesar la IA, por más amplia que sea, sino del análisis prudente del profesional. La IA puede ser una excelente herramienta, pero sólo si está en manos de quien supo adquirir un sólido criterio jurídico y ético. Lograrlo constituye el enorme desafío que tenemos entre manos.

Miguel Casanova  
Julio, 2025







## DOCTRINA

**TRINGOLO, ÁLVARO**

Régimen de compras estatales de los agroalimentos

**FACAL SANTIAGO, SILVIA**

Personas privadas de libertad extranjeras (migrantes y otras categorías) en las unidades penitenciarias uruguayas. Entre la vulnerabilidad y la invisibilidad

**MAREGA, ALEXIS MATÍAS; LAGO, HÉCTOR RICARDO**

La evolución del concepto de patrimonio. Los cambios sustanciales desde Aubry y Rau hasta la ley francesa del patrimonio del emprendedor individual

**CÁNEPA SALABERRY, MARTÍN**

Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión

**BALTAR, LEANDRO**

El orden público internacional frente al espejo





ÁLVARO TRINGOLO

Universidad de la República, Uruguay

alvaro.tringolo@delpiazzo.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-9228-4065>

Recibido: 1/11/2024 - Aceptado: 30/01/2025

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

Tringolo, Álvaro. (2025). Régimen de compras estatales de los agroalimentos.  
*Revista de Derecho*, 24(47), e471. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.1>

## Régimen de compras estatales de los agroalimentos

15

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo analizar el régimen jurídico de las Compras Estatales de productos agroalimentarios en Uruguay, con énfasis en la aplicación de la reserva de mercado establecida por medio de la Ley N° 19.292 en favor de ciertas organizaciones de productores familiares agropecuarios identificadas como Organizaciones Habilitadas. También se valorarán las implicancias de la creación y puesta en funcionamiento de la Unidad Agroalimentaria Metropolitana en la comercialización de agroalimentos por parte de los productores y proveedores.

**Palabras clave:** compras estatales; agroalimentos; producción agropecuaria familiar; Unidad Agroalimentaria Metropolitana; Intendencia de Montevideo.

## Regime of state Purchases of agrifood products

**Abstract:** The objective of this paper is to analyze the legal regime of State Purchases of agrifood products in Uruguay, with emphasis on the application of the market reserve established by Law No. 19.292 in favor of certain organizations of family agricultural producers identified as Qualified Organizations. The implications of the creation and operation of the Metropolitan Agrifood Unit on the commercialization of agrifoods by producers and suppliers will also be assessed.

**Keywords:** atate procurement; agrifood; family farming production; Metropolitan Agrifood Unit; Municipality of Montevideo.

## Regime de compras estatais de produtos agroalimentares

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo analisar o regime jurídico das Compras Estatais de produtos agroalimentares no Uruguai, com destaque para a aplicação da reserva de mercado estabelecida pela Lei n.º 19.292 a favor de determinadas organizações de produtores agrícolas familiares identificadas como Organizações Habilitadas. Serão também avaliadas as implicações da criação e funcionamento da Unidade Agroalimentar Metropolitana na comercialização de produtos agro-alimentares por parte de produtores e fornecedores.

**Palavras-chave:** compras do estado; agroalimentar; produção agrícola familiar; Unidade Agroalimentar Metropolitana; Município de Montevideú.

## 1. Introducción

La Ley N° 19.292, promulgada el 16 de diciembre de 2014, establece un régimen de reserva de mercado destinado a apoyar a los productores familiares agropecuarios y pesqueros artesanales en Uruguay (Machado, Pizzolon, & Tourem, 2018, pp. 121-136). Este régimen tiene como objetivo principal fomentar la inclusión de estos productores familiares en el mercado estatal, asegurando una reserva mínima de mercado del 30% para las compras centralizadas y del 100% para las compras no centralizadas de alimentos producidos por Organizaciones Habilitadas (OH). Dicha ley fue reglamentada por el Decreto del Poder Ejecutivo N° 86/2015, que detalla los mecanismos de control y supervisión necesarios para procurar su correcta aplicación. (Guerra Daneri, 2016, pp. 270-278 - Saavedra, 2016, pp. 181-190).<sup>1</sup>

Este régimen de reserva de mercado debe ser aplicado dentro de los diversos mecanismos de contratación pública regulados en nuestro ordenamiento, recogidos en el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF). Entre ellos se destaca el procedimiento de la Compra Directa por Excepción, previsto en el numeral 16 del literal D del artículo 33 del TOCAF, el cual permite a las Administraciones públicas adquirir directamente productos agropecuarios y pesqueros artesanales de los productores familiares y sus organizaciones, con el objetivo de simplificar los procesos de compra.

En este contexto, con fecha 22 de febrero de 2021, comenzó a operar la Unidad Agroalimentaria Metropolitana (UAM) y culminó el régimen de transición entre el Mercado Modelo y la UAM, que se había extendido desde el 28 de octubre de 2011 en virtud de la promulgación de la Ley N° 18.832 que creó la UAM.

La Ley N° 18.832 de 28 de octubre de 2011, con las modificaciones dadas por la Ley N° 19.720 de 21 de diciembre de 2018, tiene por finalidad centralizar la actividad mayorista de frutas y hortalizas, proporcionando la infraestructura adecuada y garantizando la calidad de los productos comercializados.

La implementación del régimen establecido por la Ley N° 19.292 ha sido objeto de diversas controversias y desafíos. A pesar de los objetivos buscado mediante la implementación de dicha ley, se han observado irregularidades en la adjudicación de contratos y en el cumplimiento de las normas.

Entre las principales preocupaciones se encuentran la adjudicación de productos no producidos por las OH (principal fundamento del régimen), la falta de coordinación institucional y el impacto económico y logístico en la transición del Mercado Modelo al Parque Agroalimentario de la UAM. Estas irregularidades e impactos económicos y logísticos han generado cuestionamientos sobre la efectividad y equidad del régimen, poniendo en evidencia la necesidad de ajustes para mejorar su aplicación práctica.

Ante este panorama actual, a continuación, analizaremos el régimen jurídico de las compras estatales de productos alimenticios agropecuarios en Uruguay, centrándonos en el análisis de la Ley N° 19.292 y su Decreto Reglamentario N° 86/2015, y su aplicación

1 Para contar con un panorama general de la explotación agropecuaria familiar, ver: (Guerra Daneri, 2016, pp. 270-278), pp. 270-278. Sobre la “empresa agraria familiar”, ver: Saavedra, 2016, pp. 181-190.

en la práctica, y en las incidencias que tuvo la implementación de la UAM, así como las disposiciones de la Junta Departamental de Montevideo en materia de ordenamiento territorial para el mercado mayorista y minorista frutihortícola. También revisaremos las incidencias del régimen de reserva de mercado en los procedimientos de contratación del Estado, en particular en los procedimientos de Compra Directa por Excepción, analizando también el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo que para la adquisición de estos productos ha sido de poca aplicación.

## 2. Régimen de Compras Estatales de Bienes Alimenticios Agropecuarios

### 2.1 Régimen de Reserva del Mercado Estatal para las OH

Por medio de la Ley N° 19.292, de 16 de diciembre de 2014, se creó un régimen de compras estatales en favor de los productores familiares agropecuarios<sup>2</sup> y pesqueros artesanales, para abastecer de alimentos (definidos por dicha ley) a las dependencias de los Poderes del Estado, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados.

Ello fue mediante la determinación de una reserva mínima de mercado del 30% para las compras centralizadas y del 100% para las no centralizadas, para los alimentos producidos por los integrantes de las Organizaciones Habilitadas (“OH”) inscriptas en el registro creado dentro de la órbita del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (art. 3 de la ley).<sup>3</sup>

Dichas OH deben estar integradas por al menos cinco productores agropecuarios, de los cuales el 70% deben ser productores familiares agropecuarios y/o pescadores artesanales registrados ante la Dirección General de Desarrollo Rural del MGAP (inc. 1° del art. 5 de la ley) (Rodríguez, González, Cabrera, Mila, & Sganga, 2016, pp. 397-407).

Dentro de las organizaciones, se distinguen y definen a las “Organizaciones Habilitadas con Igualdad de Género” (“OH+G”), como aquellas en las que se verifique al menos la participación de las mujeres en la gestión de la organización y del sistema productivo (inc. 3° del art. 5 de la ley), a quienes se les establece un mecanismo de reserva mínima

2 El art. 311 de la Ley N° 19.355, creó el Registro de Productores Familiares y por Resolución Ministerial del MGAP N° 1013/2016, se estableció que productor familiar agropecuario es “toda persona física que gestiona directamente una explotación agropecuaria y/o realiza una actividad productiva agraria. Esta persona, en conjunto con su familia, debe cumplir los siguientes requisitos en forma simultánea: a.- Realizar la explotación agropecuaria o actividad productiva agraria con la contratación de mano de obra asalariada de hasta dos asalariados no familiares permanentes o su equivalente en jornales zafrales no familiares de acuerdo con la equivalencia de 250 (doscientos cincuenta) jornales zafrales al año por cada asalariado permanente; b.- Realizar la explotación agropecuaria de hasta 500 hectáreas, índice CONEAT 100, bajo cualquier forma de tenencia; c.- Residir en la explotación agropecuaria, donde se realice la actividad productiva agraria, o en una localidad ubicada a una distancia no mayor a 50 km; d.- Que los ingresos nominales familiares no generados por la explotación agropecuaria o actividad productiva agraria declarada sean inferiores o iguales a 14 BPC en promedio mensual”.

3 La naturaleza jurídica de las Organizaciones Habilitadas no ha sido determinada por el legislador (la ley no prevé un formato o estructura determinada), por lo que pueden ser figuras asociativas formales (como una sociedad o asociación agraria), como informales (agrupaciones o núcleos de hecho), en este último caso siempre que sea posible individualizar a sus integrantes. Así: Guerra Daneri, 2016, pp. 277.

dentro de los porcentajes establecidos para las compras centralizadas (del 30%) y no centralizadas (del 100%), del 50%.<sup>4</sup>

El art. 6 de la ley establece cuatro situaciones que quedan exceptuadas de la reserva de mercado en cuestión, a saber: “A) Cuando se registre en los seis meses anteriores incumplimiento por parte de la Organización Habilitada respecto de ofertas presentadas. B) Cuando los productos ofrecidos por la Organización Habilitada no cuenten con las habilitaciones sanitarias y bromatológicas que legal y reglamentariamente correspondan. C) Cuando los precios experimenten un aumento excepcional conforme parámetros definidos en la reglamentación. D) Cuando la mercadería ofrecida en venta no sea de producción propia.”

El literal “D” fue incorporado 8 años más tarde, por medio del art. 213 de la Ley N° 20.075 de 20 de octubre de 2022, despejando dudas respecto de la procedencia de la reserva de mercado para las OH cuando ofrecen productos que no producen, lo cual ya surgía del inc. 1° del art. 3 de la ley al determinar la reserva de mercado para los alimentos producidos por los integrantes de las Organizaciones Habilitadas (“OH”) inscriptas, refiriéndose a “bienes alimenticios provenientes de Organizaciones Habilitadas”.

En tal sentido, el art. 4 del Decreto del Poder Ejecutivo N° 86/015 de 27 de febrero de 2015, que reglamentó la ley, estableció que “Los bienes alimenticios comercializados bajo el régimen de compras estatales que establece la Ley Nro. 19.292, deberán provenir de la actividad agropecuaria y/o pesquera de los integrantes de la “Organización Habilitada” (inc. 1°).

El supuesto previsto por el literal “C” del art. 6 de la ley N° 19.292, refiere al aumento excepcional que experimenten los precios en base a parámetros cuya determinación fue delegada a la reglamentación del Poder Ejecutivo.

Al respecto, el ya citado Decreto del P.E. N° 86/015 de 27 de febrero de 2015, dispuso que: “A los efectos de lo previsto en el literal c) del artículo 6° de la Ley que se reglamenta, se entiende por “un aumento de precio excepcional” de un producto, al incremento del precio de mercado en valores constantes superior al 25% en relación al promedio del mismo mes de los tres años anteriores, según registros del Observatorio Granjero o del Instituto Nacional de Estadística según corresponda. La Administración contratante tendrá potestad de suspender transitoriamente la ejecución total o parcial de la compra de los productos que experimenten un “aumento de precio excepcional.” (art. 5 del Decreto).

Quiere decir que, si se da un aumento superior al 25% en relación al promedio del mismo mes en los tres años anteriores, se está ante un aumento de precios excepcional que excluye a la oferta del régimen de reserva de mercado de la ley N° 19.292.

A su vez, el art. 4 del Decreto N° 86/015, establece que “El precio de los bienes ofertados que se presenten en una adquisición pública no podrá superar en más de un 40% los precios relevados por el Observatorio Granjero (Comisión Administradora del Mercado Modelo - Dirección General de la Granja). En caso de tratarse de productos no relevados en este Observatorio, los bienes alimenticios ofertados no podrán superar el precio medio del Índice de Precios al Consumo del Instituto Nacional de Estadística,

4 Por medio del Decreto N° 26/022 de 25 de enero de 2022 se establecieron los criterios que una OH debe reunir para calificar como OH+, dando nueva redacción a los arts. 1 y 8 del Decreto N° 86/015 de 27 de febrero de 2015.

correspondiente al mes anterior. Para aquellos bienes no relevados por ninguna de las instituciones mencionadas, el precio máximo podrá ser determinado por el Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca.”

Por lo tanto, más allá del límite establecido por el denominado aumento de precios excepcional previsto por la ley y regulado en el decreto reglamentario (suba del 25% del mismo mes en los tres años anteriores), la reglamentación también estableció otro límite, que se adiciona al anterior, consistente en no superar en más del 40% de los precios publicados por el Observatorio Granjero.

## 2.2 Régimen del Programa de Contratación Pública para el Desarrollo

El régimen del Programa de Contratación Pública para el Desarrollo previsto en los arts. 59 y 60 del TOCAF (en la redacción dada por los artículos 43 y 44 de la Ley N° 18.362 de 6 octubre de 2008) y sus Sub Programas, regula procedimientos de contratación especiales, que promueven el desarrollo de proveedores nacionales, en particular micro, pequeñas y medianas empresas y pequeños productores agropecuarios, y aquellas que estimulen el desarrollo científico-tecnológico y la innovación (Rotondo, 2018).

Conforme a dichas disposiciones, en cada ejercicio, hasta un 10% del monto total de las contrataciones y adquisiciones de bienes, realizadas en el ejercicio tanto por organismos estatales como paraestatales, pueden ser realizadas según los términos establecidos en el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo.

Asimismo, las adquisiciones y contrataciones realizadas bajo este programa por un organismo particular, no podrán superar el 20% del total de adquisiciones y contrataciones realizadas por ese mismo organismo en cada ejercicio, exigiéndosele a los productores y proveedores nacionales contrapartidas que contribuyan a la sustentabilidad en el mediano plazo de las actividades estimuladas.

Cada año se fijan los montos máximos por entidad para la aplicación del Programa de Contratación Pública para el Desarrollo por Resolución del Poder Ejecutivo. En cuanto a los márgenes de preferencia en el precio, se prevé hasta el doble del establecido en la preferencia a la industria nacional, y en cuanto a las reservas de mercado, se estableció hasta el 10% del valor de las contrataciones del organismo realizadas en el ejercicio anterior y hasta el 20% de las contrataciones del organismo del año en ejercicio.

Lo cierto es que este régimen prácticamente se ha dejado de utilizar en materia de Compras Estatales de productos alimenticios agropecuarios, raíz de la reserva de mercado establecida hace 10 años por la Ley N° 19.292.

## 2.3 Régimen de la Compra Directa por Excepción

La Compra Directa por Excepción prevista en el num. 16 del lit. D del art. 33 del TOCAF (en la redacción dada por el art. 35 de la ley N° 19.996 de 3 de noviembre de 2021) para las mismas administraciones públicas estatales que deben aplicar el régimen de reserva de mercado en favor de las OH, refiere a los “alimentos de producción nacional” y de “víveres frescos”.

En dichas compras, “los precios a pagar no podrán superar los precios publicados por la Agencia Reguladora de Compras Estatales” para esos productos (inc. 3° del num. 16°), conforme a los precios máximos de adquisición (artículo 318 de la ley N° 19.889).

Los productos que se pueden adquirir por este mecanismo son aquellos que sean ofrecidos por:

- a) productores familiares, considerados individualmente u organizados en cooperativas;
- b) cooperativas de trabajo definidas en el art. 99 de la ley N° 18.407 de 24 de octubre de 2008, en la redacción dada por el art. 1° de la ley N° 19.181 de 29 de diciembre de 2013, cuya actividad económica sea la elaboración de productos alimenticios y producción de víveres frescos; y
- c) toda organización habilitada creada al amparo del art. 5° de la ley N° 19.292 de 16 de diciembre de 2014 en la redacción dada por el artículo 2° de la ley N° 19.685 de 26 de octubre de 2018, debidamente inscriptas en el Registro Nacional de Organizaciones Habilitadas.

Bajo la redacción anterior a la reforma introducida por la ley N° 19.996 de 3 de noviembre de 2021, los supuestos de compra directa por excepción previstas para víveres frescos o alimentos de producción nacional estaban distribuidos entre los numerales 15 y 36 del lit. D del art. 33 del TOCAF. Bajo la antigua redacción las Administraciones podían en ciertos casos, adquirir víveres frescos directamente en mercados, ferias o de los propios productores, en forma indistinta, posibilitando verificaciones más frecuentes que las habituales compras en plaza, donde los organismos suelen prever abastecimiento para varios meses, lo cual justifica recurrir a intermediarios mayoristas para grandes volúmenes y entregas coordinadas. A su vez, había ampliado la posibilidad de adquirir víveres frescos no solo en mercados, ferias o a productores directamente, sino también a través de cooperativas de productores y mediante convenios con Intendencias Departamentales (Delpiazzo, 2019, pp. 124-125).

Bajo la redacción actual, las Administraciones públicas puede adquirir “alimentos de producción nacional” o “víveres frescos”, mediante la compra directa (por excepción) a los productores, las cooperativas cuya actividad económica sea la elaboración de productos alimenticios y producción de víveres frescos o a las Organizaciones Habilitadas que ya hemos analizado.

## 2.4 Valoración para la aplicación de las normas

Se impone valorar cómo deben compatibilizarse y aplicarse los regímenes considerados individualmente, a partir de una interpretación sistemática dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, en cuanto al alcance de la aplicación de las reservas de mercado, cabe destacar que los porcentajes del 30% y 100% establecidos para las OH por la Ley N° 19.292 refieren a una contratación específica, dirigida exclusivamente a alimentos producidos directamente por los productores familiares agropecuarios y de pesca artesanal, mientras que el 10% dispuesto en la Ley 18.362 refiere al total de contrataciones realizadas por el organismo, sin discriminar el objeto de la contratación, sean bienes o



servicios, para lo cual cada año el Poder Ejecutivo establece los montos máximos en los que puede aplicarse el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, y a partir de ello aplicar los porcentajes.

Siendo que las compras de productos derivados de la agricultura familiar y pesca artesanal, refieren a determinado producto en concreto, y a quienes lo producen (OH u OH+G), y que se trata de una norma especial y posterior en el tiempo, no le rigen los porcentajes del Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, sino los de la Ley N° 19.292.

En segundo lugar, en cuanto a la aplicación de la reserva de mercado establecida para la producción agropecuaria familiar y pesca artesanal en las compras estatales, corresponde tomar en cuenta los posibles mecanismos de contratación previstos legalmente que podrían aplicarse para la adquisición de dichos alimentos.

Por un lado, corresponde considerar a los procedimientos que se definen y clasifican exclusivamente por el monto de la contratación (criterio cuantitativo) (Delpiazzi, 2019, pp. 108), como lo son la Licitación Pública, Licitación Abreviada, Concurso de Precios y la Compra Directa Común (previstas en el inc.1° del art. 33 del TOCAF, y en los literales A, B y C del inc. 2° de dicho art. 33). Aquí, dependiendo de los montos, la Administración puede optar por uno u otro.

Por otro lado, es posible agrupar a aquellos procedimientos que se definen y clasifican sin tomar en cuenta el monto de la contratación (criterio cualitativo) (Delpiazzi, 2019, pp. 109), tales como: la Compra Directa por Excepción (literal D del inc. 2° del art. 33 del TOCAF), el Pregón o Puja a la Baja (art. 34 del TOCAF) o los Convenios Marco (art. 36 del TOCAF). En estos casos, el mecanismo de contratación se determina por el objeto de la contratación y/o los sujetos contratantes (Delpiazzi, 2020, pp. 77-89).

En tercer lugar, dentro de los mecanismos de contratación que podrían utilizarse para adquirir alimentos (provenientes de la producción agropecuaria familiar, de la pesca artesanal o de cualquier otra actividad productiva nacional), el único que refiere expresamente a los mismos es la Compra Directa por Excepción del num. 16 del lit. D del art. 33 del TOCAF.

Dicha disposición establece una excepción en virtud del bien objeto de adquisición (“alimentos de producción nacional” o “víveres frescos”) y de quién lo vende (sujeto).

En efecto, la Compra Directa por Excepción y la ley de reserva de mercado en favor de la producción agropecuaria familiar N° 19.292, difieren en cuanto a los sujetos alcanzados y el objeto comprendido. Veamos.

a. En cuanto al objeto:

- i. La ley de reserva de mercado (N° 19.292) comprende a los siguientes bienes alimenticios: (i) productos agropecuarios en su estado natural, (ii) los productos artesanales agropecuarios, (iii) los productos de la pesca artesanal, y (iv) los alimentos procesados, siempre que sean elaborados con materia prima de los productores integrantes de las OH sin que exista un cambio en la propiedad durante el proceso industrial (inc. 3° del art. 3).
- ii. En la Compra Directa por Excepción comprende a todos los “alimentos de producción nacional y víveres frescos” (num. 16, lit. D, art. 33 del TOCAF).



b) En cuanto a los sujetos:

- i. La ley de reserva de mercado (N° 19.292) alcanza únicamente a las OH debidamente constituidas e inscriptas ante el MGAP.
- ii. La Compra Directa por Excepción comprende aquellas que sean ofrecidas por productores familiares, organizaciones habilitadas o cooperativas de trabajo (num. 16, lit. D, art. 33 del TOCAF).

En ninguna de las dos causales ingresan los proveedores (comerciantes) o productores agropecuarios que no sean familiares, quedando excluidos del mercado en cuestión.

En cuarto lugar, para los demás mecanismos de compra, que no contienen disposiciones especiales relativas a alimentos ni a quienes los producen, aplica el régimen de la ley N° 19.292, debiendo respetarse los límites de la reserva de mercado en favor de las OH u OH+G, dependiendo de si se trata de un procedimiento de compra centralizado (30%) o no centralizado (100%).

Ello será así siempre y cuando: (i) sus ofertas no superen en más de un 40% el precio relevado por el Observatorio Granjero (si no estuviese publicado, por el precio medio del IPC del mes anterior); o (ii) no supere el 25% del promedio del mismo mes en los tres años anteriores; o (iii) no ofrezcan productos que no producen.

En los casos en que las ofertas de las OH superen dichos niveles (40% del precio publicado por el Observatorio Granjero o el 25% del promedio del mismo mes en los tres años anteriores), se podrá considerar y adjudicar la compra a ofertas de otros oferentes que hayan participado en el llamado, porque no regirán la reserva. Naturalmente, lo mismo ocurrirá cuando no se presente ninguna OH al llamado que se haya realizado.

En el caso en que las ofertas de las OH incluyan productos que no producen y pidan ampararse en el régimen de la reserva de mercado, corresponde la aplicación de la sanción específica (además de la exclusión de la reserva de mercado), prevista en el art. 6 BIS adicionado por medio del art. 214 de la ley N° 20.075 de 20 de octubre de 2022, que dispuso que: “Cuando se excluya del proceso de compra a una organización comprendida en el artículo 5° de la presente ley, según lo establecido en el literal D) del artículo 6°, se la sancionará con la suspensión del beneficio de reserva de mercado por dos años y se le aplicará una multa igual al 100% (cien por ciento) del monto ofertado o vendido, que no sea de producción propia dependiendo del caso.”

Dicha sanción refiere a un supuesto de “exclusión del proceso” de la OH que se presente ofreciendo un ítem que no produce y, además, a una doble sanción: (i) no podrá ampararse a la reserva de mercado durante dos años; y (ii) una multa equivalente a valor del monto ofertado o vendido que corresponde a los productos que no produce la OH. Es de precisar que operada la exclusión del procedimiento (es decir, si se llega a ese extremo) la aplicación de las sanciones es preceptiva, no habiendo margen de discrecionalidad para no aplicarlas o para aplicar una sanción menor. En efecto: (i) el art. 6 BIS da a entender que ante el supuesto dado en el lit “D” del art. 6, procede la exclusión del llamado, y luego expresa que “se la sancionará con...” y se le “aplicará una multa”; y (ii) el art. 6 BIS refiere solo a una suspensión de la reserva “por dos años” y que la multa será “igual al 100%” de los productos que ofreció y no produce, sin posibilidad de establecer período de tiempo menor para la suspensión de la reserva o un importe menor para la multa.

En quinto lugar, puesto que el régimen de reserva de mercado para las OH no establece nada en contrario, cuando en un llamado (que no sea por Compra Directa por Excepción en base al num. 16° del lit. D del art. 33 del TOCAF) se presenten dos o más OH compitiendo entre sí, aplicarán las reglas que regulan los diversos procedimientos con carácter general (TOCAF, Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios no Personales, entre otros) y con carácter particular (Pliego de Condiciones Particulares, Circulares, etc.).

Ahora bien, si se presentan como oferentes una OH y una o más OH+G, habrá que respetar la reserva del 50% establecido en favor de estas últimas, dependiendo de los precios que coticen.

En su mérito, si las OH o las OH+G presentaran ofertas con calificación similar o con precio similar, según lo establecido por el art. 66 del TOCAF, será posible aplicar el mecanismo de mejora de ofertas previsto en dicha norma, dentro de los márgenes de preferencia establecidos para unos y otros.

Lo mismo debería ocurrir entre los oferentes que no sean OH, cuando estas no se presenten o cuando se presenten con precios que superen los topes máximos establecidos para el régimen de reserva de mercado.

En definitiva, es imprescindible que los operadores distingan entre las normas de reserva de mercado para adquirir alimentos agropecuarios y las que regulan los diversos procedimientos de contratación pública. En particular, los matices que existen entre el mecanismo de Compra Directa por Excepción (como procedimiento de contratación) y la ley de reserva de mercado para la adquisición de alimentos agropecuarios (como mecanismo de fomento para la producción agropecuaria familiar), en cuanto a los sujetos (productores familiares, cooperativas o proveedores) y los objetos de compra (bienes alimenticios elaborados por un productor agropecuario familiar o un productor que no sea familiar). El fin de la reserva del mercado Estatal ha sido fomentar la producción agropecuaria familiar, y ello es lo que justifica las limitaciones subjetivas (de composición de las OH) y objetivas del régimen (topes a los precios de las ofertas según diversos parámetros), así como las sanciones previstas para las OH (como beneficiarias de la reserva) en caso de incumplimientos.

Lo cierto es que de las reiteradas adjudicaciones que las distintas Administraciones Públicas han realizado a las OH para adquirir productos alimenticios agropecuarios, se advierte una importante cantidad de irregularidades en aplicación de la reserva del mercado establecido por la Ley N° 19.292

A modo de ejemplo, se destacan los siguientes apartamientos:

- a) Se han adjudicado a las OH productos que no son de producción nacional, sino que por el contrario deben ser importados en un 100%, como, por ejemplo, el caso de la banana o el kiwi, que no se producen en nuestro país.
- b) Que se ofertan productos que las propias OH no producen (aunque sí se produzcan en nuestro país), sino que las compren en plaza.
- c) Que ofrecen cantidades que por sí solas las OH difícilmente puedan producir, y que para cumplir con las contrataciones deben comprar en plaza.

- d) La cantidad de adjudicaciones y el volumen de productos que deben proveer no parecen ser compatibles con las propias características e integración de la OH, ya que debe estar conformada por una determinada cantidad de productores familiares agropecuarios que por definición, tienen acotada la cantidad de su producción, así como la extensión del área que explotan.

## 2.5 La posición de la SCJ sobre la constitucionalidad de la ley N° 19.292

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay (SCJ), en sus sentencias N° 266/2023 de 23 de marzo de 2023 y N° 350/2023 de 27 de abril de 2023, se pronunció sobre dos acciones de inconstitucionalidad promovidas por proveedores del Estado de bienes alimenticios agropecuarios contra los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 19.292, desestimando las acciones y declarando que dichas normas son constitucionales.

En primer lugar, la Corte sostuvo que la distinción realizada por la Ley N° 19.292 para los productores familiares por medio de las OH no es irracional ni arbitraria. Aplicando el “juicio de razonabilidad” (que según criterios de la propia SCJ en sus sentencias, incluye evaluar la causa de la distinción, su finalidad legítima y la relación medio-fin), entendió que la distinción a favor de las OH es razonable y está justificada por una causa legítima: fortalecer la seguridad alimentaria, obtener precios justos, promover la transparencia del mercado, desplazar a las multinacionales, mejorar los precios de adquisición de alimentos para el Estado y aumentar la diversificación de oferentes.

En ese sentido, afirmó que la reserva de mercado establecida por la ley es un medio razonable para alcanzar los fines mencionados, y no se restringe la actividad empresarial de las empresas proveedoras o comerciantes, sino que se limitan sus posibilidades de vender productos alimenticios agropecuarios al Estado.

En segundo lugar, la SCJ manifestó que la ley no viola el principio de igualdad al permitir la inclusión de sujetos no productores en las OH, ya que la mayoría de los miembros deben ser productores familiares.

Sin embargo, lo cierto es que de la lectura de las sentencias surge que la SCJ no explicó por qué llegó a tales conclusiones, ni se pronunció sobre las situaciones fácticas alegadas por los promotores, habiéndose probado varias situaciones irregulares. Empleando fundamentos jurídicos y conceptuales similares a los accionantes, arribó a la conclusión contraria, sin explicitar adecuadamente la ponderación que hizo mediante la aplicación del “juicio de razonabilidad”.

## 2.6 Nuestra posición sobre la constitucionalidad de la Ley N° 19.292

Para analizar la constitucionalidad de los arts. 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 19.292, a continuación se desarrollarán los fundamentos que postulan, a nuestro criterio, la contravención de normas y principios constitucionales, a saber: a) se viola el principio de igualdad (arts. 8 y 72 de la Constitución); b) se vulnera el derecho a la libertad de trabajo, industria y comercio (art. 7, 36 y 72 de la Constitución); y c) se contraviene el derecho a la seguridad jurídica (arts. 7 y 72 de la Constitución).

Es de precisar que, como se verá, no es que una reserva de mercado para fomentar determinada actividad económica, como la producción agropecuaria familiar, sea de

por sí ilegítima o inconstitucional. Es más, en general se da lo contrario: son conforme a la ley y la constitución, y, además, resultan convenientes. En nuestro país contamos con diversos mecanismos (como ya hemos referido), entre ellos, de reserva de mercado para ciertas contrataciones públicas, y que resultan absolutamente legítimos y pertinentes.

No se trata de una postulación negativa conceptual, sino de cómo ha sido diseñado o regulado el régimen de la reserva de mercado para las Organizaciones Habilitadas, lo que no sólo vulnera preceptos constitucionales (punto que puede ser discutible a pesar de los argumentos que se desarrollarán a continuación), sino que su aplicación en la práctica ha dado y seguirá dando lugar a irregularidades, por su complejidad y falta de certezas.

### 2.6.1 Valoración desde el principio de igualdad

Se ha precisado y sostenido en forma invariada por la Suprema Corte de Justicia que “El principio consagrado en el art. 8 la *Lex Fundamental* importa la prohibición de imponer por vía legal, un tratamiento discriminatorio, es decir, un tratamiento desigual entre aquéllos que son iguales, pero no la de adoptar, por vía legislativa, soluciones diferentes para situaciones o personas que se encuentran a su vez en posición diferente” (Sentencia de la SCJ N° 5120/2013 de 7 de noviembre de 2013).

En ese sentido, desde la doctrina más recogida por la jurisprudencia de SCJ, se ha explicado que “esta diferenciación puede ser admitida siempre que cumpla con algunos requisitos específicos” (Risso Ferrand, 2006, p. 504 y ss.).

La SCJ ha dicho: “Este autor [Risso] distingue dentro de lo que se denomina ‘el juicio de razonabilidad’, como parámetro valorativo de las causas de distinción en clases o grupos efectuada por el legislador, otros niveles. Así, expresa que existen hipótesis en las que no surge de la Constitución, en forma explícita o implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos, la razonabilidad de una determinada disposición legal se establece tomando en cuenta si ella plasma arbitrariedad o capricho y si resulta contraria a lo dispuesto por la Constitución.” (Sentencia de la SCJ N° 87/2020 de 3 de abril de 2020).

Al juicio de razonabilidad se adiciona, con carácter esencial para el análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición, a la luz del principio de igualdad, el reclamo de que exista una finalidad consagrada por la norma que en concreto se analice. Ello se enmarca en un concepto que se suele denominar racionalidad, implicando que exista una relación positiva entre los medios utilizados y los fines perseguidos en la norma cuya constitucionalidad se analiza (Sentencia de la SCJ N° 123/2018).

Se ha exigido que “esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.” (Sentencia de la SCJ N° 513/2021 de 26 de octubre de 2021).

Para determinar si la distinción efectuada por el legislador responde a un criterio aceptable, de acuerdo con el principio referido “será menester analizar la razonabilidad de la causa de la distinción, la finalidad perseguida con dicha distinción y los medios empleados para alcanzar dicho fin (Risso, M., Derecho Constitucional, Tomo I, FCU, Montevideo, pp. 471/476)”. (así: Sentencia de la SCJ N° 513/2021 de 26 de octubre de 2021).

En este tema en particular, los arts. 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 19.292 que consagran una reserva mínima de mercado del 30% para las compras centralizadas y del 100% para las no centralizadas, de bienes alimenticios provenientes de Organizaciones Habilitadas, imponiendo la obligación expresa a todas las Administraciones públicas estatales a que apliquen dicha reserva en todas sus contrataciones y adquisiciones, parecen vulnerar el principio de igualdad consagrado en los artículos 8 y 72 de la Constitución, por traducirse en una manifiesta desproporción entre el medio empleado y la finalidad perseguida, superando los límites de razonabilidad, en los términos que la SCJ ha empleado, siguiendo la posición de Risso.

De la exposición de motivos remitida con el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo al Parlamento (Carpeta 1603/2014, Distribuido 2921/2014, de 7 de octubre de 2014), surge que los objetivos perseguidos por la norma fueron los siguientes: a) Fortalecer la seguridad alimentaria y nutricional del país; b) Obtener precios justos para los productores familiares; c) Promover la transparencia del mercado agroalimentario; d) Lograr el desplazamiento de las empresas multinacionales agroalimentarias; e) Mejorar los precios de adquisición de alimentos para el Estado eliminando a los intermediarios y acortando los circuitos del transporte; y f) Aumentar la diversificación de los oferentes.

Estas finalidades fueron enfatizadas en el informe de la Comisión Especial de Población y Desarrollo Social de la Cámara de Representantes, para justificar la importancia del proyecto de ley en estudio a partir de sus objetivos (pág. 17). Sin embargo, de la información relevada (Agencia Reguladora de Compras Estatales. (2020, julio 17). Informe emitido a raíz de un pedido de acceso a información pública.) surge que los objetivos no estarían cumpliéndose y que los supuestos de hecho considerados no fueron correctos, especialmente, en cuanto hace a la constitucionalidad de la norma, el medio empleado por la misma parece estar alejado de la razonabilidad y proporcionalidad adecuada.

El fomento y la protección de la producción familiar agropecuaria fue el motivo que parece justificar las medidas adoptadas para lograr las finalidades perseguidas, y que es además declarada por el art. 1° de la Ley N° 19.292 como de interés general (Chiappe, Oyhantcabal, Pizzolon, & Rodríguez, 2015).<sup>5</sup>

En cuanto a los medios empleados por los arts. 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 19.292, surge una desproporción de los mismos y su irracionalidad, al crear una reserva de mercado (art. 2) “del 100%” en el caso de las compras no centralizadas, y del 30% “como mínimo” para las compras centralizadas (art. 3), para todas las Administraciones Públicas Estatales en todas sus contrataciones y adquisiciones (art. 4) en favor de organizaciones que no se componen exclusivamente por productores familiares agropecuarios (art. 5).

#### a. Consideraciones sobre la reserva total de las compras no centralizadas

Toda reserva de mercado determinada en favor de un grupo de personas, cuando es total, implica la exclusión de los restantes. Y ello es lo que ocurre con la reserva del mercado para la adquisición de productos alimenticios agropecuarios por parte del Estado en el caso de las compras no centralizadas, es decir, de aquellas cuyo procedimiento de

5 Chiappe, Oyhantcabal, Pizzolon, y Rodríguez, (2015) entienden que las compras públicas se emplean como una herramienta clave para el desarrollo económico, facilitando un modelo de crecimiento basado en el trabajo nacional, y que dicho enfoque promueve el fortalecimiento de cadenas productivas con tecnologías adecuadas, estimula la repoblación de zonas rurales, apoya una distribución más equitativa de la riqueza, diversifica la matriz productiva y contribuye a reducir las desigualdades sociales.



compra es llevado a cabo desde la Unidad Ejecutora a la cual se le imputará el gasto, por medio del ordenador competente (arts. 3 y 4 de la ley 19.292).

No cabe ninguna duda, porque así lo dispone expresamente la norma legal (sin lugar a más de una interpretación desde su tenor literal), de que, para las compras no centralizadas, la reserva del mercado para las OH es total, con la consecuente exclusión de los demás proveedores, lo que parece ser una desproporción entre los medios empleados por las normas legales y los fines perseguidos, produciéndose incluso, el efecto contrario. Es que no parece ser necesaria ni adecuada una reserva como la que se estableció.

Se trata de una reserva para toda la adquisición de frutas y verduras por parte del Estado en sentido amplio, pues rige para la persona pública mayor y para todas las personas públicas estatales menores existentes en nuestro ordenamiento, conforme lo dispone el art. 4 de la ley 19.292, el cual termina refiriéndose en general “a todas las administraciones públicas estatales”.

Una reserva del 100% de las compras estatales no centralizadas, por más que sea instrumentada por una ley formal que declara de interés general la producción familiar agropecuaria y la pesca artesanal (para legitimar la limitación excepcional a los principios y reglas de la libre competencia así como a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como la igualdad y la libertad de trabajo y empresa), resulta contraria a los fines perseguidos por la norma, de “mejorar los precios de adquisición de alimentos para el Estado” y “aumentar la diversificación de los oferentes”, y no justifica razonablemente la limitación de ciertos derechos fundamentales.

Desde el punto de vista del manejo de los fondos públicos, las compras no centralizadas llevadas a cabo por las Administraciones públicas con Organizaciones Habilitadas a raíz de la reserva del 100% del mercado, significaron un aumento de los precios para abastecer de alimentos a las distintas dependencias (hospitales, colonias de rehabilitación, cárceles, personal policial, personal militar, entre otros), verificándose adjudicaciones a ofertas que cotizaban precios que han duplicado el de las ofertas más baratas, pero que por no ser de una OH, no se les puede adjudicar por imperio de la reserva legal del mercado en cuestión.

Desde el punto de vista de la concurrencia de oferentes, la misma francamente desapareció, puesto que desde que se celebraron las primeras contrataciones al amparo de dicho régimen, siempre se ha contratado con las mismas OH, a pesar de no contar con las habilitaciones correspondientes durante los primeros años y de ofrecer precios sustancialmente más caros que los ofrecidos por otros productores o proveedores (Agencia Reguladora de Compras Estatales. (2020, julio 17). Informe emitido a raíz de un pedido de acceso a información pública).

Dicha realidad, constatada desde que se comenzó a aplicar el régimen a partir de los expedientes licitatorios y resoluciones de adjudicación publicados en la página web de Compras Estatales de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), también resulta evidente en el plano conceptual, ya que, por definición, una reserva de mercado, aun con un tope máximo de cotización, provoca inevitablemente que exista menos oferta, con el aumento de precios consecuente.

En suma, resulta evidente que una reserva de mercado como la que se estableció para las compras no centralizadas, del 100%, no sólo resulta inadecuada e irracional,

sino que lleva inevitablemente a lograr el efecto contrario a la finalidad perseguida por la norma legal.

Más allá de todos los procedimientos de contratación en los cuales los productores que no integran una OH o proveedores han quedado afuera por aplicación de la reserva del mercado en cuestión, perdiendo la fuente de ingreso, es de destacar algunas de las situaciones que se han dado algunos procedimientos de contratación relevados.

Así, a vía de ejemplo, en la Licitación Abreviada N° 13/2021 convocada por el Comandante en Jefe de la Armada Nacional del Ministerio de Defensa Nacional, se adjudicó a una OH a precios que llegaron a superar por 4 veces el monto de las ofertas más baratas, en un caso donde ni siquiera se tomaron en cuenta los topes máximos establecidos como excepción para la aplicación de la reserva del mercado.

En los llamados a Compra Directa por Excepción del Centro de Rehabilitación Médico Ocupacional y Sicosocial de ASSE N° 12/2022, 9/2021, 28/2021, 29/2021, 99/2021, 19/2020, 23/2020, 26/2020 (por citar algunas), sucedió que se adjudicaron todos los ítems a la misma OH que se presentó en todos los llamados, menos aquellos ítems cuya cotización superó el 40% de los precios del boletín de DIGEGRA. Así, hubo llamados en los cuales se le adjudicó un solo ítem o dos a otros proveedores o productores, porque en dichos ítems la OH superó el precio límite para la aplicación de la reserva, debiendo estos afectar recursos, vehículos y personal para entregar uno o dos ítems, asumiendo pérdidas.

En la Licitación Abreviada N° 15/2022 para la “Adquisición de frutas y verduras” convocado por el Servicio Central de Inclusión y Bienestar Universitario de la UDELAR, la Comisión Asesora entendió que debía dejar sin efecto el llamado porque en el pliego se estableció que la adjudicación se realizaría a un único proveedor, y al presentarse una OH esta cotizó algunos ítems por encima del 40% de los precios publicados en el boletín de DIGEGRA, haciendo inaplicable para dichos ítems la reserva del mercado, lo que implica dividir el objeto de la licitación, sosteniendo que ello era jurídicamente imposible en dicho llamado. Por tanto, ni siquiera se dejó espacio al fraccionamiento de la adjudicación.

La aplicación de la reserva de mercado del 100% para las compras no centralizadas ha llevado a situaciones controversiales, perjudicando no sólo a los productores o proveedores de frutas y verduras en general (que no integran una OH), sino a los organismos públicos que deben adquirir víveres frescos, incurriéndose en desigualdades que derivan de la propia ley.

#### b. Consideraciones sobre la reserva mínima de las compras centralizadas

En el caso de las compras centralizadas, es decir, de aquellas que se realizan en forma unificada a través de un organismo que lleva a cabo el procedimiento de compra por cuenta y orden de las Unidades Ejecutoras, como es el caso de la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA), aunque la redacción de la norma es distinta, el resultado de su aplicación es el mismo, en la medida que la norma establece un mínimo del 30%, pero no un máximo, por lo que la Administración queda habilitada a llegar al 100%, también en estos casos, arribándose a las mismas situaciones.

La discrecionalidad de la Administración para decidir sobre la reserva total de las compras centralizadas es sustantiva, ya que no existe ningún criterio o parámetro objetivo en el cual basarse.

La UCA desde hace más de 5 años que prácticamente no realiza llamados para la adquisición de frutas y verduras, salvo por algunas excepciones. Prácticamente la totalidad de las adquisiciones de frutas y verduras son llevadas a cabo por llamados convocados por las propias Unidades Ejecutoras, lo que determina que prácticamente, por la vía de los hechos, los productores o proveedores que no integran una OH tampoco tienen la posibilidad de competir en las compras centralizadas, porque no hay.

Conforme surge de informes de la UCA (oficio N° 848/2022 incorporado al expediente de la SCJ identificado con el IUE 1-180/2022), esta no hizo llamados para comprar frutas y verduras en los años 2022 y 2021 y en los años 2020, 2019, 2017, 2016 y 2015 tan sólo hizo una compra directa por excepción, y en el año 2018 no hizo ninguna.

Ello determina que prácticamente todas las adquisiciones de frutas y verduras sean realizadas dentro del ámbito de las compras no centralizadas, donde rige la reserva del 100% del mercado.

En suma, también resulta irracional y desproporcionada la reserva mínima establecida para las compras centralizadas, por ausencia de un límite objetivo, pudiendo arribarse en todos los casos a la aplicación de una reserva del 100% del mercado en cuestión.

### c. Sobre la integración de las OH

El art. 5° de la citada Ley N° 19.292 determina cómo deben ser integradas las Organizaciones Habilitadas, permitiendo que sujetos que no sean productores agropecuarios sean miembros integrantes de la misma, y que, por tanto, sin ser productores, se vean beneficiados por la reserva mínima de mercado.

La norma citada sólo exige que 5 de sus miembros sean productores agropecuarios, y que al menos el 70 % de esos miembros sean productores familiares, es decir, al menos 4.

De esa manera, no existe un límite para el porcentaje de participación de sujetos que no sean productores, pudiendo representar estos la amplia mayoría de la integración asociativa. Puede darse una OH con 5 productores y 10 sujetos que no lo sean, y aun así estar inscriptos y amparados bajo la reserva legal del mercado en cuestión, en donde quienes no son productores, operan dentro del mismo giro de actividad que cualquier otro proveedor o productor de alimentos agropecuarios.

Las disposiciones legales analizadas benefician con la reserva de mercado a personas ajenas a la actividad que fue objeto de la declaración de interés general del art. 1, lo cual no sólo carece de justificación lógica que permita ponderar positivamente la limitación de nuestro derecho a tener el mismo trato sino que acentúa la discriminación, convirtiendo una situación que debe ser de excepción en la regla, lo que configura a nuestro entender una violación del principio de igualdad aparejando la inconstitucionalidad del art. 5°.

La Corte ha sostenido: “Al analizar la regularidad constitucional de una norma presuntamente violatoria del derecho de igualdad: ‘es necesario, en primer lugar, que todos los miembros de la clase sean alcanzados igualmente por la Ley que para la clase se dicte (...) Pero, además, es necesario que cuando la Ley define un grupo de personas



para hacerla objeto de una legislación especial, la constitución de ese grupo sea razonable y no arbitraria (...) Naturalmente, la razonabilidad de la formación de los grupos o clases no puede ser juzgada independientemente del objeto mismo perseguido por la Ley' (Cf. Jiménez de Aréchaga, J., "La Constitución Nacional", Tomo I, Edición de la Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, pp. 367 y 368). Como enseña Risso Ferrand, el principio aludido: (...) no impide una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida siempre que cumpla con algunos requisitos específicos (Risso Ferrand, M., "Derecho Constitucional", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pp. 504 y ss.)." (Sentencia de la SCJ N° 1.449/2019 de 23 de diciembre de 2019).

El grupo de personas para el cual se quiso legislar (productores familiares agropecuarios), no se condice con la figura creada en la propia ley (la Organización Habilitada), ya que dependiendo de si integran o no la misma, podrán verse beneficiados, por ese mismo mecanismo, otros sujetos distintos, como ser, proveedores, comerciantes mayoristas o minoristas, etc.

No resulta razonable que existan o puedan existir personas físicas o jurídicas, que no sean productores familiares agropecuarios, que se vean beneficiados por la reserva de mercado como si lo fueran, con exclusión de todos los demás productores en condiciones de ofrecer mejores condiciones a las Administraciones públicas requirentes. Ello además de ilógico implica que se desvirtúe la finalidad perseguida, desnaturalizándose la producción familiar agropecuaria que fue declarada como de interés general, cuyo fomento se procura.

#### d. Los controles previstos en el régimen de reserva en favor de la OH

En lo que respecta a la transparencia que debiera tener todo sistema de excepción, en este caso, se advierte que durante los primeros años de entrada en vigencia del régimen no se han empleado los mecanismos establecidos en la propia ley, los cuales de por sí son inidóneos para realizar un efectivo control.

El art. 9 de la N° 19.292 estableció que cada seis meses los organismos estatales debían informar a la entonces Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (actualmente Agencia Reguladora de Compras Estatales - ARCE) el detalle de las compras realizadas al amparo de dicho régimen de reserva de mercado, especificando el monto global de compras de los alimentos y el monto adquirido, identificando las Organizaciones Habilitadas.

Sin embargo, como apartamiento de la debida transparencia implícita en el art. 72 de la Constitución, se debe precisar que a la fecha en que se emitió el informe de la ARCE (a raíz de un pedido de acceso a información pública), 17 de julio de 2020, ningún organismo había remitido informes desde que la ley entró en vigencia (hacia 5 años) (Informe de ARCE sobre la solicitud de acceso a la información pública, mayo de 2020).

El art. 9 del Decreto reglamentario N° 86/2015 de 27 de febrero de 2015, ordenó a la ARCE a enviar un reporte semestral al Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y al Ministerio de Desarrollo Social, identificando productos, montos, cantidades, proveedores y números de RUT así como los incumplimientos de las Organizaciones Habilitadas que accedieran al régimen de compras estatales por medio de la Ley N° 19.292.

Lamentablemente hasta aquel entonces tampoco se recabó un informe semestral desde que dicho Decreto fue dictado, al menos hasta julio de 2020 (Informe de ARCE sobre la solicitud de acceso a la información pública, mayo de 2020).

En cuanto a la seguridad alimentaria, tampoco se ha respetado la igualdad ya que lo que se exige a otros proveedores o productores agropecuarios no se le requirió a las OH ya que durante los primeros 3 años desde que la ley entró en vigencia, muchas de las OH con las cuales se estuvo contratando desde el año 2015, no contaban con las habilitaciones bromatológicas correspondientes de las Intendencias, ni con la autorización para el transporte del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP), siendo que todas ellas incluyen en su facturación el servicio del flete y transporte (respuestas a pedido de acceso a información pública ante el MTOP y las Intendencias de Montevideo y Canelones).

#### e. Conclusión del Análisis de la Ley desde el Principio de Igualdad

La reserva de mercado establecida en favor de las OH, creadas como instrumento (subjeto) para intentar beneficiar a los productores familiares agropecuarios, parece exceder los límites que impone el principio de razonabilidad, obteniéndose como resultado de su aplicación efectos contrarios a la finalidad perseguida por la norma, en atención a la irracionalidad del medio empleado: una reserva total del mercado de compras estatales para adquirir productos agropecuarios, en favor de organizaciones que pueden ser integradas por personas que no sean productores familiares agropecuarios.

#### 2.6.2 Valoración desde la libertad de trabajo, industria y comercio

Respecto al derecho a la libertad de trabajo, industria y comercio reconocidos en el art. 36 de la Constitución, así como la garantía de su protección consagrada en los arts. 7 y 72 de la misma Carta, se ha dicho con precisión que, es legítima su limitación siempre y cuando se dé el doble supuesto de que sea establecida por una ley y que la misma responda a razones de interés general (sentencia de la SCJ N° 87/2020 de 3 de abril de 2020).

En relación a las condiciones para la restricción de derechos fundamentales, ha señalado la Corte “que la cláusula prevista en el art. 7 de la Carta (y lo mismo puede señalarse respecto a la prevista en el art. 36) es lo que estudios especializados han llamado “cláusulas restrictivas”, en la medida en que, sin llegar a limitar un derecho constitucional por sí mismas, facultan al legislador a hacerlo (Casal Hernández, J. M., “Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 3, Montevideo, 2002, pp. 115/116)” (sentencia de la SCJ N° 1.324/2019 de 5 de setiembre de 2019).

En dicha sentencia, citando al mismo autor, se explica que “cuando el art. 7 refiere a la garantía sustancial más frecuente (la existencia de “razones de interés general”), hasta con el uso de la expresión “razones”, demuestra que las leyes que limiten derechos humanos deben ser conformes a la razón, razonables, y esa razonabilidad se orienta hacia la noción de interés general como garantía de los derechos humanos; por lo tanto, si no existe esa razonabilidad, esa ley será inconstitucional (ob. cit., pp. 134/136)”. (sentencia de la SCJ N° 1.324/2019 de 5 de setiembre de 2019).

Concretamente sobre la libertad de trabajo, industria y comercio, Cassinelli Muñoz explicó que “Por ejemplo si se dicta una ley estableciendo que nadie podrá “firmar balances, a los efectos de su presentación ante las oficinas “impositivas si no tiene el título de Contador. Esta ley será “constitucionalmente legítima o inconstitucional, según que existan o “no razones de interés general que funden esa disposición; si la “decisión se tomara para favorecer al gremio de contadores ( en un “momento en que estuvieran medio desocupados) sería “inconstitucional, en cambio si se toma la decisión porque de esa “manera se evita que el balance este mal hecho y haya “complicación y pérdidas de tiempo en las oficinas, entonces es una “razón de interés general y la ley sería constitucionalmente legítima” (Cassinelli Muñoz, 1999, p. 111).

En el régimen que estamos analizando, lo cierto es que los arts. 2, 3, 4 y 5 de la ley N° 19.292 limitan el derecho de libertad de trabajo, industria y comercio de los de quienes no integran una OH, beneficiando a un grupo de personas mediante herramientas o mecanismos que no parecen razonables ni adecuados a la luz del interés general en el cual la ley se funda.

No resulta razonable ni necesario limitar el trabajo y la actividad lícita de otros productores agropecuarios o proveedores de frutas y hortalizas del Estado, o de cualquier comerciante que quiera vender productos agropecuarios a los organismos públicos estatales, para favorecer la actividad de las OH.

La ley en su artículo 1° declara de interés general “la producción familiar agropecuaria y la pesca artesanal”, lo cual no implica que dicha producción pueda ser comercializada por proveedores o intermediarios, quienes adquieren sus productos, y que puedan concurrir en igualdad de condiciones a los llamados convocados por las distintas reparticiones del Estado para que este adquiera productos agropecuarios.

No parece razonable establecer una reserva de mercado (que, por definición, es una limitación de la libertad de comercio e industria) a través de la creación de figuras (Organizaciones Habilitadas) que admiten, sin ninguna limitación, la participación de personas que no sean productores familiares agropecuarios, pudiendo una OH estar conformada por más comerciantes o simples productores, que por productores familiares agropecuarios.

Si los sujetos que se ven beneficiados por la ley (cualquier comerciante o productor que se pretenda acoger bajo la figura de la OH) no coincide con el grupo de personas que fue delimitado y respecto del cual su actividad se pretende fomentar (por ser su actividad una cuestión de interés general), el régimen regulado carece de una proporcionalidad adecuada.

En este caso se asiste a nuestro entender a una restricción de los derechos fundamentales que se ha traducido en la limitación de la libertad de trabajo, industria y comercio, excediendo la finalidad declarada por la norma, de querer fomentar la actividad de los productores familiares agropecuarios.

En suma, los mecanismos establecidos por las normas legales bajo análisis no se orientan hacia el interés general que se pretendió tutelar, y se traducen en una limitación desproporcionada a los derechos de libertad de trabajo, industria y comercio.

### 2.6.3 Valoración desde la seguridad jurídica

Nuestra Constitución reconoce en su art. 7° el derecho de todos a ser protegidos en el goce de la seguridad en sus distintas manifestaciones, una de las cuales es la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica contiene un componente objetivo que alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento (Castillo Blanco, 2002, p. 33), no sólo en las relaciones jurídicas entre particulares sino especialmente en las relaciones entre el ciudadano y la Administración y aún frente al legislador (Bacigalupo Sagesse, 2002, pp. 105 y ss.).

Además del componente objetivo (fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia), y tiene un componente subjetivo al comprender también la confianza puesta por la persona en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo (Coviello, 2004, p. 293 y ss.; también en VII Jornadas Internacionales, p. 295 y ss.)

No toda falta de claridad o previsibilidad deriva en una inconstitucionalidad por afectar la seguridad jurídica. Solo cuando, dentro del marco jurídico aplicable y considerando las reglas de interpretación aceptadas, el contenido u omisiones de una norma generen una confusión o incertidumbre tal que sus destinatarios no puedan razonablemente discernir la conducta requerida para su cumplimiento o prever sus efectos, podría considerarse que la norma vulnera el principio de seguridad jurídica.

El grado de incertidumbre que los arts. 2, 3, 4 y 5 de la ley N° 19.292 generan a los productores y proveedores que no integran una OH, resulta irracional y, por tanto, violatorio de su derecho a la seguridad jurídica.

En el caso de las compras no centralizadas (donde la reserva es del 100%) cuando los proveedores o productores agropecuarios toman conocimiento de la publicación de un llamado se ven imposibilitados de saber si alguna de las OH se va a presentar al procedimiento correspondiente como oferente.

Por cómo está regulada la reserva del mercado en cuestión, establecida en favor de las OH, de presentarse una de ellas en el mismo procedimiento competitivo que cualquier productor agropecuario o proveedor de frutas y verduras, por imperio de la ley quedan fuera del procedimiento, sin posibilidad de competir.

Aunque se sepa que se trata de una licitación pública, licitación abreviada, concurso de precios, compra directa por excepción, o cualquier otro mecanismo (competitivo o no) previsto legalmente para la contratación pública, un productor o proveedor interesado en presentarse como oferente no puede saber si efectivamente va a poder competir en concurrencia con los demás oferentes que se presenten, puesto que si se presenta una OH, la reserva que tienen ellas es total, siempre y cuando no coticen por fuera de los límites establecidos como excepción para la aplicación del régimen.

Entonces, los proveedores o productores que no integran una OH pueden estar durante meses elaborando ofertas, afectando recursos e incurriendo en gastos de preparación, con la incertidumbre de no saber si van a poder competir o si van a quedar fuera de plano.

En el caso de las compras centralizadas la inseguridad es mayor, porque se habilita a que cada Administración establezca el porcentaje de la reserva que le parezca pertinente,

siempre y cuando se respete el mínimo del 30%, pudiendo llegarse, si la Administración así lo quisiera, a determinar una reserva del 100%, al igual que en las compras no centralizadas.

La indefinición o incertidumbre se da por varios aspectos:

- a) No se sabe si en un procedimiento competitivo habrá competencia entre los oferentes. Las normas objeto de esta acción llevan a la situación de que, si una OH se presenta cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y sin superar los límites establecidos para la aplicación del régimen, ni siquiera debería realizarse el examen de admisibilidad de las restantes ofertas, y menos aún, el examen de conveniencia, como ocurre en las compras no centralizadas.
- b) No se sabe cuál será el porcentaje de la reserva del mercado, el cual podrá variar, dependiendo de lo que la Administración disponga, entre el 30% y el 100%. No hay una sola disposición en la ley que establezca los elementos a considerar para determinar el porcentaje y tampoco ello se delegó (lo cual también sería inconstitucional) en el Poder Ejecutivo por vía de la reglamentación.
- c) Pero, además, tampoco se sabe en base a qué parámetros determinar el porcentaje. La norma (art. 3 de la ley 19.292) refiere a una “reserva de mercado” pero no delimita el mercado al que se refiere ni establece en base a qué delimitar el porcentaje que establece como mínimo (del 30%). De la definición de bien alimenticio (inc. 3° del art. 3), de la determinación del alcance de las disposiciones de la ley (art. 4) y de la creación de las OH (art. 5), es posible inferir que se regula una reserva del mercado de todas las compras estatales para adquirir productos agropecuarios provenientes de productores familiares agropecuarios.

35

Cuando se refiere a un mínimo del 30% del mercado, ¿debería hacerse una valoración de todas las compras estatales realizadas para establecer el 100 o sólo debería tomarse en cuenta el objeto del llamado en el cual se pretende aplicar la norma? Ante el primer supuesto, ¿cómo sería posible controlar si se está respetando el porcentaje establecido si son diversos ordenadores quienes llevan adelante los gastos?

En el caso de las compras no centralizadas no aparece el problema de la base para determinar el mercado porque se debe aplicar en todos los casos, pero en las no centralizadas la incertidumbre apuntada es ineludible.

La inseguridad jurídica también se genera para todas las Administraciones públicas estatales, quienes se ven ante la problemática de que, dependiendo de si se presenta una OH habrá concurrencia de oferentes o no, y si corresponde hacer el examen de admisibilidad respecto de los demás oferentes o no.

Ello sumado a la inconveniencia de tener que adjudicar el llamado a una oferta que no resulta ser la más conveniente, pudiendo ser, incluso la menos conveniente de las ofertas presentadas.

Un caso reciente es la Licitación Abreviada N° 15/2022 para la “Adquisición de frutas y verduras” convocado por el Servicio Central de Inclusión y Bienestar Universitario de la UDELAR, en la cual el pliego de condiciones particulares aprobado estableció que se debía adjudicar a un único oferente y se presentó una OH cotizando algunos ítems por encima del 40% del boletín de DIGEGR, encontrándose ante una incompatibilidad



jurídica: debe respetar la reserva de mercado y adjudicar a la OH que se presentó, pero no respecto a los ítems en donde cotizó por encima del límite establecido como excepción al régimen, en un caso en donde no es posible jurídicamente fraccionar el objeto.

En suma, las incertidumbres generadas por las normas analizadas no resultan lógicas, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica, que la constitución no sólo reconoce, sino que garantiza.

### 3. Incidencia de la creación de la UAM y de las normas de ordenamiento territorial en Montevideo

La Unidad Agroalimentaria Metropolitana (UAM) fue creada como persona de derecho público no estatal por la ley N° 18.832 del 28 de octubre de 2011 (parcialmente modificada por la ley N° 19.720 el 21 de diciembre de 2018) con la finalidad de facilitar y desarrollar el comercio y la distribución de alimentos provenientes de la actividad agropecuaria a nivel nacional y departamental, administrando al efecto los predios que determine el Gobierno Departamental de Montevideo (arts. 1° a 3°).<sup>6</sup>

Desde el punto de vista organizativo, la UAM está dirigida por un Directorio y una Mesa Ejecutiva (art. 4° de la ley de creación).

En cuanto a su competencia, el art. 2° de la ley N° 18.832 sustituido por el art. 2° de la ley N° 19.720 estableció como cometidos de la UAM, entre otros, los siguientes: i) crear y mantener las condiciones jurídicas y físicas de infraestructura, equipamientos y servicios, para facilitar y desarrollar el comercio, la distribución de alimentos y las actividades vinculadas a nivel mayorista; ii) promover la eficiencia de la cadena de acopio, distribución y logística para dichos productos; iii) contemplar los objetivos sociales de garantía de calidad y seguridad alimentaria; iv) controlar la calidad higiénico sanitaria de los alimentos que en ella se comercialicen; v) promover el desarrollo de actividades vinculadas a la producción de alimentos que generen sinergias positivas, agregación de valor, economía de escala, menores costos de transacción y economías logísticas, así como procurar la más amplia coordinación entre los Gobiernos Departamentales que coadyuve a tales objetivos; vi) propiciar acciones para facilitar la inclusión de pequeños productores rurales y de productores familiares agropecuarios en la infraestructura de comercialización mayorista, así como fomentar su asociación.

Asimismo, al regular el régimen de transición desde el régimen del Mercado Modelo de la Intendencia de Montevideo al de la UAM, se le encargó a esta asumir las competencias de la Comisión Administradora del Mercado Modelo (CAMM) cuando cesara en sus actividades (art. 16).

Pero para operar durante el período de transición se creó el Directorio de Transición de la UAM con las mismas competencias y atribuciones que las definidas en los artículos 2° y 3° de la ley para el Directorio definitivo. Desde la entrada en vigencia de la ley hasta

6 La ley N° 19.720 de 21 de diciembre de 2018 cambió su denominación (antes era Unidad Agroalimentaria de Montevideo) y modificó su régimen de organización y funcionamiento. Posteriormente, los arts. 285 a 289 de la ley N° 19.924 de 18 de diciembre de 2020 introdujeron nuevas modificaciones desde el punto de vista orgánico y de funcionamiento. (Delpiazzo, 2022, p. 213).

el cese de actividades del Mercado Modelo, el Directorio de Transición debió coordinar con la Comisión Administradora del Mercado Modelo.

Durante un período considerable, el Mercado Modelo brindó servicios a la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA) de inspección y control de calidad sobre los productores y proveedores del Estado de frutas y verduras que participaban, en el marco de convenios celebrados entre dichas instituciones.

La UCA fue creada por el art. 163 de la Ley N° 18.172 de fecha 31 de agosto de 2007, como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo (PE), dentro del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), incorporando dentro de dicho órgano lo que antes había sido la UCAA y UCAMAE, con los cometidos de adquirir alimentos, servicios de alimentación, medicamentos y afines, por cuenta y orden de los usuarios del sistema (diversas Unidades Ejecutoras de la Administración Central), con la finalidad de posibilitar el aprovisionamiento necesario para el normal cumplimiento de sus actividades, por medio de procedimientos especiales de contratación como el que se estableció para la adquisición de alimentos por medio del Decreto N° 129/003 de 8 de abril de 2003, al amparo del artículo 34 del TOCAF.

Por Ley N° 18.465 de fecha 17 de febrero de 2009 se ampliaron dichas competencias, para realizar la importación y adquisición de alimentos por cuenta y orden de personas jurídicas de derecho privado.

### 3.1 Los convenios celebrados oportunamente entre la UCA y la CAMM

Con fecha 30 de enero de 2019, la UCA firmó el último convenio con la CAMM con el objetivo de efectuar el control de calidad por parte de la CAMM sobre los productores y proveedores a los efectos de garantizar la calidad del abastecimiento de frutas, hortalizas y huevos en los llamados realizados por la UCA, para abastecer a las dependencias del Estado (al igual que los convenios celebrados con anterioridad).

En efecto, el Reglamento de Funcionamiento del Mercado Modelo, aprobado por Resolución del Intendente N° 3562/2017, de 14 de agosto de 2017, estableció en su art. 3° que “el Mercado Modelo es propiedad de la Intendencia de Montevideo y tiene como fin principal proporcionar la infraestructura y los servicios necesarios para la centralización del desarrollo de la actividad mayorista con frutas y hortalizas.”

Conforme al art. 12 de dicho Reglamento, entre los cometidos del Directorio de la CAMM se estableció el de proponer a la Intendencia las tarifas correspondientes, “ya sea por la ocupación de espacios, como por la prestación de servicios que surjan del análisis y nivelación del presupuesto con los objetivos del Mercado Modelo” y definir “los lineamientos para mantener y mejorar los bienes, servicios e instalaciones” del Mercado Modelo.

A su vez, el art. 45 del mismo cuerpo normativo estableció que los operadores “abonarán por el uso del espacio y por la prestación de servicios las tarifas que fije la IdeM a propuesta de la CAMM”.

En lo que respecta a la tarifa correspondiente a la zona de restricción, conforme a lo dispuesto por el art. 624.5 del Capítulo II (“Comisión Administradora del Mercado Modelo”) del Título VIII (“Departamento de Desarrollo Económico e Integración

Regional”) del Digesto Departamental, desde el pasado 1° de enero de 2017 existieron dos tarifas mensuales para las zonas de restricción: una “tarifa general” y una “tarifa diferencial”, aplicándose esta última exclusivamente a los operadores que se encuentren instalados en la Zona de Restricción y que utilicen además un espacio dentro del Mercado Modelo.

El costo por el servicio de certificación de calidad que debían abonar los productores o proveedores a la CAMM cuando resultaban adjudicatarios en los llamados a licitación llevados a cabo por la UCA era del 2%.

### 3.2 El régimen de transición: zonas de restricción y de exclusión

El Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624, de 2 de julio de 2015, promulgado por Resolución del Intendente N° 3212/2015, de 8 de julio de 2015, delimitó y distinguió la zona de exclusión del Mercado Modelo de la Zona de Restricción para el Mercado Modelo, estableciendo dos regímenes distintos en cada una de ellas.

La zona de restricción para el Mercado Modelo se delimitó por las siguientes vías de tránsito: Av. Gral. Flores desde su cruce con Bvr. Gral. Artigas, Ing. José Serrato, Av. 8 de Octubre y Bvr. Gral. Artigas hasta su cruce con la Avda. Gral Flores. Mientras que la Zona de Exclusión del Mercado Modelo comprendió todo el Departamento de Montevideo a partir de la Zona de Restricción (literales a y b del art. 5).

El art. 1 del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624, de 2 de julio de 2015, estableció que “a partir de la fecha de desafectación del Mercado Modelo como mercado mayorista y de apertura de las naves del mercado mayorista de frutas y hortalizas del Parque Agroalimentario referido, no se permitirá, fuera de su recinto, la instalación ni el funcionamiento de comercios o establecimientos que operen con frutas y hortalizas en régimen mayorista.”

Así, se estableció un régimen de transición mientras no tuviera lugar la desafectación del Mercado Modelo y la puesta en operación del Parque Agroalimentario (art. 5 inc. 1°). Para dicho período de transición, se dispuso lo siguiente:

En la Zona de Restricción, pueden instalarse comercios o establecimientos siempre y cuando cumplan con las exigencias establecidas por el lit. c) del art. 5 del Decreto 35.624, a saber: (i) gestionar y obtener ante la Comisión Administradora del Mercado Modelo (CAMM), el permiso correspondiente; (ii) respetar y adecuar su funcionamiento horario a los que rijan en el Mercado Modelo; y (iii) abonar mensualmente un “Derecho de Zona de Restricción”.

Por el contrario, en la Zona de Exclusión, no pueden instalarse comercios o establecimientos mayoristas. En esta zona sólo se admiten algunas operaciones, en suelo rural productivo dentro de la capital, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas en el num. II del art. 2 del Decreto 35.624, debiendo pagar el impuesto a la edificación inapropiada que establece el artículo 11, literales e) y f), del Decreto de la Junta Departamental N° 26.836, de 14 de setiembre de 1995, en la redacción dada por el art. 18, del Decreto N° 32.265, de 30 de octubre de 2007.

No se estableció la posibilidad de brindar el servicio de control de calidad a proveedores ubicados fuera del Mercado Modelo y la Zona de Restricción, ni que estos pudieran presentarse a los llamados a licitación llevados a cabo por la UCA.



Por tal motivo, algunos de los productores y proveedores con asiento en el interior del país, debieron celebrar contratos de concesión de uso de un espacio en el Mercado Modelo para poder presentarse a los llamados realizados por la UCA. Precisamente, los oferentes debían estar sujetos al control de la CAMM, lo cual se desprendía de los convenios celebrados entre la UCA y la CAMM así como de los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares de los llamados a licitación confeccionados por la UCA.

### 3.3 El convenio firmado entre la UAM y la UCA: contenido y alcance

Con fecha 1 de abril de 2019, por Resolución del Intendente de Montevideo N° 1750/2019, se dispuso el cese de las actividades de la CAMM, pasando automáticamente la totalidad de sus competencias, cometidos y atribuciones, sin limitación alguna, al Directorio de Transición de la UAM, lo que incluyó también la cesión de los contratos de concesión de uso de los espacios que la CAMM había suscrito con los productores y proveedores (conforme a lo dispuesto por el lit. A del art. 16 de la ley N° 18.832 del 28 de octubre de 2011).

En dicho marco, con fecha 20 de enero de 2020, 10 días antes de que venciera el último convenio firmado entre la UCA y la CAMM, la UAM suscribió un convenio con la UCA por un plazo de 3 años a partir de la fecha en que la UAM comenzara con la realización del Control de Calidad establecido como objetivo específico del convenio.

Pues bien, a los efectos de determinar el costo por el servicio de certificación de calidad se incluyeron en el convenio referido distintos supuestos (lit. A de la cláusula tercera), a saber:

- a) para los productores o proveedores ubicados dentro del Mercado Modelo, Zona de Restricción (hasta que se lleve a cabo la mudanza) o Parque Agroalimentario, se estableció que el importe será del 3% del valor que se le haya adjudicado por parte de la UCA;
- b) para los productores o proveedores ubicados en suelo rural dentro del Departamento de Montevideo que opten por recibir la inspección en sus centros de acopio ubicado dentro de la zona metropolitana, el importe se estableció en el 6% del valor que se adjudique por la UCA;
- c) para los proveedores ubicados fuera del Departamento de Montevideo, el importe se estableció en el 8% del valor adjudicado por la UCA, más los costos de traslado y exclusividad del inspector.

Por otra parte, al final de la cláusula 3.A se estableció que la UAM dispondría de un lugar designado para la realización de la inspección de los proveedores que desarrollen su actividad en suelo rural, que hayan optado por recibir la inspección en el Parque Agroalimentario.

Sin embargo, no se estableció el lugar donde ser llevaría a cabo y la metodología a ser empleada por parte de los inspectores de la UAM.

### 3.4 Consideraciones sobre las nuevas condiciones

En el Convenio, la UCA y la UAM brindan un tratamiento igualitario tanto a los productores y proveedores que se encuentran dentro del Mercado Modelo o Zona de

Restricción (o dentro del Parque Agroalimentario) como a los proveedores que se encuentran fuera de los mismos, sea dentro de Montevideo (en suelo rural) o fuera de Montevideo, poniéndolos en un plano de igualdad, cuando se trata de situaciones diferentes.

En primer lugar, la única diferencia que fue contemplada entre unos y otros fue el precio que se estableció por el servicio de certificación de calidad, en atención a la ubicación, lo cual es de suponer que obedece a los eventuales costos.

En segundo lugar, el Convenio vulnera las citadas disposiciones de los Decretos de la Junta Departamental de Montevideo que prohibieron la actividad e instalación de proveedores en la Zona de Exclusión del Departamento de Montevideo.

En tercer lugar, el Convenio ignora las dificultades que significan los controles para los productores y proveedores (mayoristas o no) ubicados en dichas zonas.

En cuarto lugar, el Protocolo de Inspección UCA – UAM, aprobado por el Convenio, que establece el procedimiento de inspección, resulta inaplicable a los productores y proveedores radicados fuera de la UAM, especialmente en lo que refiere a las inspecciones de rutina, los cuales son de imposible realización. Es que todos los procedimientos refieren a los locales del Mercado Modelo, Zona de Restricción o la UAM.

En quinto lugar, el Convenio no considera los controles a los que se encuentran sujetos los proveedores que se ubicaban dentro del Mercado y la Zona de Restricción y ahora dentro de la UAM, que fue creado con la finalidad de brindar mayores garantías, tener un control eficaz y facilidades logísticas. No es la misma situación que la de los productores que se encuentren fuera del Parque Agroalimentario.

En sexto lugar, la UAM se obligó a disponer de un lugar designado dentro de su recinto para la realización de la inspección de los proveedores que desarrollen su actividad en suelo rural y que opten por recibir la inspección en la UAM, pero no se estableció el precio que se debe abonar en tales casos, ni la cantidad de espacio del que se dispondrá, ni dónde se ubicará, ni la frecuencia y modalidad de los controles.

Dicho aspecto es el que mayor perjuicio puede generar a un productor o proveedor que por sus características es obligado a emplazarse dentro de la UAM, por la ausencia de certezas con las cuales se los inspeccionará, y en consecuencia, las eventuales desigualdades.

En suma, el propio Convenio contraviene e impide el cumplimiento de los cometidos de la UAM, consistentes en lograr una concentración física que permita aplicar con mayor eficacia los controles (garantizando la calidad de los alimentos), brindar soluciones logísticas, agregar valor y acceder a economías de escala.

### 3.5 ¿Conveniencia de estar dentro de la UAM?

Si la UAM (y el Mercado Modelo en su momento) fueron creados para brindar mayores garantías en cuanto a la calidad de los productos y las condiciones en las que operan los productores o proveedores y se manipulan los alimentos, dichos aspectos deberían ser contemplados a la hora de valorar a quién comprar los alimentos.

Ahora bien, si se pone en un pie de igualdad a aquellos proveedores que no se encuentran dentro de la UAM: ¿qué sentido tiene para el Estado crear un centro logístico?

¿Qué utilidad le puede reportar a los proveedores que deciden tener su asiento dentro del mismo? Desde la óptica del Estado, si contrata a proveedores ubicados fuera de la UAM, estaría desaprovechando las facilidades operativas y la seguridad alimentaria que la UAM le brinda. Desde la óptica de los proveedores, cabe destacar que aquellos que deciden instalarse dentro de la UAM deben pagar por estar allí, someterse a un grado de control mayor y respetar las restricciones y limitaciones horarias y de convivencia.

En primer lugar, los proveedores que optaron por instalarse en la UAM debieron abonar por adelantado una suma equivalente al 30% del valor de la concesión de uso de operación permanente del espacio respectivo (conforme surge de los contratos de concesión a los cuales se tuvo acceso).

En segundo lugar, a los mayoristas no se les dio otra alternativa más que suscribir un “Contrato de Concesión de Uso de Operación Permanente”, debiendo abonar no sólo el precio, el cual incluye el valor llave del Parque Agroalimentario de la UAM e implica una tasa más cara que en el Mercado Modelo, sino también los costos de financiamiento de lo que fue la obra, así como un denominado “derecho de entrada”.

En tercer lugar, los operadores (proveedores) deben hacerse cargo de los gastos de instalación y cualquier otro servicio privado que resulte necesario según el Reglamento de Funcionamiento de la UAM, debiendo hacer las obras o refacciones en el espacio contratado dentro del plazo que la UAM determine, respetando las limitaciones impuestas en el Manual de Obras Edilicias del Mercado de Frutas y Hortalizas del Parque Agroalimentario (UAM).

En cuarto lugar, también deben cumplir con exigencias bromatológicas particulares (especialmente desde el punto de vista edilicio), y contratar el servicio de UTE, OSE y la Habilitación de Bomberos por cuenta propia, y las demás que correspondan.

En quinto lugar, también tienen limitada la posibilidad de adquirir nuevos espacios dentro del Parque Agroalimentario, porque así lo disponen los contratos y los reglamentos aprobados.

En sexto lugar, para quienes se encuentran dentro de la UAM el costo por el servicio de certificación de calidad subió del 2% al 3% del valor total que sea adjudicado por la UCA, sin justificación razonable.

En suma, considerar en un plano de igualdad a todos los productores o proveedores, sin importar que estén radicados dentro de la UAM, no parece razonable ni se condice con los fines para los cuales se creó la UAM. Pues se deben asumir gastos y sujetarse a limitaciones que fuera del Parque Agroalimentario podrían evitarse.

### 3.6 Régimen de comercios frutihortícolas a partir de la apertura de la UAM

#### 3.61. Criterios del Gobierno Departamental de Montevideo para distinguir entre comercios frutihortícolas mayoristas y minoristas

El Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624, de 2 de julio de 2015, promulgado por Resolución del Intendente N° 3212/2015, de 8 de julio de 2015, delimitó y distinguió la zona de exclusión del Mercado Modelo de la Zona de Restricción, estableciendo dos regímenes distintos en cada una de ellas, regulando el régimen de

transición entre el cierre del Mercado Modelo y el inicio de actividades de la Unidad Agroalimentaria Metropolitana (UAM), en el marco de lo establecido por la ley N° 18.832 de 28 de octubre de 2011 (ley orgánica de dicha Persona Pública no Estatal).

Durante el régimen de transición, que se extendió mientras no tuvo lugar la desafectación del Mercado Modelo y comenzó la puesta en operación del Parque Agroalimentario de la UAM (art. 5 inc. 1°), se regularon las actividades que podían realizarse en la Zona de Restricción y en la Zona de Exclusión.

Conforme a las disposiciones del Decreto de la Junta Departamental citado, también se reguló el régimen que aplicaría a partir de la inauguración de la UAM.

En efecto, el art. 1 del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624, de 2 de julio de 2015, estableció que “a partir de la fecha de desafectación del Mercado Modelo como mercado mayorista y de apertura de las naves del mercado mayorista de frutas y hortalizas del Parque Agroalimentario referido, no se permitirá, fuera de su recinto, la instalación ni el funcionamiento de comercios o establecimientos que operen con frutas y hortalizas en régimen mayorista.”

Por su parte, el art. 2 del mismo Decreto, establece que “Se considera comercio mayorista hortofrutícola a todo comercio o establecimiento que, para el mercado interno, realice actividades de:

- a) Compraventa de frutas y hortalizas al productor o distribuidor, para su posterior reventa a otros intermediarios o comerciantes minoristas, considerándose incluidas en el concepto a las actividades de separación, empaque, entrega y distribución.
- b) Acopio y concentración de productos hortofrutícolas con el objetivo de su ulterior distribución a terceros.
- c) *Picking* (rejunte de unidades desde conjuntos empaquetados), preparación de pedidos o ruptura de una o varias cargas mayoristas de terceros, con la correspondiente formación de una o más cargas, con destino a mayoristas, minoristas o establecimiento elaborador en su más amplia acepción.
- d) Entrega o distribución directa a minoristas de frutas y hortalizas producidas por terceros.
- e) Entrega o distribución directa a mayoristas fuera del mercado mayorista habilitado.
- f) Compraventa al productor, intermediario, comerciante o distribuidor, o acopio o concentración o *picking* de frutas y hortalizas, con el objetivo de su ulterior venta, entrega o distribución a establecimientos propios o de terceros.” (numeral I del art. 2 citado).

Por el contrario, el numeral II) del citado art. 2 establece que “Podrán considerarse excluidas del concepto de comercio mayorista hortofrutícola, admitiéndose su realización en suelo rural productivo, fuera del recinto del mercado mayorista habilitado en el parque agroalimentario de Montevideo, las actividades que a continuación se enumeran:

- a) Fraccionamiento, clasificación, lavado, separación, empaque y almacenaje de frutas y hortalizas, cuando dichas actividades se hagan para terceros en forma previa a su exportación o a su traslado hacia establecimiento elaborador el mercado mayorista

habilitado en el parque agroalimentario de Montevideo o el establecimiento productivo de la mercadería.

- b) Las operaciones y movimientos de frutas y hortalizas, tales como los desarrollados en las centrales de acopio, en tanto se adquieran directamente del productor y se comercialice la mercadería directamente al consumidor.
- c) Fraccionamiento, clasificación, lavado, separación, empaque y almacenaje de frutas y hortalizas, que realiza el productor en su establecimiento agrícola, para abastecer con sus propios productos a comercios minoristas o establecimiento elaborador en su más amplia acepción, que adquieran la mercadería directamente de dicho productor.”

Cabe plantearse si de las normas citadas la venta de frutas y hortalizas al consumidor final queda fuera del concepto de comercio mayorista hortofrutícola.

Al respecto, la norma transcripta no utiliza como elemento para la determinación de un mercado mayorista el volumen de acopio, sino la logística del negocio. Es que, al comercio mayorista se lo conoce como un intermediario entre los productores y otros comercios, sean estos (terceros), mayoristas o minoristas, es decir, proveedores de otros comercios, pero no la venta al consumidor final, tal como se desprende de la norma.

Es que, de lo contrario, muchas verdulerías o almacenes de frutas y verduras de Montevideo deberían ser clausurados porque se trataría de una actividad prohibida por la norma.

Resulta pública y notoria la existencia tanto de almacenes, como verdulerías y supermercados, del más variado porte e infraestructura que venden frutas y verduras y que también lo hacen ofreciendo el servicio de reparto a domicilio.

Por Resolución del Intendente de Montevideo N° 516/2023 de 23 de enero de 2023, se dispuso clausurar un establecimiento ubicado en Montevideo fundando dicha medida en que se trataba de un comercio mayorista que debía estar emplazado en la UAM. Arribó a dicha conclusión especialmente a raíz de la constatación del acopio de fruta y verdura.

A su vez, según el criterio de la División Convivencia Departamental de la Intendencia de Montevideo, la actividad mayorista valorada por dicha Administración a partir del volumen de mercadería con la que el productor o proveedor trabaja, sosteniendo que, si en el local se vende al público, es decir, al consumidor final ello no influye para determinar si hay actividad mayorista o no, sino que esa actividad califica por el acopio.

Es decir, el criterio que la Intendencia de Montevideo ha aplicado para determinar si hay actividad mayorista es el volumen de acopio, sin importar a quién se comercializa, criterio que el Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624 no estableció.

A nuestro entender, ello resulta ilegítimo, en la medida en que utiliza un parámetro para restringir derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de trabajo e industria y comercio, que no está previsto por la norma que se pretende aplicar.

En otro caso en donde la Intendencia había dispuesto la clausura por las mismas razones a otro establecimiento (expte. 2022-5229-98-001833), Resolución del Intendente N° 865/23 de 13 de febrero de 2023, se dispuso levantar la clausura porque se iba a realizar venta minorista al público en general, actividad que la Comisión Especial entiende como no mayorista (informe fs. 44-46 del expte. adm 2022-529-98-001833).

Entonces, en ese caso, como la cantidad a vender era menor, sin importar si es a un consumidor final o a otro minorista o mayorista, la Intendencia calificó su actividad como minorista, porque el acopio habría sido menor.

Dicho criterio no surge del Decreto Departamental. Pero si fuera así, debería estar claramente determinado cuál es el límite del acopio para que el mismo sea considerado como minorista o mayorista, y no lo está.

Resulta arbitrario que la Intendencia de Montevideo aplique un criterio distinto al de la norma, y que, además, dicho criterio no esté reglamentado. No resulta conforme a Derecho que la clasificación de una empresa dependa de la percepción subjetiva del inspector, en base al acopio de frutas y verduras que vea en el local, en una visita determinada.

### 3.6.2 Consideraciones conceptuales y de ordenamiento territorial de los comercios mayoristas y minoristas frutihortícolas

A partir del Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624 de 2015 y sus posteriores resoluciones, se establecen regulaciones claras sobre dónde pueden ubicarse los comercios mayoristas y minoristas de frutas y verduras en Montevideo.

En cuanto a los comercios mayoristas de frutas y verduras, se ha establecido que los mismos deben estar emplazados dentro del recinto de la Unidad Agroalimentaria Metropolitana (UAM). Esto incluye actividades de compraventa, acopio, distribución, y otras actividades propias de un comercio mayorista según lo definido en el artículo 2 del Decreto.

Se considera comercio mayorista hortofrutícola a aquellos que compren frutas y verduras al productor o distribuidor para revenderlas a otros intermediarios o minoristas, realizar acopio y concentración de productos para distribución, y otras actividades similares. Es de precisar que no se permite la instalación ni el funcionamiento de comercios mayoristas fuera del recinto de la UAM a partir de la fecha de desafectación del Mercado Modelo.

En cuanto a los comercios minoristas de frutas y verduras, estos pueden estar ubicados en cualquier parte de Montevideo, incluyendo la Zona de Exclusión y la Zona de Restricción. Venden directamente al consumidor final y no realizan actividades de acopio y distribución a otros comercios. Las actividades realizadas por los productores en sus propios establecimientos agrícolas para abastecer comercios minoristas o la venta directa al consumidor no se consideran como comercio mayorista.

La Intendencia de Montevideo ha aplicado un criterio basado en el volumen de acopio para determinar si una actividad es mayorista, lo cual no está explícitamente definido en el Decreto. Este criterio ha sido utilizado para justificar clausuras de establecimientos que deberían estar ubicados en la UAM. Lo cierto es que la venta directa al consumidor final, independientemente del volumen de acopio, debería ser clasificada como actividad minorista, permitiendo la ubicación fuera de la UAM.

En definitiva, los comercios mayoristas de frutas y verduras estar emplazados y operar en la UAM, mientras que los comercios minoristas pueden ubicarse en cualquier parte de Montevideo. La clasificación como mayorista o minorista debería basarse en



las actividades y no sólo en el volumen de acopio (lo cual es cuestionable), porque así lo dispone el Decreto de la Junta Departamental de Montevideo N° 35.624.

### 3. Conclusiones

Se ha abordado el régimen jurídico de las compras estatales de alimentos agropecuarios en Uruguay, centrados en la interpretación de la Ley N° 19.292, así como su Decreto Reglamentario N° 86/2015, y su aplicación en la práctica por los organismos públicos. También se analizaron las incidencias de la implementación del Parque Agroalimentario de la UAM y las normas del Gobierno Departamental de Montevideo en materia de ordenamiento territorial para los comercios frutihortícolas en Montevideo.

Ello ha sido procurando una evaluación crítica de la normativa vigente y su aplicación, así como la propuesta de mejoras, ya sea para modificar los textos normativos o para establecer pautas adecuadas para su aplicación, en un marco normativo y práctico que se destaca por ser complejo como consecuencia de la naturaleza de las normas (en su mayoría son de orden público y declaran de interés general la actividad que regulan), de la naturaleza de las instituciones que intervienen (personas públicas estatales, personas públicas no estatales, productores agropecuarios, productores familiares, proveedores de productos alimenticios agropecuarios, entre otros), de los derechos en juego que deben ser ponderados, y de la fuerte incidencia de los factores de especificación contenidos en las normas bajo estudio, a saber: la política pública qué dio lugar y justifica la promulgación de los regímenes que hemos analizado, que procura fomentar la actividad agropecuaria familiar, desde una realidad socioeconómica particular y una actividad (agraria) en donde la naturaleza define y condiciona la producción y comercialización de los alimentos agropecuarios.

Las conclusiones a las que hemos arribado pueden exponerse de la siguiente manera.

En primer lugar, las adjudicaciones realizadas a las Organizaciones Habilitadas (OH) bajo el régimen de la reserva de mercado establecida por la Ley N° 19.292 han mostrado irregularidades significativas, como la adjudicación de productos no producidos por las OH, incluyendo productos importados que ni siquiera son producidos en nuestro país (como el kiwi o la banana), o la adjudicación por cantidades y montos que una OH difícilmente pueda cubrir por sí sola, debiendo complementar la producción de sus productores con la compra a otros productores que no la integran, como cualquier otro proveedor del Estado. Estas prácticas hacen cuestionable la legitimidad del régimen y su capacidad para cumplir con los objetivos de inclusión y sostenibilidad de los productores familiares agropecuarios.

El análisis del régimen de reserva de mercado ha revelado la necesidad de ajustar la normativa para garantizar que los productos ofrecidos por las OH sean efectivamente de producción propia y que se respeten los límites de precio establecidos. La incorporación del literal “D” en el artículo 6 de la Ley N° 19.292 ha sido un paso positivo, pero se requiere una mayor fiscalización y control para evitar las irregularidades detectadas.

La interpretación sistematizada de las normativas ha resaltado la necesidad de una aplicación coherente y justa de las reservas de mercado. Se debe procurar garantizar

que los procedimientos de contratación respeten los límites de los precios y que las OH cumplan con los requisitos de producción propia para evitar incumplimientos normativos y distorsiones en el mercado y asegurar la competitividad.

En segundo lugar, la Suprema Corte de Justicia ha declarado que las disposiciones de la Ley N° 19.292 son constitucionales, aunque con argumentos que no han abordado todas las irregularidades evidenciadas para hacer un adecuado control del “juicio de razonabilidad” de la norma legal. Se destaca la importancia de una revisión crítica de la implementación práctica de la ley para asegurar su efectividad y equidad en los casos concretos.

Más allá de las sentencias de la SCJ relevadas en este trabajo y destacando la aplicación de sus fallos al caso concreto, entendemos que la Ley N° 19.292 puede violar los principios de igualdad, libertad de trabajo y seguridad jurídica. Las reservas de mercado establecidas deben ser revisadas para asegurar que no se generen discriminaciones injustificadas ni limitaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales de los productores y proveedores.

Es de aclarar que una política de fomento en materia agropecuaria, como la que procura el desarrollo de la producción agropecuaria familiar, parece pertinente (por no decir necesaria), pero su regulación, así como su aplicación, requieren de una revisión estructural.

Desde el punto de vista jurídico y conceptual, una reserva del 100% de las compras estatales no centralizadas, por más que sea instrumentada por una ley formal que declara de interés general la producción familiar agropecuaria (para legitimar la limitación excepcional a los principios y reglas de la libre competencia así como a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, como la libertad de trabajo y empresa, e igualdad), resulta contraria a los fines perseguidos por la norma, de mejorar los precios para el Estado, fortalecer la seguridad alimentaria, aumentar la diversificación de los oferentes y permitir el acceso de los productores a nuevos mercados, pero además, no parece ser una solución adecuada considerando los distintos mecanismos de contratación regulados en nuestro ordenamiento, ni con los pliegos particulares de condiciones que son aprobados por los distintos organismos públicos, porque como se ha evidenciado en este trabajo, puede derivar en soluciones ilógicas e inconvenientes.

Una alternativa a considerar sería eliminar la reserva total (del 100%) para las compras estatales no centralizadas, y en su lugar igualar el porcentaje mínimo tanto para las compras centralizadas como para las no centralizadas, ya sea estableciendo un 30%, 40%, 50 % o 60% para ambos casos. A su vez, otra alternativa sería la de modificar la integración de las OH, de manera que sea conformada únicamente por productores agropecuarios, de los cuales la mayoría sean productores familiares agropecuarios con registro vigente ante la Dirección General de Desarrollo Rural del MGAP.

En tercer lugar, el Programa de Contratación Pública para el Desarrollo ofrece un marco para promover el desarrollo de productores familiares agropecuarios, porque se trata de proveedores nacionales, pero su implementación ha sido escasa en materia de compras estatales de productos alimenticios agropecuarios. De todas formas, sería oportuna una revisión de los procedimientos y una mayor coordinación entre las instituciones para asegurar que los beneficios lleguen a los productores familiares y pequeños productores agropecuarios.



En cuarto lugar, la Compra Directa por Excepción ha sido un mecanismo frecuentemente empleado para la adquisición de alimentos agropecuarios de producción nacional, pero su aplicación ha mostrado inconsistencias. Se requiere una mayor claridad en los criterios de elegibilidad y una mejor supervisión para garantizar que los productos adquiridos cumplan con los estándares de calidad y sean de producción nacional.

En quinto lugar, los convenios anteriormente celebrados entre la UCA y la CAMM significan un buen antecedente en la preocupación por asegurar la calidad de los alimentos agropecuarios adquiridos por el Estado. Sin embargo, la transición al régimen de la UAM ha requerido ajustes en los procedimientos de control y certificación de calidad, los cuales deben ser precisos y transparentes para asegurar la continuidad de los estándares y evitar desigualdades que afecten a los distintos productores agropecuarios o proveedores del Estado de alimentos agropecuarios, considerando tanto a quienes están emplazados dentro de la UAM como aquellos que están emplazados fuera del mismo, sean en Montevideo o en el interior del país.

El régimen de transición y las zonas de restricción y exclusión han planteado desafíos jurídicos y logísticos para los productores agropecuarios y proveedores del Estado. Es necesario revisar y clarificar las normas para asegurar que todos los actores involucrados comprendan y cumplan con los requisitos establecidos.

El último convenio celebrado entre la UAM y la UCA ha generado preocupaciones sobre la igualdad de condiciones para los productores y proveedores. También resulta pertinente establecer parámetros claros y justos para los controles de calidad y los costos asociados, garantizando que todos los actores tengan acceso a las mismas oportunidades y obligaciones.

El establecimiento de criterios claros para distinguir entre comercios mayoristas y minoristas es sustancial para el ordenamiento territorial y la regulación del mercado frutihortícola. Resulta pertinente una revisión de los criterios utilizados por la Intendencia de Montevideo para asegurar que sean consistentes con la normativa y que no generen arbitrariedades en la clasificación de las actividades comerciales.

En suma, el régimen jurídico de las compras estatales de alimentos agropecuarios en Uruguay y la creación de la UAM representan esfuerzos significativos para promover la inclusión y sostenibilidad de los productores familiares. Sin embargo, las normas promulgadas y en particular su aplicación e implementación práctica ha mostrado desafíos y áreas de mejora que requieren una revisión normativa y una mejor coordinación institucional. Las propuestas de mejora referidas en este trabajo apuntan a que la normativa cumpla con sus objetivos, fortaleciendo así el sector agroalimentario en Uruguay y la producción agropecuaria familiar en particular.

El Plan Nacional de Agricultura Familiar 2024-2028 (PNAF), presentado este año por el Poder Ejecutivo, busca fortalecer la agricultura familiar en Uruguay mediante la promoción de un entorno que favorezca la inclusión socioeconómica y la sostenibilidad ambiental. Inspirado en la Ley Modelo de la FAO del PARLATINO, el plan propone una actualización legislativa para redefinir el concepto de “Productor Familiar” y mejorar los registros de este sector, a fin de reflejar mejor su realidad y corregir irregularidades en las compras estatales de productos agropecuarios. Asimismo, sugiere actualizar las normas de reserva de mercado y asegurar que los productos adquiridos a través de compras públicas provengan de productores familiares y cumplan estándares de calidad.

Sin embargo, el PNAF aún no ha sido aprobado formalmente ni publicado en el Diario Oficial, por lo que carece de valor normativo. Su efectividad dependerá de la promulgación de las normas necesarias y de su adecuación al ordenamiento positivo vigente, así como de la capacidad del Estado para adaptarlas a las necesidades reales del sector.

## Referencias bibliográficas

- Agencia Reguladora de Compras Estatales. (2020, julio 17). Informe emitido a raíz de un pedido de acceso a información pública.
- Bacigalupo Sagesse, M. (2002). Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospcción y responsabilidad patrimonial del Estado. *Documentación Administrativa*, N° 263-264, pp. 105 y ss. Madrid: INAP.
- Cassinelli Muñoz, H. (1999). *Derecho público* (p. 111). Montevideo: F.C.U.
- Castillo Blanco, F. A. (2002). El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. *Documentación Administrativa*, N° 263-264, pp. 33. Madrid: INAP.
- Chiappe, M., Oyhantcabal, G., Pizzolon, A., & Rodríguez, L. (2015). *Desarrollo rural y aplicación de políticas públicas a productos alimenticios provenientes de la agricultura familiar*. Informe final de consultoría FAO, MGAP-DGDR, MIDES.
- Coviello, P. J. J. (2004). *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Lexis Nexis. Y *La confianza legítima*, en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer Carías, FUNEDA, Caracas, Tomo I, pp. 295 y ss.
- Delpiazzo, C. E. (2019). *Contratación administrativa* (Ed. aumentada y puesta al día, pp. 124-125). Montevideo: F.C.U.
- Delpiazzo, C. E. (2020). *Contratación administrativa – modificaciones introducidas por la LUC n° 19.889 de 9 de julio de 2020* (pp. 77-89). Montevideo: F.C.U.
- Delpiazzo, C. E. (2022). *Derecho administrativo general y especial* (Tomo V, Volumen 3, p. 213). Montevideo: F.C.U.
- FAO (2017). Ley Modelo sobre Agricultura Familiar del Parlamento Latinoamericano y Caribeño.
- Guerra Daneri, E. (2016). *Derecho agrario* (Tomo IV, pp. 270-278). Montevideo: F.C.U.
- Machado, A., Pizzolon, A., & Tourem, J. V. (2018). Compras institucionales: estado del arte del proceso uruguayo. En J. Perez-Cassarino, R. M. Triches, J. G. Baccharin, & C. R. P. A. Teo (Eds.), *Abastecimento alimentar: redes alternativas e mercados institucionais* (pp. 121-136). Praia, Cabo Verde: UNICV y Ed. UFFS. <https://doi.org/10.7476/9788564905726.0009>
- Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca (2024). *Plan Nacional de Agricultura Familiar 2024-2028* (PNAF). Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-ganaderia-agricultura-pesca/agricultura-familiar>

- Poder Ejecutivo de Uruguay. (2014, octubre 7). Mensaje y proyecto de ley al Parlamento. Carpeta 1603/2014, Distribuido 2921/2014.
- Risso Ferrand, M. (2006). *Derecho constitucional* (pp. 504 y ss.). Montevideo: F.C.U.
- Rodríguez, S., González, M., Cabrera, C., Mila, F., & Sganga, F. (2016). El Registro de Productores Familiares como base para la ejecución de políticas diferenciadas. En Oficina de Planificación y Política Agropecuaria (OPYPA) del MGAP, *Análisis sectorial y cadenas productivas – temas de política, estudios* (Anuario 2016, pp. 397-407).
- Rotondo, F. (2018, 26 de febrero). Sustentabilidad de los contratos públicos. *Doctrina & Publicaciones CADE No. Doctrina y Jurisprudencia*, 1551. Disponible en Base de Datos CADE.
- Saavedra, J. P. (2016). *Curso de derecho agrario* (Tomo I, 3ª ed., pp. 181-190). Montevideo: F.C.U.
- Unidad Agroalimentaria Metropolitana. (2020). Convenio celebrado con la UCA el 20 de enero de 2020.

## Documentos e informes consultados

- Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE). (2020-2022). Compras Directas por Excepción del Centro de Rehabilitación Médico Ocupacional y Sicosocial. N° 12/2022, 9/2021, 28/2021, 29/2021, 99/2021, 19/2020, 23/2020 y 26/2020.
- Agencia Reguladora de Compras Estatales. (2021). Expediente N° 2021-2-1-0000084 relativo a la petición presentada por la Asociación de Proveedores del Estado de Frutas y Hortalizas del Uruguay.
- Comando General del Ejército Ministerio de Defensa Nacional. (2021). Licitación Abreviada N° 13/2021 convocada por el Comandante en Jefe de la Armada Nacional.
- Dirección Nacional de Bomberos del Ministerio del Interior. (2021). Concurso de Precios N° 891/2021.
- Instituto Nacional de Alimentación del Ministerio de Desarrollo Social. (2021). Licitación Abreviada N° 8/2021.
- Intendencias de Montevideo y Canelones, y Ministerio de Transporte y Obras Públicas. (2020). Respuestas a pedidos de acceso a información pública.
- Unidad Centralizada de Adquisiciones. (2022). Oficio N° 848/2022 incorporado al expediente de la SCJ identificado con el IUE 1-180/2022.
- Universidad de la República. (2022). Licitación Abreviada N° 15/2022 para la “Adquisición de frutas y verduras” convocado por el Servicio Central de Inclusión y Bienestar Universitario.

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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)



SILVIA FACAL SANTIAGO

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

ana.facal@ucu.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2173-1633>

Recibido: 19/02/2025 - Aceptado: 31/03/2025

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

Facal Santiago, S. (2025). Personas privadas de libertad extranjeras (migrantes y otras categorías) en las unidades penitenciarias uruguayas. Entre la vulnerabilidad y la invisibilidad. *Revista de Derecho*, 24(47), e472. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.2>

## Personas privadas de libertad extranjeras (migrantes y otras categorías) en las unidades penitenciarias uruguayas. Entre la vulnerabilidad y la invisibilidad.

51

**Resumen:** Este estudio tiene por objeto presentar la situación de las personas privadas de libertad extranjeras (PPLE) en las unidades penitenciarias uruguayas a través de sus perfiles sociodemográficos -origen nacional, edad, género, nivel educativo-, laborales, religiosos -creencias y prácticas- y delictivos. Para su consecución se ha utilizado un enfoque metodológico de tipo de mixto. Los resultados muestran una menor presencia numérica de PPLE con respecto a la población general en la cual el número de mujeres sigue los lineamientos del *gender gap* junto a un alto grado de hacinamiento, un bajo acceso a educación y trabajo, un acercamiento diferencial a las prácticas religiosas y un predominio de delitos vinculados a los estupefacientes.

**Palabras clave:** privados de libertad; migrantes; extranjeros; perspectiva de género; unidades penitenciarias; uruguayas.

## Foreign persons (migrants and other categories) deprived of liberty in Uruguayan prisons. Between vulnerability and indifference

**Abstract:** This paper aims to present the situation of foreign persons deprived of liberty (PPLE, per its acronym in Spanish) in Uruguayan prisons through their sociodemographic (national origin, age, gender, educational level) profiles, employment, religious (beliefs and practices) and criminal profiles. To achieve this, we use a mixed methodological approach. The results show a lower numerical presence of PPLE compared to the general population in which the number of women follows the gender gap guidelines along with a high degree of overcrowding, little access to education and work, differential access to religious practices and a predominance of drug-related crimes.

**Keywords:** deprived of liberty; migrants; foreign; gender perspective; Uruguayan prisons.

## Pessoas estrangeiras privadas de liberdade (migrantes e outras categorias) nas unidades prisionais uruguaias: entre a vulnerabilidade e a invisibilidade.

**Resumo:** Este estudo tem como objetivo apresentar a situação das pessoas estrangeiras privadas de liberdade (PPLE) nas unidades penitenciárias uruguaias através de seus perfis sociodemográficos, como nacionalidade, idade, gênero, nível de escolaridade, profissão, religião (crenças e práticas) e criminais. Uma abordagem metodológica de tipo misto foi utilizada para sua realização. Os resultados indicam uma presença numérica menor de PPLE em comparação com a população carcerária geral, sendo que o número de mulheres segue as diretrizes da disparidade de gênero. Observa-se, ainda, um elevado grau de superlotação, acesso limitado à educação e ao trabalho, uma relação diferenciada com as práticas religiosas, e a predominância de delitos relacionados a entorpecentes.

**Palavras-chave:** privados de liberdade; migrantes; estrangeiros; perspectiva de gênero; unidades prisionais; uruguaias.

## 1. Introducción

Las personas privadas de libertad (PPL) son, por definición, vulnerables. Se trata de personas separadas de su entorno de vida habitual y a ello se suma el hecho de haber perdido la capacidad de decidir sobre sus propias vidas en un contexto de encierro. A su vez, su grado de vulnerabilidad es causado por una multiplicidad de factores, ya sea por circunstancias generales (contexto social, económico o educativo anterior a su detención), personales (nacionalidad, etnia, religión, género, etc.), el motivo de detención, o incluso la etapa del proceso judicial o administrativo en la que se encuentran. (CICR, 2016, p.1043)

Teniendo en cuenta los factores, citados anteriormente, las normas de derechos humanos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 1966), y, en el caso de nuestro continente las regionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos -más conocida como Pacto de San José- (OEA, 1969; 1978), proclaman, entre sus principios, la igualdad, la no discriminación y el trato digno hacia las PPL.

Por otra parte, las personas extranjeras o migrantes (cualquiera sea su estatus), se encuentran en una situación de vulnerabilidad *per se* como sujetos de derechos humanos, esto es, “en una condición individual de ausencia o indiferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes)”. (Corte IDH, 2020, p. 11)

Por tal motivo, se puede afirmar como las personas privadas de libertad extranjeras (PPLE), se han configurado en un colectivo de especial fragilidad que ha despertado gran preocupación a nivel mundial generando la redacción de distintas recomendaciones, por parte de diferentes organismos internacionales, plasmadas, a modo de ejemplo, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela, UNODC, 2015) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, UNODC, 2011). En estas se enfatiza en la no discriminación por nacionalidad y se plantea la necesidad de evitar su aislamiento en los centros de detención, de que se tengan en cuenta sus necesidades específicas asegurándoseles las mismas oportunidades que al resto de internos y facilitar su tratamiento en vistas a su reinserción social en el país en cual se encuentran. Asimismo, otros instrumentos, en este caso de carácter regional vinculantes, interpretativos o consultivos, emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), establecen estándares interamericanos sobre la privación de libertad de las PPLE encarceladas en los distintos países del continente americano, con el objetivo de evitar la citada doble vulneración que padecen.

En este estudio se utiliza el término de PPLE y no migrante (inmigrantes y refugiados), porque se incluye también a las personas extranjeras no residentes en el país, ingresadas en calidad de turistas o pasajeros en tránsito, detenidas luego de realizar alguna actividad delictiva en territorio uruguayo o intentando cometerla a su ingreso en la propia frontera.

En las últimas dos décadas, Uruguay, no ajeno a los actuales vaivenes de los flujos migratorios globales se ha convertido, desde 2009 hasta la actualidad, en un país no solo de origen sino también de tránsito y destino de las migraciones, principalmente, de carácter regional.



De acuerdo, con los datos del último Censo de Población (2023, p.1), residen en Uruguay 107.578 extranjeros, cifra equivalente al 4% del total de la población. Un 53% aproximadamente (56.906) llegaron luego de la realización del Censo anterior de población (2011). Entre ellos destacan los venezolanos (27% del total), argentinos (22%), cubanos (20%), brasileños (6%), colombianos (4%); el resto provienen de otros países de la región y, en menor medida, de Europa, Estados Unidos, África y Asia.

La mayor parte de los extranjeros residentes en el país se encuentran haciéndolo en calidad de solicitantes de refugio. De acuerdo, con los últimos datos brindados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), hasta bien entrado el año 2024, se habían tramitado en Uruguay 51.503 solicitudes de refugio de las cuales 16.128 correspondían a solicitantes cubanos que las habían presentado en ese último año. (ACNUR-CORE, 2024, p.1) Luego de analizar los casos, la Comisión de Refugiados (CORE), dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, emite la resolución de sí se concede o no el refugio. Entre 2017 y 2023 lo otorgó tan sólo al 2,4% de los solicitantes. (ACNUR-CORE, 2024, p.1)

¿Qué pasa con quienes no obtienen la condición de refugiados? El Estado uruguayo, a través de la Ley de Refugiados 18.076 (2006), les permite iniciar el trámite por residencia, el mismo al cual acceden los inmigrantes. En los últimos cuatro años, ese trámite, dada la gran cantidad de solicitudes, se ha demorado y eso ha provocado que un importante número de personas extranjeras haya quedado en situación irregular. Por tal motivo, el 15 de mayo de 2024, los ministerios de Relaciones Exteriores y del Interior emitieron las “residencias por arraigo”, mediante las cuales se intentó resolver la situación migratoria de unos 20.000 residentes extranjeros irregulares en Uruguay. (Presidencia de la República, 2024, p.1) De esta nueva normativa se beneficiaron aquellas personas que solicitaron refugio y este les fuera rechazado o quienes se encontraban esperando la resolución. No obstante, esta normativa es de carácter excepcional y no viene a suplir los mecanismos migratorios tradicionales.

Si nos atenemos al género<sup>1</sup> de las personas extranjeras residentes en Uruguay, ingresadas al país durante el período intercensal, se observa un predominio masculino sobre el femenino, en la media de las nacionalidades (53% contra el 47%) (DNM, 2024, p.1). Esa diferencia se hace mayor entre los refugiados y los solicitantes de refugio (60% contra un 40%). (ACNUR-CORE, 2024, p. 2)

Esta realidad de los migrantes en Uruguay contrarresta la reflejada por la población nacional, de acuerdo con los datos del Censo de Población (2023, p.2), ya que, el 52% de la población uruguaya se corresponde con el género femenino y el 48% con el masculino. Esta diferencia se acentúa en las franjas etarias superiores a los 65 años, vinculadas a una mayor esperanza de vida de las mujeres en casi ocho años de media con relación a los hombres.

Asimismo, la edad de los extranjeros residentes en el país, muestra una realidad muy parecida. Predominan quienes se encuentran en las franjas etarias de población activa, es decir, los que tienen edades comprendidas entre los 19 a

1 En las estadísticas de la Dirección Nacional de Migración se utiliza la variable género dividiéndola solo entre masculino y femenino (binario). En este trabajo la utilizamos de esa forma.

59 años (85%), prevaleciendo entre ellos los menores de 35 años (DNM, 2024, p.1; ACNUR-CORE, 2024, p. 2). Se trata, por lo tanto, de una población relativamente joven en edad activa en lo laboral y, en el caso de las mujeres, en edades fecundas. Este dato es relevante en un país como Uruguay, en el cual se ha ido produciendo un permanente envejecimiento de la población.

Las PPLE forman parte de esta población migrante, aunque, como se irá viendo a lo largo del estudio, presentan determinadas singularidades que se tratarán en el apartado correspondiente al trazado de sus perfiles sociodemográficos.

El número actual de la población extranjera privada de libertad, en el sistema carcelario uruguayo, asciende a 373 en un total de 15.833 reclusos, representando un 2,4% aproximadamente de los internos. (INR, 2024, p. 3) El hecho de que la cifra no sea altamente significativa en el total de las PPL la hace aún más invisible.

La distribución por nacionalidad indica que las PPLE provienen, en su mayoría, de la región representado, las brasileñas, el porcentaje mayor seguidas por las argentinas, colombianas, chilenas, paraguayas, dominicanas y cubanas. (INR, 2024, p.15) A estas cifras le sigue un conglomerado de nacionalidades con una representación entre el 0,3% y el 1,6% provenientes de otros países de la región, África, Europa y América del Norte. (INR, 2024, p.15) A lo anterior se agrega su fuerte dispersión por el territorio nacional en el sistema penitenciario –distribuidas en 21 unidades en 18 departamentos- vinculada con el lugar de comisión del delito cometido o del problema de enfrentamiento entre grupos de la misma nacionalidad dentro de las unidades, a lo cual se suma un alto grado de hacinamiento.

Teniendo en cuenta todos los factores mencionados anteriormente, el Estado uruguayo, en 2017, tomó la decisión de crear un mecanismo específico de apoyo a las PPLE denominado Programa Específico de Atención a la Población Extranjera y Migrante (PROEM) en el ámbito del Instituto Nacional de Rehabilitación (INR).

En este artículo se presentan los resultados de una investigación realizada entre 2023 y 2024 sobre la situación en la cual se encuentran las PPLE en las diferentes unidades penitenciarias, abordando sus vulnerabilidades, desde la mirada de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta sus perfiles sociodemográficos, laborales, religiosos y delictivos en perspectiva de género. Para su adecuado análisis e interpretación se utilizan, además de los instrumentos jurídicos internacionales, regionales y nacionales, diversos estudios de autores referentes.

## 2. Metodología

La complejidad de este estudio ha requerido la utilización de un enfoque metodológico mixto, a través del cual se ha combinado la metodología cuantitativa y cualitativa, con la que se ha obtenido la triangulación de los datos obtenidos durante la investigación.

Tanto la información cuantitativa como la cualitativa recabada ha permitido trazar los perfiles -sociodemográficos, laborales, religiosos y delictivos- de las PPLE y conocer las principales vulnerabilidades presentadas por estas.

Asimismo, debido a la falta de investigaciones en profundidad previas sobre la situación de las PPLE en las unidades penitenciarias uruguayas, se optó por utilizar, en la primera etapa de investigación, un alcance exploratorio, pasándose en la segunda etapa a uno de alcance descriptivo.

Las técnicas cuantitativas, utilizadas durante el proceso de investigación, han sido las siguientes:

- Bases de datos con información estadísticas proveniente de: informes sobre residencias elaborados por la Dirección Nacional de Migración (DNM); solicitudes de refugio de la Comisión de Refugiados (CORE) y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); estadísticas de las PPL extranjeras y nacionales del INR y del PROEM. Estos datos nos han permitido ahondar en los perfiles sociodemográficos, laborales y delictivos de las PPLE y, a su vez, conocer el contexto migratorio actual en Uruguay.
- Encuesta: se aplicó una encuesta en formato presencial, a modo de censo, al total de las PPLE distribuidas en 21 unidades penitenciarias del territorio uruguayo, con preguntas abiertas y cerradas. Antes de la aplicación del cuestionario, se procedió a leerles a las PPLE el consentimiento informado, el cual luego procedieron a firmarlo. Los resultados obtenidos se analizaron aplicando estadística descriptiva. Esta técnica ha permitido completar la información vinculada a los perfiles sociodemográficos, laborales, religiosos y delictivos de las PPLE y, al mismo tiempo, conocer sus carencias en un contexto de encierro. El cuestionario de la encuesta fue ofrecido en cuatro idiomas -español, portugués, inglés y francés-, seleccionados en función de los idiomas que sabíamos hablaban las PPLE. Al inicio de la encuesta, se preguntó a los participantes en qué idioma preferían responder. Como resultado, el 66,2% de las respuestas fueron en español, el 32,1% en portugués, y solo el 1,7% en inglés.

En cuanto a las técnicas cualitativas se utilizaron las siguientes:

- Entrevistas en profundidad a: expertos referentes en la comprensión de dicho proceso vinculados al INR, al PROEM y a otras instituciones. Para la realización de estas entrevistas se utilizó un cuestionario semiestructurado. La información suministrada ha permitido conocer con mayor profundidad la situación de privación de libertad de las PPLE y sus problemáticas.
- Focus groups: se aplicó esta técnica al total de referentes del PROEM a quienes se los subdividió por regiones, correspondientes a la distribución geográficas de las unidades penitenciarias del territorio nacional. Se utilizó un cuestionario semiestructurado. Los referentes del PROEM son el primer escalón de contacto y contención de las PPLE y debido a ello tienen un mayor conocimiento de su situación en privación de libertad, de las vulnerabilidades presentadas y de sus necesidades específicas.
- Observación etnográfica: la utilización de esta técnica se realizó en las visitas a las unidades penitenciaras con el objetivo de conocer de primera mano las condiciones de reclusión de las PPLE. A lo largo de las visitas se tomaron notas etnográficas. El tipo de observación realizada fue no participante con rol abierto. La observación

realizada ha permitido conocer de primera mano y de forma directa las condiciones de reclusión de las PPLE.

- Análisis de contenido: esta técnica se aplicó a los resultados obtenidos de las entrevistas en profundidad, a los focus groups y a la normativa vinculada a la privación de libertad en particular.

### 3. Perfiles sociodemográficos, educativos, laborales, religiosos y delictivos de las PPLE

El trazado de los perfiles sociodemográficos, educativos, laborales, religiosos y delictivos de las PPLE se hace necesario para el armado de políticas estatales que faciliten la disminución de la reincidencia delictual y, a su vez, para adentrarse en las posibles vulnerabilidades de los derechos de estas personas.

Las variables utilizadas en este estudio son: tamaño de la población; distribución por establecimientos carcelarios; nacionalidad; tipo de documentación; género; edad; acceso a educación; inclusión laboral; creencias y prácticas religiosas; tipología del delito; reincidencia.

#### 3.1. Los perfiles sociodemográficos

De acuerdo con la última cifra brindada por el INR (2024, p.3), el número total de PPL en las unidades penitenciarias uruguayas asciende a 15.883, de las cuales 373 son extranjeras. Si se tiene en cuenta, que la cifra de la población de Uruguay no llega a los 3,5 millones de personas, es preocupante la cantidad de personas privadas de libertad per cápita. (Prison Studies, 2023, p. 23) En la región, Uruguay solo es superado por El Salvador, Cuba, Panamá y Estados Unidos. Su situación, en materia de privación de libertad, aumenta año con año, empeorando con ello la situación de las PPL. (Juanche & Vigna, 2024, p.11)

A principios del presente siglo, el sistema carcelario uruguayo albergaba a unas 5.000 mil personas, aproximadamente (Comisionado Parlamentario Penitenciario, 2024, p.1), es decir, a un tercio de la cantidad de las PPL de la actualidad. La situación de hacinamiento es uno de los principales efectos de este aumento exponencial, ya que las unidades penitenciarias uruguayas no se encuentran en condiciones de albergar a una población en continuo crecimiento.

Por otra parte, si se observa la composición por género de las PPL, nos podemos topa con otra realidad igual o más impresionante: desde el año 2000 hasta el presente ha aumentado de forma alarmante el número de mujeres privadas de libertad. En el citado año un poco más de 200 mujeres se encontraban en privación de libertad y en el presente la cifra llega a 1.285. (INR, 2024, p.3) Esta situación se encuentra directamente relacionada con el endurecimiento de las penas, contra el delito del microtráfico, establecidas en la Ley de Urgente Consideración, 19.889 (2020).

### 3.1.1. Las PPLE en cifras

En el total de las PPL, los extranjeros representan un mínimo porcentaje; en concreto, son el 2,4% del total. Teniendo en cuenta que el total de extranjeros residentes del país, documentados, es del 3% de la población, quienes se encuentran en privación de libertad, en proporción, son un porcentaje menor a diferencia de lo ocurrido en otros países.

En la Unión Europea, por ejemplo, según ha constatado en un informe publicado por el Consejo de Europa en 2024, el 16% de las PPL son extranjeras, siendo este porcentaje, inferior al dato global que asciende al 30%. El país europeo, que presenta el mayor índice de PPLE con respecto a la población penitencia general, es Suiza, con un 70%, seguido por Grecia, con el 59% y Chipre, con el 52%. En el caso de los países más poblados de Europa, las PPLE representan porcentajes menores que van del 20 al 30%. La mayor parte de esos extranjeros proceden de países no perteneciente al espacio Schengen. (Europapress, 2024, p. 1) No tiene parangón la frecuencia relativa<sup>2</sup> de las PPLE, en las unidades penitenciarias uruguayas, con relación a las europeas, ya que se encuentran muy por debajo de estas e inclusive de la media a nivel mundial.

A su vez, si se tiene en cuenta la situación de los centros penitenciarios de la región, el porcentaje de PPLE en Uruguay es inferior al del resto de los países. Inclusive, está por debajo del presentado por Argentina, en donde las PPLE, mayoritariamente de origen español, estadounidense y uruguayo, representan el 6% del total de población penitenciaria. (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2017, p. 1) En otros países, como Perú, se ha constatado un aumento continuo del ingreso de extranjeros a los centros penitenciarios, principalmente de venezolanos pertenecientes a bandas internacionales. Estos, en 2017, representaban el 3% de la población extranjera privada de libertad. Empero, para enero de 2024, ya eran el 71% de los 4.590 extranjeros encarcelados en Perú; es decir, casi un 5% de las 95.000 PPL recluidas en los centros penitenciarios peruanos. (Pérez Guadalupe & Nuñovero, 2024, p. 147)

El citado porcentaje de PPLE, en las unidades penitenciarias uruguayas, disminuye a la hora de analizar su situación migratoria o de residencia en el país. Si se tiene solo en cuenta a las PPLE que cuentan con residencia permanente o temporaria, su número representa el 2% del total de la población reclusa.

A lo largo de los años, en los cuales se han realizado mediciones sobre la evolución de las PPLE, esto es, a partir de 2019, se han mantenido bastante estables los ingresos a prisión de este colectivo, según se puede observar en el gráfico 1, tanto entre la población masculina como en la femenina.

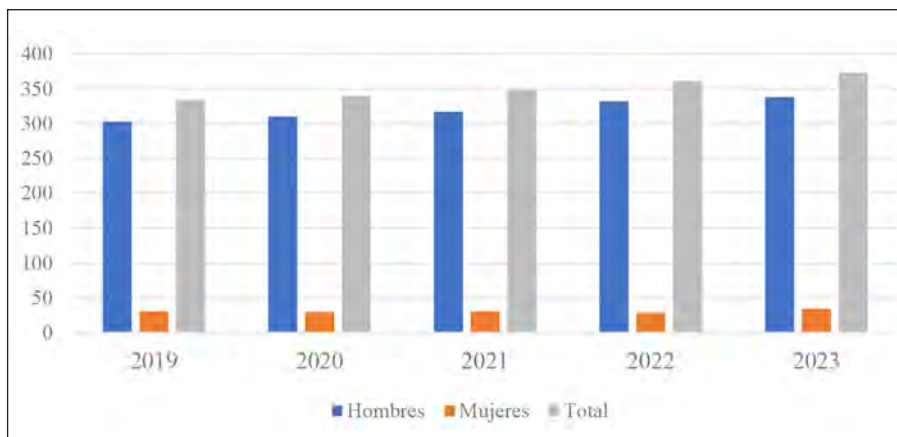
Respecto a la información de cada una de las PPLE, reflejadas en el gráfico anterior, y siguiendo lo establecido por las Reglas Mandela -7- (UNODC, 2015, p. 6), esta se encuentra registrada, por lo menos, a partir del momento en que se crea el PROEM, en una planilla. En esta figura: el nombre completo de la persona, su número de documento, el país de

2 Se trata de una medida estadística con la que se indica la proporción o el porcentaje de cada valor dentro de un conjunto de datos. Permite entender y comparar la distribución de datos en diferentes conjuntos, en este caso de las poblaciones de las PPLE en la totalidad de la población PPL general, y permite visualizar la importancia de cada dato en el contexto más amplio o general.



origen o de nacionalidad, la edad, el género, el tipo de delito cometido, el establecimiento en el cual se encuentra viviendo su privación de libertad, la fecha de ingreso y de proceso, su situación judicial, el juzgado que ha intervenido -en la formalización, condena o pena establecida- y los antecedentes penales (Focus Group a referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024). Esta información es de vital importancia no solo para conocer la situación, en cada momento, de las PPLE, sino también para garantizar sus derechos humanos establecidos en las propias Reglas Mandela.

Gráfico 1. Evolutivo de cantidad de PPLE (totales por género)



Fuente: Elaboración propia con datos del INR 2024.

### 3.1.2. Distribución y hacinamiento en los establecimientos penitenciarios

En cuanto, a la distribución por unidades penitenciarias, (tabla 1), la mayoría de las PPLE se encuentran en la denominada zona metropolitana y cercanías. Es decir, en la capital del país Montevideo (Unidades 1, 4, 5, 6, 7 y 25) y los departamentos circundantes (Unidades 3, 7, 10 y 13) a las cuales se les suma la Unidad 13 ubicada en la frontera seca entre Rivera, en Uruguay, y Santana Do Livramento, en Brasil.

Si comparamos esta distribución con las PPL en general, se pueden observar algunas diferencias (tabla 1).

La mayor parte de las PPL se encuentran en la Unidad 4 de Santiago Vázquez (ex Comcar) y en la 1 (PPP de Punta de Rieles), a diferencia de las extranjeras que están en la Unidad 3 de Libertad, en el departamento de San José.

Asimismo, la presencia de PPL nacionales en la Unidad 12 de Rivera -Cerro Carancho- no es importante porcentualmente cuando, en cambio, sí lo es entre las extranjeras. Este hecho se vincula a la presencia de bandas brasileñas que operan en la zona.

Los cambios en la distribución por unidades, entre las PPL en general y las extranjeras, se relacionan, no solo con el lugar en el cual se cometió el delito, sino también por las decisiones tomadas por el INR que procuran: separar a las bandas delictivas rivales; castigar a las PPLE por haber cometido faltas consideradas graves; acercarlas al lugar en el cual se encuentra residiendo sus familiares, en caso de tenerlos en territorio uruguayo.

Tabla 1. Distribución total de las PPLE  
en las unidades penitenciarias de mayor a menor número

| Unidades                                    | Totalidad de PPLE | Unidades                                    | Totalidad de PPL |
|---------------------------------------------|-------------------|---------------------------------------------|------------------|
| 3 (San José Libertad)                       | 92                | 4 (Santiago Vázquez)                        | 5.000            |
| 4 (Santiago Vázquez)                        | 86                | 1 (PPP Punta de Rieles)                     | 1.767            |
| 12 (Rivera Cerro Carancho)                  | 54                | 7 (Canelones)                               | 1.242            |
| 1 (PPP Punta de Rieles)                     | 35                | 13 (Maldonado Las Rosas)                    | 1.136            |
| 5 (Femenino)                                | 25                | 3 (San José Libertad)                       | 1.119            |
| 7 (Canelones)                               | 20                | 5 (Femenino)                                | 826              |
| 13 (Maldonado Las Rosas)                    | 13                | 12 (Rivera Cerro Carancho)                  | 787              |
| 6 (Punta de Rieles)                         | 12                | 6 (Punta de Rieles)                         | 592              |
| 15 (Cerro Largo Conventos)                  | 6                 | 20 (Salto)                                  | 480              |
| 24 (Soriano Pense)                          | 5                 | 24 (Soriano Pense)                          | 358              |
| Centro de Ingreso, Diagnóstico y Derivación | 4                 | 16 (Paysandú)                               | 355              |
| 25 (Máxima Seguridad)                       | 3                 | 15 (Cerro Largo Conventos)                  | 307              |
| 20 (Salto)                                  | 3                 | 14 (Colonia Piedra de los Indios)           | 253              |
| 9 (Mujeres con hijos)                       | 2                 | 21 (Artigas)                                | 253              |
| 21 (Artigas)                                | 2                 | 19 (Florida)                                | 178              |
| 22 (Rocha)                                  | 2                 | 26 (Tacuarembó)                             | 175              |
| 26 (Tacuarembó)                             | 2                 | 17 (Lavalleja Campanero)                    | 173              |
| 10 (San José Juan Soler)                    | 1                 | 22 (Rocha)                                  | 156              |
| 14 (Colonia Piedra de los Indios)           | 1                 | 18 (Durazno)                                | 153              |
| 19 (Florida)                                | 1                 | 23 (Treinta y Tres)                         | 149              |
| 17 (Lavalleja Campanero)                    | 1                 | Centro de Ingreso, Diagnóstico y Derivación | 124              |
| 18 (Durazno)                                | 1                 | 11 (Río Negro Cañitas)                      | 108              |
| 23 (Treinta y Tres)                         | 1                 | 10 (San José Juan Soler)                    | 55               |
| 16 (Paysandú)                               | 1                 | 9 (Mujeres con hijos)                       | 38               |
|                                             |                   | 2 (San José La Chacra)                      | 36               |
|                                             |                   | 8 (Domingo Arena)                           | 31               |
|                                             |                   | 25 (Máxima Seguridad)                       | 29               |
|                                             |                   | Mental (Ex Cárcel Central)                  | 12               |

Fuente: Elaboración propia con datos del INR (2024, p. 31) y encuesta elaborada para este estudio (2024).

Si se tiene en cuenta la mirada, desde una perspectiva de género en la distribución por unidades penitenciarias, se puede observar cómo las mujeres se encuentran concentradas en 9 unidades contra las 21 en las cuales se localiza el total de la población extranjera privada de libertad. Es decir, se hallan en aquellas unidades exclusivamente femeninas o en las que se cuentan con módulos o pabellones separados de la población general. Este hecho se debe a lo establecido en las Reglas Mandela. En la regla 11 se establece la separación de las PPL, en el mismo establecimiento o en establecimientos diferentes,



por categorías, de acuerdo al género, la edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. (UNODC, 2015, p. 7)

Las mujeres privadas de libertad extranjeras se encuentran recluidas en la Unidad 5 -Femenino- (64%) y en las unidades que cuentan con pabellones o sectores femeninos (Unidad 15 -Cerro Largo Conventos, 8%; Unidad 20 -Salto-, 5%; Unidad 9 -Mujeres con hijos-, 5%; Unidad 18 -Durazno, 3%; Unidad 19 -Florida, 3%; Unidad 21 -Artigas, 3%; Unidad 12 -Cerro Carancho-, 3%; Unidad 12 -Maldonado Las Rosas-, 3%). (INR, 2024, p.31; Encuesta, 2024)

La gran concentración de PPLE, tanto de hombres como de mujeres, presentada en la tabla 1, en un número pequeño de unidades penitenciarias, provoca un importante hacinamiento.

Se habla de hacinamiento carcelario cuando la cantidad de PPL excede la capacidad existente en las unidades penitenciarias para albergarlas. Es decir, cuando el número de plazas es inferior a la totalidad de PPL presentes. La tasa de hacinamiento se calcula dividiendo el número de PPL alojadas entre el número de cupos (lugares disponibles) y se multiplica por 100. En caso de las unidades penitenciarias uruguayas, se toma la información de los cupos totales con los que se cuenta. La totalidad de estos sería el 100% y si la población penitenciaria es mayor, entonces, el porcentaje resultante será mayor a esa cifra, hablándose entonces de hacinamiento. Es decir, hay más personas en privación de libertad en una determinada unidad de lo que lo que esta puede albergar.

La capacidad de las prisiones se mide de manera diferente en los países. Junto con ello, la tasa de hacinamiento no posee un valor claro como indicador de las condiciones en las cuales las PPL se encuentran alojadas o de la severidad de los problemas que deben confrontar. De este modo, se puede afirmar como los niveles de hacinamiento por sí solos no son representativos de las condiciones vividas por las PPL nacionales y las extranjeras. No obstante, esta es la única medida cuantitativa de la cual se dispone en la actualidad a la hora de contar con una información estándar comparativa entre los diferentes países. (UNODC, 2014, p. 21)

El hacinamiento trae aparejados distintos problemas como: mala convivencia; falta de una adecuada atención médica y nutricional; aumento de problemas individuales de salud mental y bienestar físico; carencia de saneamiento; estrés del personal. (Juanche & Vigna, 2024, p. 1; Norwood, 2023, p. 8; Alvarado & Vélez-Grajales, 2019, p. 6; Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

Asimismo, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) a través de los Estándares Interamericanos Sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad establece que:

una prisión sobrepoblada 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 (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. (Corte IDH, 2006, s/p)

A su vez, los citados efectos del hacinamiento en las prisiones crean una enorme carga financiera para los gobiernos y afecta gravemente la cohesión social de las sociedades. (UNODC, 2014, p. 19)

En la siguiente tabla se puede observar el nivel de hacinamiento existente en las unidades penitenciarias uruguayas, en las cuales conviven los extranjeros con el resto de las PPL:

Tabla 2. Nivel de hacinamiento en las unidades penitenciarias uruguayas

| Unidades                                  | Nivel de hacinamiento (%) |
|-------------------------------------------|---------------------------|
| 1 PPP (Punta de Rieles)                   | 93                        |
| 2 San José (Chacra)                       | 41                        |
| 3 Libertad                                | 91                        |
| 4 Santiago Vázquez (ex Comcar)            | 128                       |
| 5 Femenino (Mujeres)                      | 169                       |
| 6 Punta de Rieles                         | 88                        |
| 7 Canelones                               | 125                       |
| 9 Mujeres con hijos                       | 77                        |
| 10 San José (Juan Soler)                  | 54                        |
| 11 Río Negro (Cañitas)                    | 107                       |
| 12 Rivera (Cerro Carancho) y Anexo Ataque | 149                       |
| 13 Maldonado (Las Rosas)                  | 145                       |
| 14 Colonia (Piedra de los Indios)         | 133                       |
| 15 Cerro Largo (Conventos)                | 156                       |
| 16 Paysandú                               | 182                       |
| 17 Lavalleja (Campanero)                  | 100                       |
| 18 Durazno                                | 171                       |
| 19 Florida                                | 98                        |
| 20 Salto y Anexo Tacuabé                  | 170                       |
| 21 Artigas y Anexo Pintado Grande         | 189                       |
| 22 Rocha                                  | 139                       |
| 23 Treinta y Tres                         | 170                       |
| 24 Soriano (Pense)                        | 139                       |
| 25 Máxima Seguridad                       | 48                        |
| 26 Tacuarembó                             | 85                        |

Fuente: Elaboración propia con información obtenida de los referentes del PROEM y del InformeComisionado Parlamentario Penitenciario, 2024, p. 93.

De acuerdo con los datos brindados, en la tabla anterior, se constatan niveles críticos de hacinamiento en la mayoría de las unidades penitenciarias uruguayas del interior del país y en algunas del área metropolitana, justamente en las que se encuentra un número importante de PPLE, con la excepción de las unidades 1, 2, 3, 6, 9, 10, 17, 19, 25 y 26. En

estas últimas, no se ha llegado a la capacidad límite debido a una sobreestimación de la cantidad de plazas reales en esas unidades. Si desde hace tiempo no pueden ser cubiertas para no afectar la convivencia o el trabajo de rehabilitación, o si no existen los recursos humanos para trabajar en los procesos de perfilamiento para ocuparlas, entonces se debería interpretar que no son plazas efectivamente funcionales. Esta sobreestimación de la capacidad de alojamiento en algunos sectores y unidades cuyas plazas “no son o no pueden ser utilizadas desde hace tiempo, atempera el promedio general de hacinamiento y puede llevar a una subestimación del problema para la toma de decisiones de política pública”. (Comisionado Parlamentario, 2024, p. 94)

Es altamente preocupante el nivel de hacinamiento presentado por las mujeres en la unidad 5 -Femenino- relacionado al aumento de su ingreso en el sistema penitenciario de la mano de los delitos de estupefacientes. Durante el trabajo de campo se ha sido testigo del citado hacinamiento del cual se pudo dar cuenta en la observación etnográfica realizada. (Observación etnográfica no participante, 2024) De este modo, no se cumple con lo establecido en las Reglas Bangkok (UNODC, 2011, p. 9), en concreto la 4, en donde se establece que, en la medida de lo posible, las mujeres deben ser enviadas a los centros penitenciarios cercanos a sus hogares teniendo presentes; “sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados”.

Inclusive, en el caso de los hombres también el hecho de llevarlos fuera de su zona de residencia o de origen incumple con lo establecido en las Reglas Mandela -59- (UNODC, 2015, p.21) en donde se manifiesta la necesidad, siempre y cuando sea factible, de “internarlos en centros cercanos a su hogar o al lugar de su reinserción social”. Esta es una forma de no romper con sus vínculos familiares.

El incumplimiento de ambas reglas se convierte en una vulneración de los derechos de estas personas y, a su vez, agrava su situación de encierro por no poder contar con la contención de sus familiares.

Esta situación de hacinamiento descrita en los centros de reclusión uruguayos no es solo privativa del sistema penitenciario uruguayo, sino del latinoamericano en general. En su inmensa mayoría los sistemas penitenciarios de América Latina presentan problemas de hacinamiento, y, en casi la totalidad de éstos, con niveles críticos y alarmantes (densidad de 120% o más), provocando situaciones de grave vulneración a los derechos humanos y exponiendo a los Estados a la consecuente responsabilidad internacional. Esta situación se debe a la utilización generalizada de la pena privativa de libertad, que se ha convertido en uno de los mayores problemas de los sistemas penales de los estados latinoamericanos, provocando con ello situaciones de gran vulneración a los derechos humanos. (Rodríguez, 2015, p. 7) En este sentido, el Relator sobre la Tortura de las Naciones Unidas, en oportunidad de su visita a Uruguay en 2009, consideró que “la utilización de la prisión como medida habitual y no de último recurso no ha servido para reducir los índices de delincuencia ni para prevenir la reincidencia”. (ONU, 2009, p. 23)

El hacinamiento de las PPL fomenta la reincidencia de estas una vez liberadas. En situaciones de hacinamiento y de gran vulnerabilidad no se puede producir la reinserción en la sociedad. (Comisionado Parlamentarios para las Cárceles, 2024, p. 91) Este hecho puede terminar produciéndose también, a futuro, en las PPLE.

3.1.3. Orígenes nacionales y documentación de las PPLE

Con relación, en concreto, al origen de las PPLE, se puede observar, en la tabla 3, un predominio de las brasileñas y las argentinas. Este hecho no se corresponde con la distribución por nacionalidades de los extranjeros residentes en Uruguay, en donde predominan los venezolanos, según los datos arrojados por el Censo de Población de 2023.

Tabla 3. Cantidad y porcentaje de PPLE  
según nacionalidad con perspectiva en género

| Nacionalidad   | Frecuencia relativa | Frecuencia relativa<br>en el total de mujeres |
|----------------|---------------------|-----------------------------------------------|
| Argentina      | 28,15%              | 24,21%                                        |
| Boliviana      | 2,14%               | -                                             |
| Brasileña      | 38,61%              | 43,24%                                        |
| Chilena        | 4,02%               | -                                             |
| Colombiana     | 5,09%               | 5,42%                                         |
| Congoleña      | 0,27%               | -                                             |
| Cubana         | 4,02%               | -                                             |
| Dominicana     | 4,56%               | -                                             |
| Ecuatoriana    | 0,27%               | 2,71%                                         |
| Española       | 0,80%               | 2,71%                                         |
| Estadounidense | 0,80%               | -                                             |
| Guatemalteca   | 0,27%               | -                                             |
| Holandesa      | 0,27%               | -                                             |
| Italiana       | 0,54%               | -                                             |
| Marroquí       | 0,27%               | -                                             |
| Mejicano       | 0,27%               | -                                             |
| Montenegrina   | 0,54%               | -                                             |
| Nigeriana      | 0,80%               | -                                             |
| Paraguayaya    | 4,29%               | 13,58%                                        |
| Peruana        | 1,07%               | 5,42%                                         |
| Polaca         | 0,27%               | -                                             |
| Rusa           | 0,27%               | -                                             |
| Venezolana     | 2,41%               | 2,71%                                         |
| TOTAL          | 100,00%             | 100,00%                                       |

Fuente: Elaboración propia con datos del INR (2024)  
y de la encuesta realizada para este estudio (2024).

Claramente, sobresale el número de las PPLE brasileñas seguidas de las argentinas tanto entre los hombres y las mujeres. La explicación la podemos encontrar en el hecho de que Uruguay y Brasil se encuentran separados en varias regiones del norte y noreste por las fronteras secas, es decir, aquellas en las cuales la división entre ambos países no

discurre por una frontera acuática. Este tipo de fronteras son más permeables a la hora de la circulación de las personas. Es común que muchas veces estas trabajen de un lado de la frontera y vivan del otro lado manteniendo su documentación de origen. (Alicia Schiavo, comunicación personal, 2024) Esto provoca una importante fragilidad entre las PPLE brasileñas, porque cuando ingresan a prisión no suelen contar con documento de identidad uruguayo haciendo más difícil su inclusión laboral en el ámbito de privación de libertad o simplemente en su acceso a estudios o una atención sanitaria integral.

Muy de lejos, en número, siguen a las brasileñas y a las argentinas las PPLE procedentes de otros países de la región como: Colombia, República Dominicana, Paraguay, Chile y Cuba. Entre las mujeres, las de origen paraguayo siguen en número a las de origen brasileño y argentino, seguidas por las colombianas, peruanas, ecuatorianas, españolas y venezolanas.

En ambos casos, llama la atención la baja presencia de PPLE venezolanas. Los migrantes, de origen venezolano, se han convertido en el principal contingente migratorio arribado a Uruguay durante el período intercensal. Este hecho podría vincularse a las características presentadas por los migrantes venezolanos arribados a Uruguay antes de la pandemia del Covid-19. Se trataba de una migración altamente cualificada que incluso traía un capital para instalarse o contaba con redes de contención y de ayuda de su mismo origen. (Facal & Casal, 2018, p. 243) Esta situación de partida ventajosa explicaría su alejamiento de la marginación y el delito.

Otro dato importante, para tener en cuenta a la hora de comprender la distribución de las PPLE por nacionalidad, se vincula al tipo de documentación presentada a la hora de entrar al sistema penitenciario. Esta se encuentra estrechamente relacionada con su situación migratoria. Las personas extranjeras en Uruguay, que han iniciado su trámite migratorio (residencia o solicitud de refugio), acceden a una cédula de identidad uruguaya de carácter provisorio. Con posterioridad, una vez acceden a la residencia o al estatus de refugiado, pueden tramitar la cédula que tiene una duración de tres años. Este tipo de documentación habilita a las personas no solo a trabajar, sino también les permite su acceso a una vivienda y al sistema integral de salud. Mientras no se accede a ese documento, la situación de los extranjeros es de gran vulnerabilidad.

Con respecto a las PPLE, solo el 40 % contaba con cédula de identidad uruguaya en el momento de su ingreso a prisión. (INR, 2024, p. 5) Este documento es el que les permite acceder a la educación, al trabajo y a la salud integral. El resto contaban únicamente con el pasaporte (12%) u otro tipo de documentación de su país de origen (48%) debido a su situación de irregularidad o de tránsito en el país. Este hecho muestra una situación de gran fragilidad.

#### 3.1.4. Distribución por género

En cuanto a la distribución por género de las PPLE, se observa un predominio masculino -90%-. (INR, 2024, p. 3) Esta relación se presenta de forma casi similar entre las PPL nacionales -92% hombres contra un 8% de mujeres-. (INR, 2024, p. 3)

La situación encontrada se vincula con los hallazgos, en general, de la investigación criminológica. (Rodríguez 2009, p. 163) Si bien la estadística es clara en relación con la preeminencia masculino, la explicación a tal hecho no es nada sencilla.

Uno de los grandes desafíos de la Criminología actual es el de explicar el denominado *gender gap* (brecha de género) en la comisión del delito. Hasta el momento no se ha podido formular una teoría general de amplio consenso al respecto. Sí, nos podemos encontrar con diversas teorías que intentan dar algunas respuestas. Estas se pueden resumir en tres grandes bloques: las de enfoque biológico de la mano del positivismo; las psicosociales; los enfoques actuales.

Las teorías del primer bloque, surgidas entre fines del siglo XIX y primera del XX, encabezadas por los criminólogos italianos Lombroso y Ferrero (1895), ponen el foco en aspectos biológicos a la hora de dar respuesta a la pregunta formulada más arriba. De acuerdo con estos autores las mujeres criminales, a diferencia de las que no lo son, tienen una apariencia física más masculina. El resto de las mujeres transgreden, en menor medida, las normas de la sociedad debido a su constitución y debilidad física las cuales se encuentran determinadas por su genética. (Díaz Ortega, 2020, p. 4)

A principios del siglo XX surgen las teorías de corte psicosocial. Sus máximos representantes son Durkeim, Freud, Watson, Marx, Ferracuti, Marchiori y Quiróz. (Romero & Aguilera, 2002, pp. 16-17) Según este tipo de teorías, la disparidad en las cifras entre los hombres y las mujeres a la hora de cometer delitos, se explica principalmente por los roles distintos, la educación desigual y las posiciones sociales que desempeñan ambos en la sociedad. Asimismo, entre estas teorías se encuentran las marcadas por la emancipación femenina según las cuales, a medida que las mujeres continúen escalando posiciones en la sociedad logrando romper el *gender gap* y la relegación sufrida hasta ese momento a la esfera de lo privado, las cifras de delincuencia entre hombres y mujeres se igualarán. (Díaz Ortega, 2020, p. 5)

El último bloque de teorías surgidas a fines del siglo XX y principios del XXI se centra en el estudio de los factores de riesgo y protección de ambos géneros. Un primer grupo de teorías asegura como los mismos factores asociados con la delincuencia masculina pueden predecir la delincuencia femenina. La diferencia en las cifras de delincuencia, netamente superiores de los hombres sobre las mujeres, se debe a una sobreexposición de los hombres a los factores de riesgo vinculados al ambiente de crianza y de los lugares en los cuales sociabiliza. (Rodríguez, 2009, p. 171)

Muy posiblemente el contexto social en el cual se mueven las personas, los roles de ambos géneros puedan llegar a tener cierta incidencia a la hora de cometer delitos y del posterior ingreso a los centros penitenciarios.

Sin embargo, en las últimas dos décadas, y especialmente a partir de 2020, se ha producido un aumento en el número de mujeres, tanto nacionales como extranjeras, en privación de libertad. (INR, 2024, p. 3) El porcentaje “de la población femenina primaria (70%) es altamente superior al de los varones primarios (38%), lo que da cuenta del incremento de la participación de la mujer en la violación a la norma” (Diagnóstico MPL, 2024:22). Este aumento se relaciona con los delitos vinculados principalmente al microtráfico penalizado con penas de penitenciaría y esto no es solo propio de Uruguay. De acuerdo con Giacomello (2013. P. 1),

Este fenómeno se ha registrado a nivel mundial y América Latina no ha sido una excepción. Cada vez más mujeres se insertan en los circuitos de tráfico de estupefacientes como consumidoras, vendedoras al menudeo y transportistas locales (incluyendo en



la prisión), nacionales e internacionales. En distintos países del mundo, la población penitenciaria femenina ha crecido a una tasa superior que la población masculina, pese a que sigue representando una minoría

Con respecto al delito mencionado, de acuerdo a lo señalado en el informe Diagnóstico MPL,

los puestos más bajos, ocupados por mujeres en condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica, tienen una mayor exposición al poder punitivo del Estado. El hecho de que ellas desempeñen los roles inferiores en las redes de comercialización encuentra su paralelo en las condiciones de pobreza que padecen dentro del régimen social (2016:9).

Además, de acuerdo al estudio realizado Folle y Mosquera sobre Mujeres en pugna: prisión, dominación, resistencias, las mujeres privadas de libertad que se encuentran en la Unidad 5 -Femenino-,

han sufrido violencia y abusos sexuales a lo largo de su vida en un porcentaje cercano al 90%, de acuerdo a nuestros datos. Existe una relación entre delito y violencia doméstica. Se ha documentado en varios países la influencia de esta violencia en la comisión del delito (homicidio a compañeros o padres violentos, complicidad en delitos, trayectorias delictivas vinculadas al abandono de sus hogares por maltrato y abuso sexual) [...] El modelo monoparental con familias extendidas, encabezado por la mujer, quien es agente activo y proveedor de infraestructura, soporte y cuidado, es el prevalente. Este modelo ha permitido señalar la pertinencia de la relación entre el delito cometido y las cargas que soportan las mujeres. Cuando estas mujeres son encarceladas, se desencadena un efecto dominó de exclusión social sobre los miembros de su familia, especialmente hijas e hijos. Se calcula que al menos 77 % de las MPL [mujeres privadas de libertad] tienen hijos menores de edad. (Folle y Mosquera, 2016:203-204)

67

Estos hallazgos indican cómo ha aumentado la brecha de género con relación a la situación de partida de las mujeres privadas de libertad, quienes han sufrido, previamente, de violencia de género y, a su vez, suelen ser el sustento de sus familias de carácter monoparental. Las circunstancias mencionadas, sumadas a su constante aumento en los centros penitenciarios, muy superior, en porcentaje, al presentado por los hombres, agranda la brecha de género.

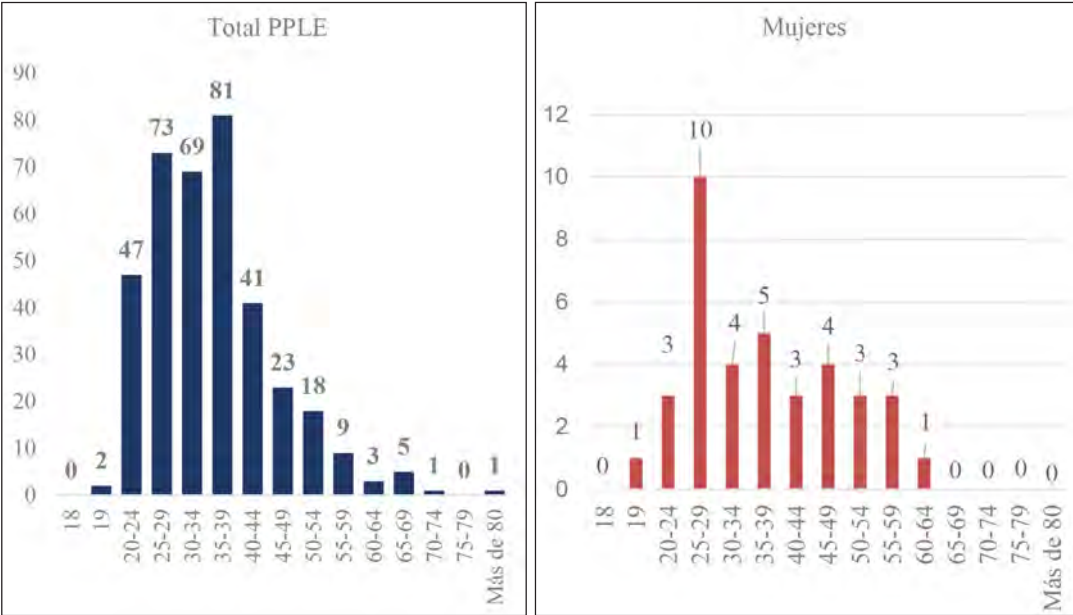
### 3.1.5. Edad

En cuanto a la distribución según franjas etarias, seguida por las PPLE en los centros penitenciarios uruguayos, esta es bastante similar a la presentada por la población extranjera en general residente en Uruguay. La mayor parte de ellas se encuentran ubicadas en edades que van de los 20 a los 44 años, predominando aquellos que tienen entre 35 y 39 años y los que van de los 25 a los 29 años (gráfico 2).

Con respecto, específicamente a la población penitenciaria femenina extranjera, se puede observar un predominio en la franja etaria que va de los 25 a 29 años (27%). Por detrás se encuentran las comprendidas entre los 35 y 39 años (13.5%). A diferencia de los hombres, no hay, entre las mujeres, adultas mayores privadas de libertad.



Gráfico 2. PPLE según franja etaria



Fuente: Elaboración propia con datos del INR, 2024, p. 3.

La distribución por edades de las PPLE, a su vez, es similar a la presentada por las PPL en general. Entre estas últimas se da una preeminencia entre quienes tienen entre 25 y 29 años (24%). A estas le siguen quienes se encuentran en las franjas etarias comprendidas entre los 30 a los 34 años (20%), los 20 a 24 años (18%) y los 35 a 39 años (14%). (INR 2024, p. 2)

El hecho de que la población privada de libertad, tanto nacional como extranjera, sea joven se relaciona con los bajos niveles educativos presentados, como veremos en el siguiente punto. De acuerdo a un informe realizado en conjunto, en 2022, por el Programa Nacional de Educación en Cárceles (PNEC), el Área de Innovación Educativa y la División de Investigación y Estadística de la Dirección Nacional de Educación del Ministerio de Educación y Cultura, el nivel educativo de las PPL está fuertemente concentrado en el grado de Primaria e inclusive más de la mitad (51,5%) son alfabetos funcionales<sup>3</sup>. (MEC, 2022, p. 17) Este hecho se vincula a su procedencia de contextos de gran vulnerabilidad, con bajas perspectivas de inclusión laboral. Inclusive, 8 de cada 10 PPL recibieron, en el pasado, prestaciones sociales del Ministerio de Desarrollo Social (principalmente transferencias monetarias o canastas de alimentación) o participaron en programas de tiempo completo en el Instituto del niño y adolescente del Uruguay. (MEC, 2022, p. 39)

Es un hecho constante que las poblaciones privadas de libertad de Uruguay sean cada vez más jóvenes. (Salinas, 2021, p. 212)

### 3.2. Nivel educativo

En cuanto, a la variable vinculada al nivel educativo de las PPLE, esta permite conocer el grado de integración de la PPLE en la sociedad de origen y de acogida antes de su ingreso a la prisión. Además, el conocimiento del nivel de estudios que poseen

3 Es decir, carecen de la capacidad de leer, escribir y calcular de manera eficiente para la realización de las actividades cotidianas.

las personas es importante, porque gracias a la certificación de sus saberes es posible ingresar al mercado laboral, la puerta de la integración de las personas en la sociedad. Si las personas presentan déficit educacional, esto las hará más vulnerables e inclusive pueden llegar a ser víctimas de explotación o engaño.

La mayoría de las PPLE encuestadas para esta investigación (tabla 4) poseen educación secundaria incompleta como mayor nivel educativo alcanzado (18.9%). Les siguen aquellas personas cuyo último nivel educativo es la educación primaria incompleta (17.53%) y la educación primaria completa (14.09%). En el otro extremo, la minoría posee educación tecnológica completa, educación tecnológica incompleta y educación terciaria no universitaria incompleta: estos tres niveles educativos se encuentran empatados en su representación del 1.72% de la población encuestada. En un país como Uruguay, en el cual viene aumentando la creación de empleos vinculados a las áreas tecnológicas, se puede observar como tan sólo un pequeño porcentaje de las PPLE se podrían insertar laboralmente en estas.

Tabla 4. Último nivel educativo

| Último nivel educativo                                 | Porcentaje (%) |
|--------------------------------------------------------|----------------|
| Educación primaria incompleta                          | 17.53          |
| Educación primaria completa                            | 14.09          |
| Ciclo básico de la Educación Secundaria incompleta     | 18.90          |
| Ciclo básico de la Educación Secundaria completa       | 9.28           |
| Bachillerato incompleto                                | 7.56           |
| Bachillerato completo                                  | 11.34          |
| Educación tecnológica incompleta                       | 1.72           |
| Educación tecnológica completa                         | 1.72           |
| Carrera de grado terciaria no universitaria incompleta | 4.47           |
| Carrera de grado terciaria no universitaria completa   | 1.72           |
| Carrera universitaria no completa                      | 7.56           |
| Carrera universitaria completa                         | 4.12           |

Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este para este estudio, 2024.

El acceso a la educación presentado por las PPLE muestra el grado de vulnerabilidad vivido en sus sociedades de origen, lo cual las terminan induciendo a la comisión de delitos. Esta relación ha sido estudiada en diferentes países desde los países nórdicos (Meghier, Palme & Schnabel, 2023, p. 3) hasta los de Latinoamérica (Millán-Valenzuela & Pérez-Archundia, 2019, p. 2). Por tal motivo, una vez en privación de libertad se hace necesario brindarle a las PPL nacionales y, en el caso estudiado, a las extranjeras en particular, las herramientas adecuadas para acceder a una educación apropiada con la cual puedan reintegrarse en la sociedad una vez liberadas.

Entre las PPLE, que contaban con estudios tecnológicos o terciarios, se les pidió especificar cuáles eran estos, y las respuestas brindadas se pueden observar a continuación:

|                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------------|
| <b>1. Tecnología e informática</b>                                              |
| Análisis y desarrollo de sistemas                                               |
| Informática (2 menciones)                                                       |
| Ingeniero en sistemas                                                           |
| Sistemas electrónicos                                                           |
| Academia de fotografía y filmación (audiovisual, aunque vinculado a tecnología) |
| <b>2. Construcción y oficios relacionados</b>                                   |
| Maestro constructor (2 menciones)                                               |
| Constructor de obra                                                             |
| Albañil (2 menciones)                                                           |
| Electricista                                                                    |
| Electricidad, herrería, albañilería                                             |
| Albañilería, construcción de cercos, herrería                                   |
| Tornero, repostero, gastronomía, panadero, oficial pintura                      |
| Oficial pintor, yesero, operador de grúa                                        |
| Carpintero, mecánico y desabollador                                             |
| Projetista marceneiro (diseñador carpintero)                                    |
| Carpintería, reparación de celulares                                            |
| Tapicero, herrería, pizzero, albañil, mozo, artesano, delivery                  |
| <b>3. Mecánica e Ingeniería Técnica</b>                                         |
| Mecánica automotriz (2 menciones)                                               |
| Mecánica, ingeniería de mantenimiento                                           |
| Técnico electromecánico                                                         |
| Mecánico chapista                                                               |
| Bachiller Técnico en Mecánica Industrial                                        |
| Ingeniería mecánica (2 menciones)                                               |
| Licenciatura en Ingeniería Marina                                               |
| <b>4. Educación, Deportes y Formación</b>                                       |
| Licenciado en cultura física y deporte                                          |
| Preparador físico                                                               |
| Coach alto rendimiento deportivo                                                |
| Entrenamiento deportivo                                                         |
| Profesor en educación integral                                                  |
| Técnico Superior en Áreas Sociales                                              |
| Asesor pedagógico en venta de intangibles                                       |
| Director técnico de fútbol                                                      |
| <b>5. Salud, Estética y Terapias</b>                                            |
| Enfermería                                                                      |
| Odontólogo                                                                      |
| Asesor en salud y estructura capilar                                            |
| Barbería, colorimetría y estética                                               |
| Mecánica y barbería                                                             |
| Peluquero                                                                       |
| Acupuntura                                                                      |
| Operador terapéutico                                                            |
| <b>6. Gastronomía y Alimentos</b>                                               |
| Gastronomía internacional                                                       |
| Tecnólogo en gastronomía                                                        |
| Si tengo un restaurante de sushi                                                |

|                                                                                        |
|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Tornero, repostero, gastronomía, panadero                                              |
| Director técnico de fútbol/profesional gastronómico                                    |
| Gastronomía, repostería, cocina especializada                                          |
| <b>7. Ciencias Sociales y Administración</b>                                           |
| Psicología (incompleto)                                                                |
| Gestión de negocios con enfoque en administración                                      |
| Licenciatura en Finanzas, Licenciatura en Lingüística (Finanzas, Lingüística)          |
| Licenciatura en Ciencias Políticas (Ciencias políticas)                                |
| Contador/ audiovisual                                                                  |
| Publicista fotógrafa                                                                   |
| Periodismo y comunicación social                                                       |
| FIC Facultad de Información y Comunicación                                             |
| <b>8. Otros oficios y especialidades</b>                                               |
| En un aserradero (Industria maderera)                                                  |
| Artesano jardinero                                                                     |
| Tapicero, herrería, pizzero, albañil, mozo, artesano, <i>delivery</i> (varios oficios) |

Se puede apreciar cómo los estudios realizados son muy variados y en su conjunto contribuyen a tareas necesarias en una sociedad como la uruguaya, focalizada en el sector tecnológico y servicios.

El derecho a la educación, en contextos de privación de libertad, se encuentra asegurado no sólo por las Reglas Mandela (UNODC, 2015, p. 34) sino también por varios principios y acuerdos tanto a nivel internacional como regional y en la propia normativa uruguaya acompañada por el Plan Nacional de Educación en Cárceles de 2021.

No obstante, existe una política de cupos para acceder a la educación formal en contextos de encierro a la cual se suma una preocupante falta de maestras y maestros de Educación Primaria y de profesoras y profesores de Educación Secundaria, para asumir la educación de las PPL nacionales y extranjeras. A ello se agrega una falta de apoyo lingüístico para las PPLE cuya lengua materna no es el español. Además, existe una oferta académica desigual en las distintas unidades penitenciarias (Referente en educación del INR, comunicación personal, 2024). De las 373 PPLE sólo un tercio cuenta con acceso a educación. (Encuesta, 2024) El resto se encuentra impedido de hacerlo debido a la falta de cupos o por carecer de documentación uruguaya.

Otro problema identificado con relación al acceso a la educación formal, por parte de las PPLE, es la falta o escaso acceso a estudios de tipo técnico o terciario universitario.

Este conjunto de problemáticas juega en contra de la reinserción en la sociedad de las PPLE una vez liberadas. (Megquier, Palme & Scnabel, 2023, p. 13)

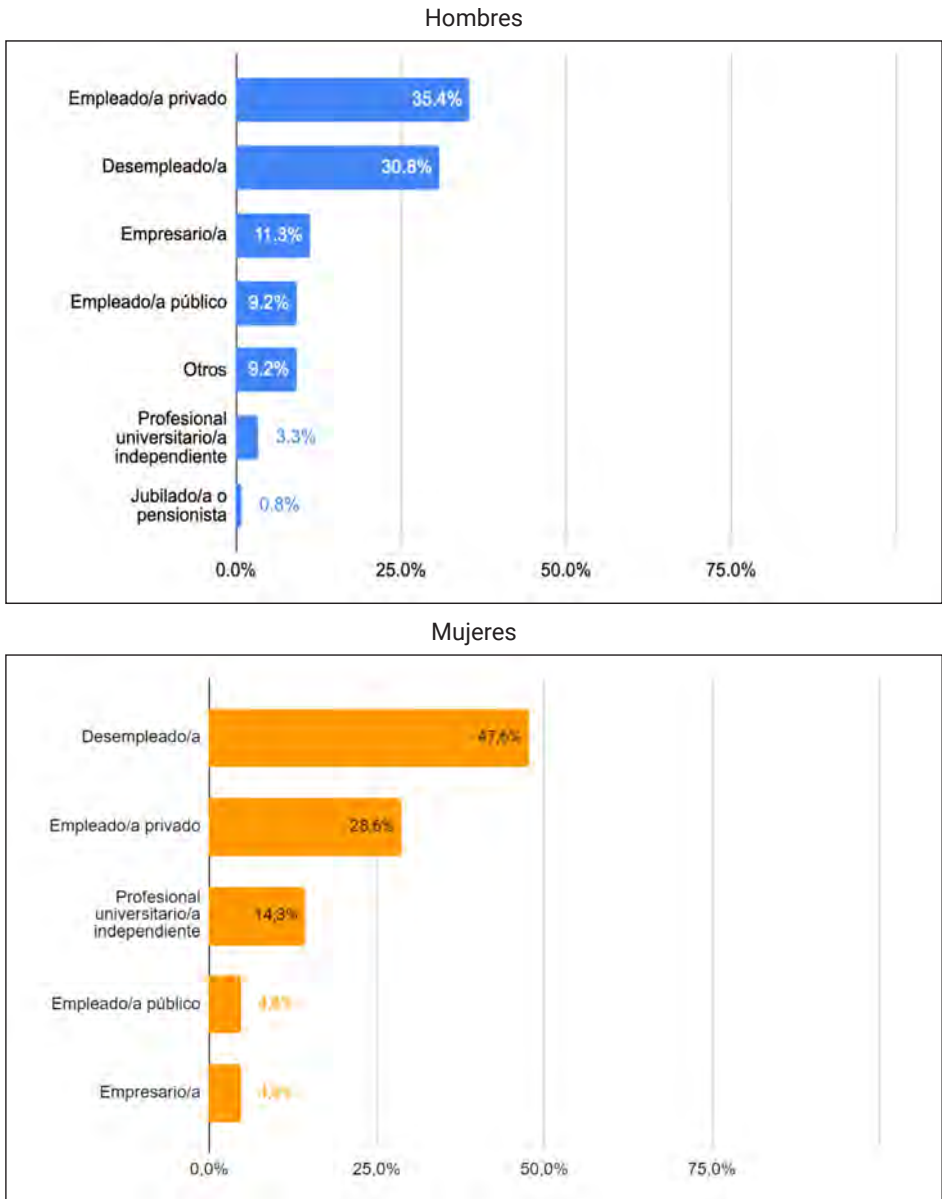
3.3. Inclusión laboral

En lo que respecta a la variable, vinculada a la inclusión laboral de las PPLE, esta permite conocer con mayor profundidad las motivaciones que los llevaron a abandonar sus países de origen. El hecho, por ejemplo, de no encontrarse trabajando o, en el caso de hacerlo, el trabajo realizado no cumple con las expectativas de tener una vida digna, se produce la emigración, para mejorar su calidad de vida y la de sus familiares. (Piore, 1975, p. 125)

En el caso de las PPLE, antes de su ingreso a Uruguay, destaca un alto porcentaje de desempleo (gráfico 3). Vale decir, que no se encontraban trabajando en sus lugares de origen. Esto explica no solo el hecho de su emigración, sino también el de haber cometido los delitos por los cuales debieron ingresar a prisión.

En el caso de las mujeres, la situación de desempleo vivida es aún más acuciante que entre los hombres (gráfico 3).

Gráfico 3. Último trabajo antes del ingreso a Uruguay de las PPLE



Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este estudio, 2024.

Seguidamente se puede apreciar un listado de algunas de las actividades laborales declaradas por las PPLE antes de su arribo a Uruguay.

|                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------|
| <b>1. Choferes (de taxi, Uber, o camión):</b>                            |
| Taxista                                                                  |
| Taxista de Uber                                                          |
| Chofer de aplicaciones de pasajeros                                      |
| Conductor de camión                                                      |
| Conductor de camión, ómnibus y piloto de avión                           |
| <b>2. Trabajadores rurales y agrícolas:</b>                              |
| Agricultor                                                               |
| Cosecha de manzanas                                                      |
| Tractorista, alambrador, hacer cercas, trabajos de campo                 |
| Trabajador rural                                                         |
| Pescador artesanal                                                       |
| Peón rural                                                               |
| <b>3. Trabajadores de la construcción y oficios relacionados:</b>        |
| Carpintería                                                              |
| Construcción                                                             |
| Mozo, ayudante de cocina, pintor                                         |
| Changas                                                                  |
| <b>4. Seguridad privada:</b>                                             |
| Escolta y vigilancia privada                                             |
| <b>5. Profesionales de fitness y deportes:</b>                           |
| Entrenador personal                                                      |
| <b>6. Trabajadores en negocios familiares o personales:</b>              |
| Trabajé en el negocio de mi padre                                        |
| Negocio de venta de ropas                                                |
| <b>7. Especialistas en barbería y estética:</b>                          |
| Especialización en barbería                                              |
| Trabajo como peluquera, empleada doméstica (diarista) y dueña de almacén |
| <b>8. Servicios técnicos y tecnológicos:</b>                             |
| Técnico de celulares                                                     |
| <b>9. Empresarios y ejecutivos:</b>                                      |
| CEO de empresa/agencia de fiestas/catering/modelos                       |
| <b>10. Trabajos ilegales:</b>                                            |
| Realizar un trabajo ilegal                                               |
| <b>11. Contratistas y técnicos especializados:</b>                       |
| Government contractor (contratista del gobierno)                         |
| Marine Engineer (ingeniero naval)                                        |
| <b>12. Guías turísticos y músicos:</b>                                   |
| Guía turístico                                                           |
| Músico                                                                   |
| <b>13. Hostelería y venta:</b>                                           |
| Hostelería                                                               |
| Trabajo como vendedora                                                   |

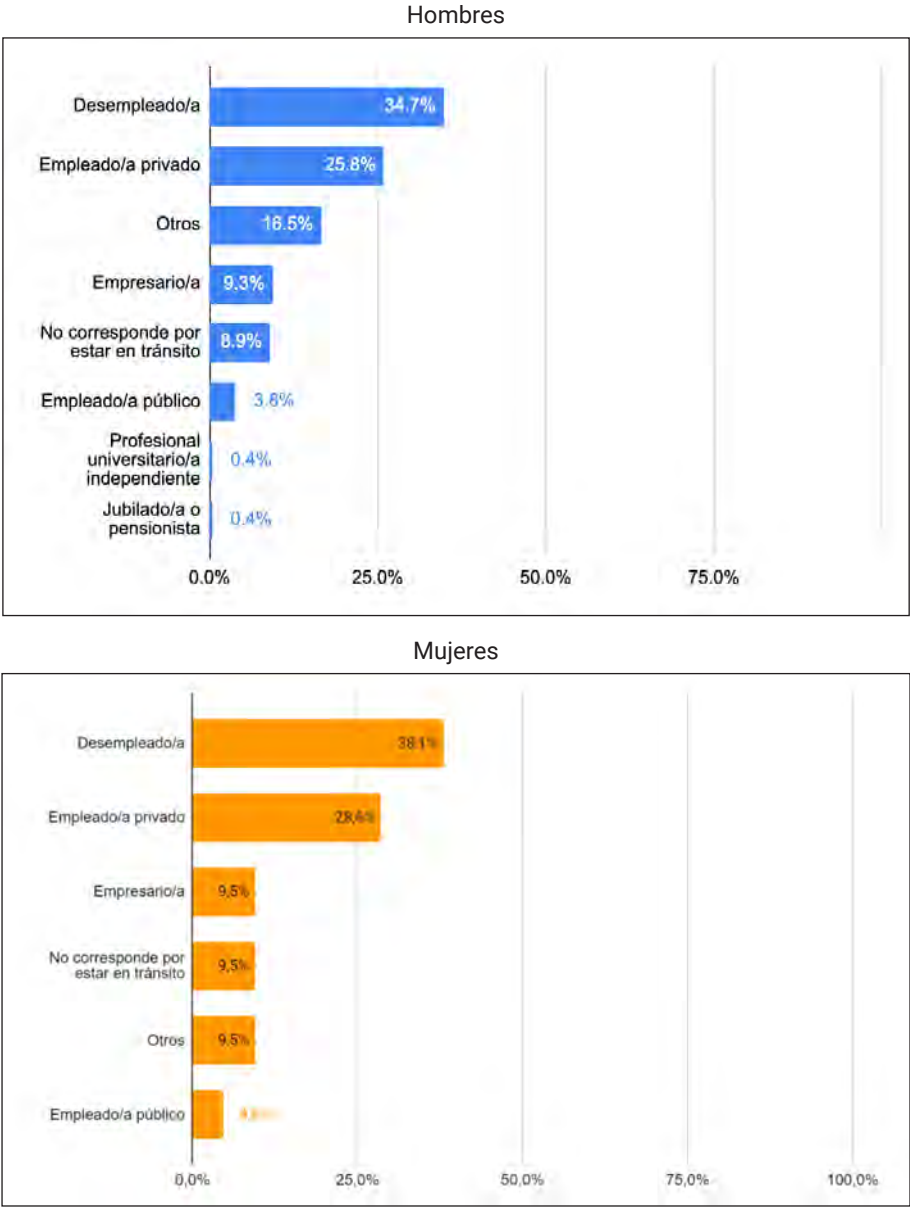
Llama la atención, en las respuestas brindadas, como una de las PPLE manifestó realizar un trabajo ilegal ya en su país de origen. El resto realizaban actividades vinculadas principalmente al sector servicios.

Estas mismas personas, una vez instaladas en Uruguay, han seguido patrones laborales muy similares a los de sus países de origen, con la salvedad de quienes fueron detenidos cuando se encontraban en tránsito (gráfico 4). Nuevamente, se manifiesta un importante porcentaje de PPLE desempleadas antes de su ingreso a prisión. Este dato es importante

porque el hecho de no contar con trabajo deja a las personas en situaciones de gran carencia y fragilidad. Esta circunstancia es clave para comprender como, en este caso, las PPLE a las cuales se les administró la encuesta se dejaron seducir por la comisión de un delito. Asimismo, se mantiene la brecha de género en el acceso al trabajo (gráfico 4).

Encontrar trabajo es mucho más difícil para la mujer que para el hombre en todo el mundo. Cuando la mujer trabaja, suele hacerlo en puestos de baja categoría y en condiciones de vulnerabilidad, y se prevé pocos avances a corto plazo. El índice actual de participación de las mujeres en la población activa en el mundo se aproxima al 49%. En cambio, el de los hombres es del 75%. (OIT, 2018, p. 1)

Gráfico 4. Situación laboral antes del ingreso a la cárcel de las PPLE en Uruguay



Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este estudio, 2024.



A la hora de especificar los trabajos realizados en Uruguay, por parte de algunas PPLE, se puede observar cómo, entre quienes manifestaron realizar otros trabajos diferentes a los que figuran en el gráfico 3, destacan quienes se encontraban en la informalidad antes de su ingreso a prisión o se encontraban realizando trabajos de baja cualificación y de menor ingreso.

|                                                             |
|-------------------------------------------------------------|
| <b>Trabajos informales o de changa:</b>                     |
| Changas: 3 menciones                                        |
| Trabaja por la cuenta                                       |
| Cuidando autos                                              |
| Trabajaba en la feria                                       |
| Carga y descarga                                            |
| Trabajaba “en negro” de oficial carpintero                  |
| Vendo leña particularmente                                  |
| Vendedor independiente                                      |
| Tacurú                                                      |
| <b>Profesiones y trabajos técnicos:</b>                     |
| Músico y productor musical                                  |
| I work as a Marine Engineer at the ship                     |
| Estudiando técnico de radiología                            |
| Músico, director de batería de escola de samba              |
| Artista, cantante                                           |
| Pinturas junto a mi padre                                   |
| Recicladora                                                 |
| <b>Emprendimientos y microempresas:</b>                     |
| (CEO Empresa/ Agencia festes (agencia de fiestas)           |
| Tengo una micro-empresa y presto servicios para otras       |
| Estaba emprendiendo mi barbería propia                      |
| Abrí una panadería y un restaurante bailable                |
| Invierto para mis proyectos de locales de comida rápida     |
| Barbería                                                    |
| Panadería y construcción                                    |
| <b>Oficio</b>                                               |
| Panadero                                                    |
| Constructor albañil                                         |
| Pescador                                                    |
| Compra y venta de autos, mecánico                           |
| Mecánico, laburaba en un taller                             |
| Mecánica y vendedor de leña                                 |
| Barbero                                                     |
| <b>Trabajo rural:</b>                                       |
| Peón rural                                                  |
| <b>Desempleo o situación laboral afectada por COVID-19:</b> |
| Estuve desempleado por el coronavirus                       |
| <b>Actividades comerciales o familiares:</b>                |
| Almacén con su tío                                          |
| <b>Trabajo ilegal: Trabajo ilegal</b>                       |

Los trabajos manifestados se vinculan también con las características del mercado laboral uruguayo de carácter bimodal. Este se destaca por generar, por un lado, un mayor número de trabajos no cualificados y de bajos salarios, y, por el otro, aunque en menor proporción, de altamente cualificados y mayores salarios. (Facal, 2020, p. 8).

Una vez, en privación de libertad, las personas de acuerdo con lo establecido en las Reglas Mandela (UNODC, 2015, pp. 32-32) y en los Principios de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH, 2008, p. 14) mantienen garantizado su acceso al trabajo. El problema en Uruguay es que en las unidades penitenciarias tanto sólo, como ocurría con el acceso a la educación, un tercio de las PPL en general y las extranjeras en particular se encuentran realizando actividades laborales (Referente de Trabajo del INR, comunicación personal, 2024). En el caso de las mujeres, en cambio, estas presentan un mayor acceso al trabajo, llegando a la mitad las que realizan alguna actividad laboral.

La principal causa esgrimida, tanto por las propias PPLE (Encuesta, 2024) como por los referentes del INR, de la baja inclusión de los hombres, se vincula con los cupos de trabajo que no llegan a cubrir a toda la población penitenciaria.

La situación anteriormente descrita no sólo vulnera el derecho al trabajo de las PPLE sino su posterior reinserción en la sociedad una vez liberadas. (Folle & Vigna, 2014, p. 11)

El acceso al trabajo en privación de libertad, en concreto, de acuerdo con estudios realizados al respecto, como el de Uggen & Staff (2001, p. 5) ayuda a una mejor reinserción en la sociedad de quienes pasaron por la prisión. Estos investigadores utilizaron en su estudio una muestra de sujetos que trabajaron durante su privación de libertad o recibieron apoyo vocacional llegando a resultados muy positivos al respecto: se produjo una disminución del 24% en la probabilidad de reincidir, en comparación al grupo de control que no había recibido ninguno de los mencionados beneficios. Asimismo, el enfoque en el trabajo se ha reconocido como un elemento clave no solo para la rehabilitación de las PPL, sino también para la seguridad dentro de la cárcel. Mantener a las personas ocupadas en actividades laborales ayuda a fomentar hábitos y conductas que pueden prevenir conflictos y disminuir la ociosidad, que a menudo puede conducir a situaciones problemáticas. (Miguélez, 2007, p. 24)

### 3.4. Perfiles religiosos

El conocimiento de los perfiles religiosos de las PPL es relevante, porque la identidad religiosa influye en la forma en que estas se relacionan, piensan, y se sienten en una situación extrema de encierro.

#### 3.4.1. La protección de la libertad religiosa en contextos de encierro

La religión, como expresión fundamental de la identidad y la conciencia humana, se erige como un derecho humano universal. El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948, p. 18) establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, incluyendo la libertad de cambiar de religión o creencia y la libertad de manifestarla individual y colectivamente”. Este derecho protege a los creyentes de diversas tradiciones religiosas y a quienes optan por no seguir ninguna fe, abarcando así un espectro amplio de convicciones, desde las teístas hasta las no teístas y ateas.

Ahora bien: ¿cómo se protege la libertad religiosa en el marco de la privación de libertad? Lo primero a señalar es que la protección de la libertad religiosa para las PPL está contemplada en diversos marcos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, las Reglas Mandela (UNODC, 2015, pp. 22-23) establecen que se debe permitir a los reclusos cumplir con los preceptos de su religión, siempre que sea posible. Esto incluye la posibilidad de nombrar representantes religiosos y asegurar que los servicios religiosos sean accesibles para ellos (Regla 65).

Por su parte, la regla 66 establece que: “En la medida de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndole participar en los servicios organizados en el establecimiento penitenciario y tener en su poder libros de observancia e instrucción religiosas de su confesión”. (UNODC, 2015, p. 23)

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), establece que: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. (p. 108).

En el caso concreto de Uruguay este derecho también se encuentra garantizado desde el 23 de octubre de 2013 en el Protocolo de la Vida y Atención Religiosa en las Cárceles (Resolución 421/13 del INR). (INR, 2013, p. 8) Según relata el Protocolo, este surge como parte de la iniciativa de un grupo de trabajo interreligioso que reunía a distintas expresiones religiosas que trabajaban en los centros penitenciarios del país. Como motivaciones para generar el protocolo se encontraban, según el documento, las de proveer un instrumento que impactara positivamente en la coordinación y participación de las organizaciones religiosas en las unidades penitenciarias, y la de generar articulaciones entre los actores involucrados. (INR, 2013, p. 5)

En un primer análisis de este protocolo se expresa una cierta expectativa de que la promoción de actividades religiosas puede contribuir a una mejor gestión penitenciaria, vinculando el bienestar espiritual de las PPL con una mejora en la convivencia dentro de las unidades penitenciarias. Esto sugiere que, desde la gestión del INR que aprobó este protocolo, se valoró la religión no solo desde una dimensión espiritual, sino también como una herramienta pragmática para la rehabilitación social y la pacificación de los ambientes penitenciarios.

Una de las principales innovaciones del protocolo es la creación de una Oficina de Programas Religiosos en cada unidad penitenciaria. Esta oficina es responsable de coordinar y supervisar todas las actividades religiosas, lo que incluye garantizar el acceso de los líderes religiosos a las unidades penitenciarias, organizar reuniones periódicas entre las instituciones religiosas y las autoridades penitenciarias, y llevar un registro de todas las actividades realizadas. Esta estructura garantiza que los procesos sean transparentes y que se respeten las normativas tanto de las instituciones religiosas como de las cárceles. (INR, 2013, p. 12)

El protocolo detalla los derechos de las PPL y de los referentes religiosos. Los reclusos tienen derecho a practicar libremente su fe y a recibir visitas de líderes religiosos debidamente acreditados, mientras que los referentes religiosos tienen el deber de actuar de acuerdo con los principios de seguridad y disciplina del centro penitenciario. La combinación de derechos y deberes claramente definidos refuerza un marco de respeto

mutuo entre las instituciones religiosas, los reclusos y las autoridades penitenciarias. (INR, 2013, p. 13)

Asimismo, el protocolo establece, que todas las instituciones religiosas formalmente constituidas y con personería jurídica, pueden solicitar participar en el programa, lo que refleja un enfoque inclusivo que respeta la diversidad religiosa y asegura que ninguna expresión espiritual sea excluida arbitrariamente. El énfasis en el pluralismo religioso es fundamental en el contexto de los derechos humanos y la igualdad de trato dentro del sistema penitenciario. (Valentina Pereira, comunicación personal, 2024)

### 3.4.2. La diversidad religiosa en las unidades penitenciarias

El gran número de organizaciones que ingresan a las unidades penitenciarias en Uruguay pone de manifiesto una notable pluralidad religiosa y espiritual, con un predominio de tradiciones cristianas, en especial evangélicas.

Aunque las confesiones cristianas dominan en todas las unidades, algunos internos de otras religiones, como musulmanes o practicantes de umbanda, han intentado llevar a cabo sus prácticas. Sin embargo, las condiciones no siempre permiten que estas prácticas se desarrollen de manera plena, como en el caso de una PPLE musulmán en la Unidad 17 (Lavalleja, Campanero), quien enfrentó dificultades para cumplir con sus horarios de rezo y la dieta correspondiente. Pese a estos retos, las autoridades han mostrado interés en adaptarse y atender las necesidades religiosas en la medida de lo posible. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

Es notable que, a pesar de que Uruguay tiene un contexto cultural altamente secularizado, se observa que el trabajo de estas organizaciones sigue siendo relevante y su presencia, fuerte, especialmente en sectores más vulnerables como el penitenciario (Valentina Pereira, comunicación personal, 2024).

Respecto a la identificación religiosa de las PPLE predominan, según se puede apreciar en el siguiente gráfico (5), los cristianos de distintas confesiones (un 63,9% en total).

Es interesante también notar el alto porcentaje de PPLE que señalan ser creyentes, pero no tener una religión particular, lo cual es también consistente con las dinámicas modernas de “creer sin pertenecer” (Davie, 1990, p. 458) que se observan en las sociedades contemporáneas y que tienen una representación poblacional alta en el Uruguay (Breskaya y Pereira Arena, 2024, p. 1).

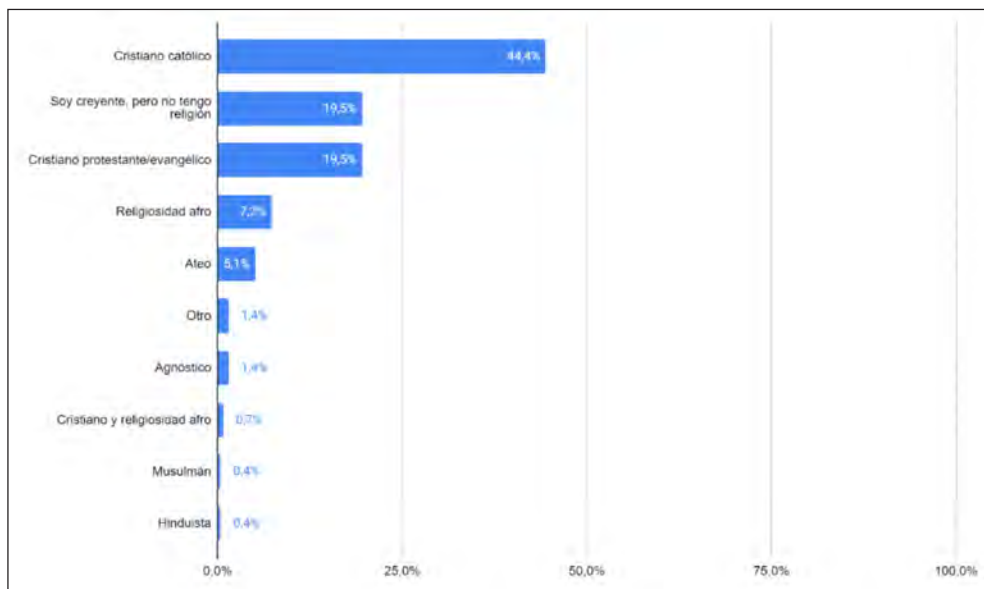
Otros grupos religiosos mencionados incluyen espiritistas, creyentes Ifá<sup>4</sup>, cristianos ortodoxos y testigos de Jehová. En el espacio para “otros”, también se hicieron aclaraciones sobre posturas más personales, como un ateo que se identifica también como “nihilista”, o una persona que combina conocimientos budistas e hinduistas con el cristianismo.

El predominio de las confesiones cristianas refleja la composición religiosa típica en los centros penitenciarios uruguayos, donde las congregaciones católicas y evangélicas son las más activas. La presencia de creyentes de religiones afro y otros grupos minoritarios señala la diversidad espiritual entre los privados de libertad. Las aclaraciones, como la

4 Un creyente Ifá es una persona que sigue y practica el sistema de creencias y adivinación de Ifá, una tradición espiritual de origen africano, específicamente de la religión yoruba, que tiene sus raíces en Nigeria y otras partes de África Occidental. Ifá está centrado en la figura de Orunmila, el orisha (deidad) del conocimiento, la sabiduría y la adivinación.

de “nihilista” o la combinación de elementos de varias religiones, muestran una relación compleja e híbrida con la espiritualidad, algo que se ha evidenciado en el campo de las ciencias sociales de la religión en los últimos años.

Gráfico 5. Identificación religiosa (Porcentaje, N= 277)



Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este estudio, 2024.

79

Poniendo el foco en las mujeres, entre las PPLE femeninas, el 48% declararon ser cristianas católicas, el 28% cristianas protestantes/evangélicas, el 24% declararon ser creyentes, y el 28 % restante no tener religión.

En cuanto al rol del INR, es importante recordar que hay funcionarios en las unidades que actúan como referentes del Programa de Atención a la Vida Religiosa. Muchos de estos referentes también cumplen funciones en otros programas, como el PROEM, lo que diversifica sus responsabilidades. Estos están encargados del contacto con las organizaciones religiosas que ingresan a las unidades y asegurar la atención religiosa de la población privada de libertad.

Del análisis de las entrevistas que se les realizó a los referentes de las distintas unidades penitenciarias se puede observar como en estas: se permite y facilita la práctica religiosa de diversas denominaciones, aunque las confesiones cristianas (católica, evangélica y protestante) son predominantes en todas las unidades. La presencia de religiones no cristianas es limitada, y en los casos donde hay internos de otras confesiones, como el islam o religiones de matriz afro, las actividades religiosas no siempre se pueden organizar con facilidad, ya sea por falta de referentes de dichas religiones, limitaciones logísticas o porque los propios internos no solicitan visitas de sus líderes religiosos. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

En este tipo de organización de las visitas religiosas también se observa un modelo vertical, el cual refleja la estructura organizativa de los centros penitenciarios uruguayos, herencia del formato policial. Esto también repercute en la organización de las actividades religiosas, ya que las decisiones en cuanto a horarios y módulos son tomadas por

los niveles superiores de la administración penitenciaria, lo que en ocasiones genera conflictos entre las diferentes confesiones religiosas, que buscan mayor flexibilidad y llegada en sus intervenciones. (Valentina Pereira, comunicación personal, 2024)

En esta línea y continuando con lo ya señalado, la falta de personal dedicado específicamente a la gestión de las actividades religiosas se vuelve, a veces, un problema, ya que el encargado de coordinar estas actividades tiene múltiples funciones y no puede dedicar el tiempo necesario para mejorar el programa, optimizar la distribución de las confesiones religiosas y gestionar los espacios de manera más efectiva. Esto ha generado que los líderes espirituales de las diferentes confesiones religiosas enfrenten problemas para convocar a las PPL, especialmente en los módulos donde el personal penitenciario no siempre colabora activamente para facilitar los traslados. En algunos casos, las actividades religiosas son canceladas o postergadas debido a la falta de funcionarios disponibles para realizar este traslado, lo que limita el acceso a los servicios religiosos. Este hecho afecta de sobremanera a las PPLE principalmente a aquellas que se encontraban en tránsito en el país a la hora de su detención, ya que la mayoría de los casos, según han manifestado en la encuesta aplicada (Encuesta, 2024), la única visita regular que podían recibir era la de carácter religiosa. Su cancelación, por ejemplo, deja en una situación de carencia de apoyo emocional a estas PPLE haciendo más difícil su vida en privación de libertad.

En la cuestión organizativa, también se señala (para algunas unidades) que ciertas confesiones religiosas evitan asistir a reuniones con otras si no están de acuerdo con ellas, lo cual complica la planificación de actividades conjuntas y genera una competencia no deseada por el tiempo y los espacios dentro de la prisión. Esto ha impedido, en estos casos, el desarrollo de un enfoque más cooperativo entre las diferentes organizaciones, lo que podría mejorar la efectividad de sus intervenciones. Un ejemplo claro de este desafío es cuando una de estas, al llegar al módulo para realizar sus actividades, se encuentra con que otra ya ha estado activa ese mismo día, reduciéndose, de este modo, la cantidad de PPL que participan en la segunda sesión. Este tipo de superposición de actividades ha generado que algunas tengan poca convocatoria en ciertos momentos, ya que los reclusos han participado en actividades religiosas de otras denominaciones durante el mismo día. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

En cuanto a la infraestructura, algunas unidades cuentan con espacios específicos para la práctica religiosa, como la Unidad 14 (Colonia, Piedra de Indios), que dispone de una sala dedicada a actividades religiosas. Sin embargo, en otras unidades, como la Unidad 20 (Salto), los espacios destinados para estos fines han tenido que ser reutilizados debido a la falta de infraestructura suficiente, lo que ha limitado la realización de ceremonias en áreas específicas. En muchos casos, las actividades religiosas se desarrollan en salones multiuso o aulas, como ocurre, por ejemplo, en las unidades 16 (Paysandú) y 26 (Tacuarembó).

Asimismo, algunos informantes han señalado ciertas restricciones en la práctica religiosa. En algunas unidades y módulos en específico, especialmente los de máxima seguridad, se presentan limitaciones en cuanto al acceso a las actividades religiosas. En estos módulos, los líderes de las confesiones religiosas deben presentar listas de participantes previamente aprobadas, lo que complica la espontaneidad de la participación y puede dificultar que ciertos reclusos accedan a la religión de su elección. Además, se observa que en sectores donde hay sobrepoblación o situaciones disciplinarias, la



posibilidad de participar en este tipo de actividades puede verse restringida como parte del régimen de castigo. Esta situación refleja la tensión entre el derecho de los reclusos a la libertad religiosa y las restricciones operativas y de seguridad de la prisión. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

3.4.3. Más allá del apoyo espiritual

En varias unidades penitenciarias, las organizaciones religiosas proporcionan mucho más que apoyo espiritual, brindando sustento material. Estas, en la medida de sus posibilidades, suelen donar alimentos, productos de higiene, ropa y, en algunos casos incluso contribuyen a la mejora de las instalaciones penitenciarias. Este es el caso de la Unidad 7 (Canelones), donde estas organizaciones colaboran no solo con materiales religiosos, sino también con abrigo y alimentos para internos que reciben pocas visitas familiares. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

De acuerdo con las Reglas Mandela (UNODC, 2015, p. 9) se deben facilitar los artículos de aseo indispensables para la salud y la higiene a todas las PPL junto a las prendas de vestir apropiadas al clima en una cantidad suficiente para cumplir con el objetivo señalado anteriormente. En el caso de las mujeres se incluye también los artículos necesarios para “satisfacer las necesidades propias de su género” (UNODC, 2011, p. 11).

La higiene personal de las personas, en este caso de las privadas de libertad, ayuda a mantener no sólo la salud individual de estas sino también la colectiva. Si el entorno de encierro y las personas que lo padecen no cuentan con las mínimas garantías de higiene, se pueden producir focos de enfermedades. Igualmente, la higiene, a la cual se sumaría también la limpieza de las celdas y de los lugares de uso común, ayuda a mejorar la calidad de vida de las personas en general y de las PPL en particular en un lugar en donde este hábito adquiere una gran relevancia.

Para su logro se debe contar con kits básico de higiene personal y con una cultura de autocuidado y también del mutuo cuidado entre las PPL y el personal penitenciario. En caso de ser necesario se debería brindar acciones educativas en contexto de encierro para mantener la cultura de higiene.

En la encuesta administrada a las PPLE (Encuesta, 2024) se preguntó, en el caso de necesitar artículos de higiene personal básicos, si el INR, o en concreto el PROEM, se los facilitaban. En la siguiente tabla se pueden apreciar las respuestas brindadas por las PPLE al respecto.

Tabla 5. Contar con artículos básicos de higiene, respuestas: “Sí” y “No”  
(porcentaje, N expresado en cada fila)

| Cuenta con (total de las PPLE)                      | Porcentaje (Sí) (%) | Porcentaje (No) (%) |
|-----------------------------------------------------|---------------------|---------------------|
| Artículos higiene brindados por la cárcel (N=267)   | 35.2                | 64.8                |
| Cuenta con (mujeres: N=22)                          | 54.5                | 45.5                |
| Artículos de higiene brindados por la cárcel (N=22) | 54.5                | 45.5                |

Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este estudio, 2024.



De las respuestas brindadas se puede desprender como la mayoría de las PPLE no reciben artículos de higiene, principalmente los hombres, entendiéndose por tales los componentes básicos de un kit de higiene personal. En el caso de las PPLE el 60% de estas (INR, 2024, p. 5) no se encontraban residiendo en Uruguay al momento de su detención y, por lo tanto, no cuentan con una contención familiar y en algunos casos ni siquiera reciben las visitas de las autoridades consulares de sus países de origen. Por lo tanto, el INR debería garantizarles a las PPLE, independientemente de contar con visitas de familiares o consulares, el acceso a un kit básico de higiene personal constituido por elementos esenciales y otros que ayuden a mantener su dignidad. En estos casos es donde intervienen las congregaciones religiosas que visitan las unidades penitenciarias para cumplir con esa función.

A su vez, el hecho de contar con ropa adecuada para las diferentes estaciones climatológicas y también para la sensación térmica existente en las unidades penitenciarias uruguayas junto a la buena higiene de estas, conlleva en mantener la salud de todas las PPL. Por otro lado, la ropa es un símbolo de la cultura y religión de las personas.

En los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (XII) (CIDH, 2008, p. 12), se establece,

El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes.

A su vez las Reglas Mandela (UNODC, 2015, p. 9) -19 y 20- hacen hincapié en la necesidad de que las PPL cuentan con ropa adecuada y digna. Para conocer si realmente se cumple con esta disposición se indagó al respecto en la encuesta que se les administró a las PPLE. (Encuesta, 2024) En la siguiente tabla se pueden apreciar las respuestas brindadas.

Tabla 6. Contar con artículos básicos de ropa, respuestas: “Sí” y “No”  
(porcentaje, N expresado en cada fila)

| Cuenta con (total de PPLE)           | Porcentaje (Sí) | Porcentaje (No) |
|--------------------------------------|-----------------|-----------------|
| Ropa de invierno o de verano (N=268) | 27.2            | 72.8            |
| Cuenta con (mujeres)                 |                 |                 |
| Ropa de invierno o de verano (N=21)  | 42,9            | 57.1            |

Fuente: Elaboración propia de acuerdo con datos extraídos de la encuesta realizada para este estudio, 2024.

Según lo expuesto la gran mayoría de las PPLE no cuenta con ropa brindada por el INR. Con la excepción de algunas unidades penitenciarias como la 1 de administración pública-privada en la cual, cuando hay suficiente tela, un grupo de PPL confecciona los uniformes en color bordó para quienes se encuentran en la unidad y roja para quienes trabajan en la empresa que allí se encuentra (Referente del PROEM en unidades penitenciarias, comunicación personal, 2024); en el resto la deben suministrar los familiares o, en el caso

de las PPLE, las autoridades consulares o alguna asociación de la sociedad civil como las religiosas teniendo en cuenta los colores autorizados y las tallas adecuadas.

El problema detectado como ya se ha mencionado es que el 60% de las PPLE (INR, 2024, p. 5) no residían en Uruguay a la hora de su detención y este hecho las configura en un colectivo especialmente vulnerable por la falta una adecuada red de contención. Incluso entre estas PPLE, las procedentes de países como Venezuela o Cuba, no cuentan con ningún tipo de apoyo consular quedando totalmente desamparadas a la hora, no sólo, de acceder a la ropa digna o adecuada sino también a los kits básicos de higiene o al simple contacto con el mundo exterior de manera directa sin el filtro de las llamadas telefónicas.

El hecho de no contar con ropa adecuada o la falta de ella vulnera la calidad de vida de las PPLE y junto a ello su salud. El frío extremo existente en invierno y el calor asfixiante en verano en la mayoría de las unidades penitenciarias uruguayas hace inhóspita la vida en estas y propende a una convivencia no adecuada. (Observación etnográfica no participante, 2024)

Entre los derechos humanos básicos de las personas se encuentra el de la vestimenta digna o adecuada (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 25). Por tal motivo, el Estado debe garantizar el goce de este derecho y, en el caso concreto de las PPLE, debería proporcionarle la ropa necesaria, teniendo en cuenta su cultura y religión de origen; entre esta debe figurar también la lencería junto a los accesorios -medias y zapatos adecuados, para el mantenimiento de su dignidad-.

83

#### 3.4.4. Las motivaciones detrás de la participación en las actividades religiosas

En cuanto a las motivaciones de las PPL para participar en actividades religiosas, algunos referentes señalan que, más allá de la fe, algunas lo hacen como una forma de “salir” de la celda, ya sea para cambiar de ambiente o para romper la monotonía del encierro. A su vez señalan también como las organizaciones que ingresan a las unidades han recalcado que las peleas y agresiones son frecuentes entre los internos, lo que incrementa el nivel de inseguridad en los módulos. (Focus Group, referentes del PROEM, comunicación personal, 2023-2024)

A menudo, las condiciones de convivencia resultan difíciles, y la supervivencia depende de la capacidad para integrarse en estructuras informales dentro del pabellón. En este contexto, las actividades religiosas ofrecen una alternativa para escapar de una dinámica que a menudo puede ser violenta. Estas reflexiones son consistentes con la teoría de que formar parte de una iglesia u organización religiosa dentro de los centros penitenciarios puede formar parte de una estrategia de las PPL para protegerse y encontrar refugio (Lecaros, 2024, 19).

En esta línea, y desde la perspectiva de algunas de estas organizaciones, los líderes espirituales son percibidos como figuras de autoridad positiva que brindan apoyo emocional y espiritual, además de proporcionar una vía para escapar de la rutina del encierro. También señalan que las PPL pueden mostrar interés en las actividades religiosas tanto por motivos espirituales como por el deseo de salir de la celda (coincidiendo con la visión de los referentes del INR) o recibir donaciones, como alimentos o artículos de higiene.

3.5. Perfiles delictivos de las PPLE

Para un correcto trazado del perfil delictivo de las PPLE en Uruguay se utiliza la información procedente del tipo de delito efectuado y sus antecedentes penales.

3.5.1. Tipología de los delitos cometidos

Entre la población general privada de libertad predominan los delitos vinculados al hurto, los estupefacientes, las rapiña, los homicidios y los delitos sexuales seguidos, en menor medida por los de violencia doméstica. Si, se observan los delitos más cometidos por las PPLE (tabla 7), se pueden notar algunas diferencias.

Tabla 7. Ranking de tipo de delitos más cometidos por las PPLE

| Delitos más cometidos                                  | Frecuencia relativa (%) | Delitos más cometidos                                                                 | Frecuencia relativa (%) |
|--------------------------------------------------------|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| Estupefacientes (Ley 14.294)                           | 26,55                   | Estupefacientes (Ley 14.294)                                                          | 53,21                   |
| Rapiña (344)                                           | 11,41                   | Homicidios                                                                            | 10,64                   |
| Hurto (340)                                            | 8,41                    | Estafa                                                                                | 4,26                    |
| Asistencia en comercio de estupefacientes (Ley 14.294) | 8,35                    | Tráfico interno, fabricación ilegal de armas de fuego, municiones, explosivos y otros | 4,26                    |
| Homicidio                                              | 7,51                    | Otros (delitos que se dan en menos del 2% del total)                                  | 27,63                   |
| Asociación para delinquir (150)                        | 5,95                    | <b>TOTAL</b>                                                                          | 100,00                  |
| Porte y/o tenencia de armas (152 Bis)                  | 4,15                    |                                                                                       |                         |
| Lesiones personales (316)                              | 3,45                    |                                                                                       |                         |
| Otros (delitos que se dan en menos del 3% del total)   | 24,22                   |                                                                                       |                         |
| <b>TOTAL</b>                                           | 100,00                  |                                                                                       |                         |

Fuente: Elaboración propia con datos del INR 2024, p. 29.

Entre los delitos mayormente cometidos por las PPLE se encuentran, a diferencia de lo observado en la población general, los vinculados a los estupefacientes. Estos son seguidos por las rapiñas, los hurtos, la asistencia en comercio de estupefacientes y los homicidios. Otros delitos de importancia entre las PPL como la violencia doméstica se dan en un nivel inferior entre las extranjeras.

Si aplicamos la perspectiva de género (tabla 6) en los delitos cometidos por las PPLE, se puede observar también, entre las mujeres, una preponderancia en los vinculados a los estupefacientes seguidos muy de lejos por el de homicidio y, en menor proporción, por los de estafa y el tráfico interno, fabricación ilegal de armas de fuego, municiones, explosivos, y otros.

Llama la atención el predominio absoluto de los delitos vinculados a los estupefacientes cometidos por las mujeres si lo comparamos con el mismo delito cometido por los hombres. La explicación está vinculada a que el microtráfico, tras la aprobación de la Ley de Urgente Consideración (18.889, 2020), pasó a tener penas de penitenciaria. Ese

delito, tanto en la población femenina en general como en la extranjera en particular, suele ir de la mano también con la introducción de drogas en las visitas carcelarias a las parejas masculinas. (Referente del PROEM, comunicación personal, 2023)

Una gran preocupación existente desde la Criminología es el aumento de los delitos vinculados al consumo, comercio y transporte de drogas. Desde el punto de vista de la delincuencia funcional se comenten delitos, como los de hurto o rapiñas, para obtener dinero destinado a la compra de drogas y, desde la delincuencia relacional, la comisión de los delitos se relaciona con el tráfico y el comercio de drogas (Research Triangle Institute, 1976, p. 22). El aumento en el consumo de drogas producido en Uruguay, principalmente desde la postdictadura (luego de 1985), se encuentra vinculado al aumento de los delitos vinculados a su consumo, comercio y transporte y estos a su vez al hecho de convertirse el país en un lugar de destino y tránsito de los cárteles internacionales. (Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario<sup>5</sup>, 2016, p. 18; Garat, 2013, p. 10)

En la última década, el cruce de fronteras entre los países “requiere de mayores habilidades y mayor grado de organización y financiación que la reventa al consumidor final”. (Baudean & Rudnitzky, 2023, p.92)

Una estrategia utilizada a nivel internacional es la de introducir droga en un país a través de las redes de tráfico o trata de personas vinculadas a los movimientos migratorios. Inclusive, en los últimos años se ha detectado también en el ámbito carcelario uruguayo la presencia de integrantes de organizaciones criminales internacionales de origen brasileño como Os Manos, Os Tauros, Bala na Cara y el Primer Comando Capital (PCC). Todas estas organizaciones operan en el Estado de Rio Grande do Sul y se dedican principalmente al tráfico de drogas habiendo extendido sus operaciones a la frontera entre Uruguay y Brasil (Ceres, 2023, p. 4). La violencia con la que operan este tipo de organizaciones se encuentra ya plenamente instalada en Uruguay.

Desde 2012 se ha producido un notable incremento de los homicidios vinculados a los mercados de drogas. Estos pasaron del 29% en 2012, a 50% en 2019 y en 2024 al 52% (MI, 2025, p. 26). Los conflictos violentos vinculados a los estupefacientes en el territorio uruguayo se establecen a lo largo de toda la cadena de distribución: minoristas, grupos que controlan bocas, propietarios de bocas, soldados de a pie de los distintos niveles de distribución y hasta consumidores se ven involucrados. (Baudean & Rudnitzky, 2023, p. 106)

El ya citado aumento en el consumo de estupefacientes en Uruguay, en las últimas cuatro décadas, se configura en la principal razón del aumento de los delitos vinculados al mercado de drogas.

De acuerdo a los datos preliminares presentados en la VIII Encuesta Nacional sobre el Consumo de Drogas en Población General realizado en 2024, sin contar al alcohol, al tabaco y los opioides, se ha constatado como: el 32% de los encuestados manifestaron haber consumido cannabis alguna vez en su vida; un 8% cocaína (en 2001 era el 1,4%); un 4,5% alucinógenos; un 4% hachís; un 3,5 ETAs (estimulantes tipo anfetamínico); un 1,4% pasta base; un 1,1% ketamina; un 0,4% crack; un 0,6% Poppers; un 0,1 heroína; un 0,5 otros. En cambio, en los últimos 12 meses: el 12,3% manifestó haber consumido cannabis; un 1,6% cocaína; un 1,2% ETAs). (JND, 2025, pp. 17-20)

5 Asesora al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa supranacional, constitucional, legal y reglamentaria, referida a la situación de las PPL.

La crisis del 2002 en Uruguay es el momento de inflexión en el consumo de estupefacientes (Moraes, 2014, p. 147). La pasta base se sumó, a partir de ese momento, al mercado del cannabis y de la cocaína. Desde 2004, con el crecimiento de la economía traslucido en un aumento de los ingresos de las personas, el consumo de estupefacientes creció entre la población uruguaya. Debido a ello se consolidó una economía ilegal ubicada principalmente en las zonas más carenciadas tanto de Montevideo como de otras localidades del interior del país, fuentes principales de la fuerza de trabajo joven, que había abandonado sus estudios y pasaba a dedicarse a la venta de estas sustancias. (Suárez et. Al, 2014, pp.29-32)

El hecho, de que la mayor parte de las PPLE hayan cometido delitos de estupefacientes, ya sea de narco o microtráfico, limita su acceso a trabajo o estudios en privación de libertad. De acuerdo con el artículo 86° la Ley de Urgente Consideración 19.889 (2020) quienes hayan cometido este tipo de delitos no pueden descontar su pena con trabajo o estudios.

A su vez, esta nueva realidad, desmoraliza a las PPLE porque no les permite tener oportunidades laborales o de estudio. Este hecho perjudica, a priori, su reinserción en la sociedad una vez liberadas provocando con ello un mayor riesgo de reincidencia.

La prisión, como bien lo establecen las Reglas Mandela (ONODC, 2015, pp. 5-6), en concreto la 5, debería “minimizar las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad”. Para ello se deben “desarrollar y gestionar políticas de intervención y tratamiento de las personas en conflicto con la ley, a nivel psicosocial, laboral, físico, recreativo, cultural, promoviendo su desarrollo humano y su inserción social”. (Sandoya, 2016, p. 14) Esta tarea la lleva adelante la Secretaría Nacional Técnica del INR. Empero, según afirma el director del PROEM (comunicación personal, 2024), debido a la falta de infraestructura adecuada, falta de plazas o al hecho de no poder redimirse todas las condenas, algunas de las tareas desarrolladas por la política de intervención se hacen muy difíciles y, en algunas circunstancias, hasta se torna imposible lograr lo establecido por Regla 5. Inclusive el PROEM, que actualmente cubre a todas las unidades penitenciarias en donde las PPLE están presentes, no cuenta siempre con el número adecuado de referentes y en variadas ocasiones estos mismos se encuentran realizando, a su vez, otras tareas. (Referente del PROEM en unidades penitenciarias, comunicación personal, 2024)

### 3.5.2. Antecedentes penales y nivel de reincidencia

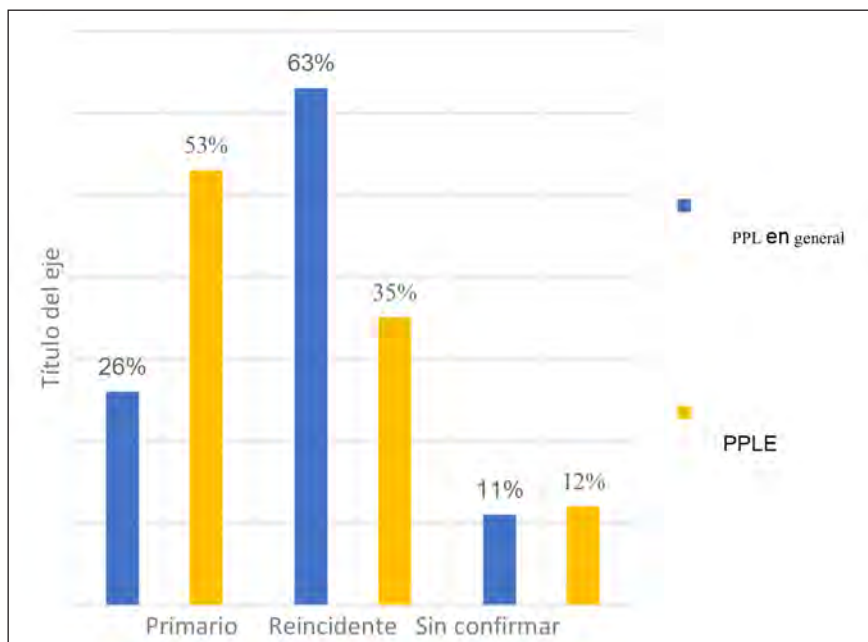
Finalmente, con respecto a los antecedentes penales de las PPLE se puede conocer su grado de reincidencia, por lo menos en Uruguay, gracias a las estadísticas del INR.

Existe, en la materia, una importante diferencia entre las PPL nacionales y las extranjeras, según se puede apreciar en el gráfico 6.

A diferencia, de las PPL nacionales, en las extranjeras existe un claro predominio, en suelo uruguayo, de quienes se encuentran en situación de primarios en el sistema carcelario. Es decir, más de la mitad no han cometido, de forma previa, delitos en Uruguay. En el caso de la población nacional se da la situación inversa, es decir, se produce una mayor proporción de reincidencia vinculándose este aspecto a una escasa reinserción en la sociedad luego del egreso de la prisión. Llama la atención un porcentaje casi similar entre las PPL nacionales y las extranjeras, a la hora de presentar una situación sin

confirmar sus huellas digitales por parte de la Policía Científica. (Referente del PROEM en unidades penitenciarias, comunicación personal, 2024)<sup>6</sup>

Gráfico 6. Antecedentes de las PPL y las PPLE



Fuente: Elaboración propia con datos del INR, 2024.

87

En Uruguay, es a partir de 2019, cuando se comienza a medir la reincidencia penitenciaria a través de un indicador complejo elaborado para ello. Esta alude,

a la comisión reiterada de conductas delictivas y es utilizada para evaluar la efectividad del sistema penal en cuanto a sus capacidades de reinserción y rehabilitación. Ya sea interpretada desde una perspectiva de seguridad pública (la reiteración de un comportamiento delictivo), desde una perspectiva jurídica (la reiteración de una condena) o desde una perspectiva penitenciaria (el reencarcelamiento, la reincidencia delictiva constituye un criterio central e imprescindible para medir el éxito o fracaso del sistema penal y de la política criminal. (MI, 2023, p. 3)

De acuerdo con el estudio realizado sobre reincidencia del Ministerio del Interior, se concluye que esta aumenta conforme pasa el tiempo:

de las personas excarceladas en 2019, el 29,2% reincidió en los primeros seis meses desde su primera excarcelación, el 44,1% en un período de un año, el 58,7% en un período de dos años, y el 65,6% en un período de tres años [...] es importante notar que la curva de crecimiento tiende a aplanarse, por lo cual es esperable que en años subsiguientes se estabilice en torno al 70%" [...] La reincidencia es mayor en los varones que en las mujeres. Si se toma en cuenta la reincidencia a un año, en 2019 los

6 Para conocer los antecedentes de las PPL, en el caso concreto de las extranjeras no residentes en el país, es necesario tomar sus huellas dactilares. Una vez realizada su toma se puede comparar con las bases de huellas u otro tipo de datos existente en otros países y conocer así, si estas personas tienen antecedentes penales y, en caso afirmativo, los delitos cometidos previamente. El problema que se configura en Uruguay es el de la demora una vez tomadas las huellas en cotejar con las bases si existen antecedentes de estas personas.



varones reincidieron 45,1% y las mujeres 24,9%. En tanto, en 2020 la reincidencia de varones fue de 47,9% contra 28,9% en el caso de las mujeres y en 2021 fue de 46,4% y de 23,6%. Este fenómeno también varía según la edad: a mayor edad la reincidencia disminuye [...] La mayor reincidencia, que supera el 50%, se da entre los 18 y los 37 años. A partir de los 38 años empieza a bajar acentuadamente hasta los 48 años, que llega a 20%. Luego de esta edad, continúa descendiendo hasta ubicarse por debajo del 20%. (MI, 2023, pp. 6-9)

La reincidencia se da principalmente por problemas en la readaptación a la sociedad, vinculados a la estigmatización y ostracismo, que suelen vivir los liberados de la prisión por parte de su propia familia y de la comunidad. Esto los lleva a tener problemas a la hora de encontrar trabajo o vivienda, retomar la educación formal o construir (o reconstruir) un capital individual y social. Sino reciben ayuda para hacer frente a los problemas mencionados, corren el riesgo de ingresar nuevamente a prisión debido al fracaso en la integración en la sociedad. (UNODC, 2019, p. 3) Resulta de gran importancia su rehabilitación antes de su liberación.

Conforme, al principio de riesgo de reincidencia de las PPL, se plantea que el tratamiento debe ser proporcional al riesgo de reincidencia. Es decir, a mayor riesgo, mayor tiene que ser la intervención que se realice mientras las personas se encuentran en privación de libertad. Aunque la capacidad de respuesta, o del descenso en la reincidencia, se debe también a la propia receptividad de la PPL con respecto a la intervención. (Salinas, 2021, p. 215)

Existe un instrumento de valoración de riesgo conocido con el nombre en inglés de *Offender Assessment System 2.0* (OASys). Este fue desarrollado por expertos británicos y llegó a Uruguay en el marco del Programa Integral de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior. Su aplicación se realiza desde el preciso momento en que la persona ingresa al sistema tanto sea nacional como extranjera. Más tarde, se aplica durante el propio proceso de privación de libertad, para evaluar el acceso a sectores de mayor progresividad o para la realización de salidas transitorias o acceder a libertades anticipadas. (Juanche, 2022, p. 14)

En 2018 se creó el Sistema Nacional de Evaluación e Informes con la finalidad de desarrollar programas de intervención penitenciaria.

El hecho de encontrarse en una situación, las PPLE, de primarios, es decir, sin antecedentes penales previos en Uruguay, se podría corresponder a varios factores: una llegada reciente al país; un aumento en su situación de vulnerabilidad vinculada a los efectos de la pandemia del Covid-19 y de la recesión de la economía uruguaya; un predominio de personas sin residencia entre quienes comenten los delitos, debido a encontrarse en tránsito en el país, o por haber ingresado como turistas o presentar una situación irregular de residencia.

Las PPL sin antecedentes deberían estar separados de quienes sí los tienen de acuerdo con lo establecido en las Reglas Mandela -8-. (UNODC, 2015, p. 27) En la mayoría de las unidades penitenciarias del país no se produce esta separación vulnerando con ello sus derechos y haciendo su situación más vulnerable. El principal motivo de que esto sea así es porque el INR no cuenta con infraestructura suficiente para albergar a la cantidad actual de PPL produciéndose, a su vez, un importante hacinamiento.



## Conclusiones

Los resultados de este estudio muestran una menor presencia numérica de las PPLE con respecto a la población nacional e, incluso, con el total de migrantes residentes en el país. Esta es menor, comparativamente, a la presentada en otros países de la región y de la Unión Europea. Consecuentemente, se puede inferir que la población extranjera, migrante y otras categorías, delinquen en una menor proporción con relación a los nacionales.

Respecto, a la distribución por nacionalidades de las PPLE, existe un predominio de los nacionales brasileños y argentinos. Esta distribución es diferente a la que encontramos entre los extranjeros residentes en el país, sobre todo a partir del periodo intercensal, entre quienes destacan los venezolanos. Este hecho se relaciona con la actuación de bandas criminales en la frontera principalmente entre Uruguay y Brasil y al hecho de la vida binacional allí registrada.

A su vez, los datos manejados en la investigación, reflejan la presencia de una población relativamente joven siguiendo con ello el patrón etario de los migrantes residentes en Uruguay junto con un claro predominio de las PPLE masculinas sobre las femeninas, marcando una *gender gap*.

Asimismo, se ha podido constatar un reducido acceso a la educación y al trabajo de las PPLE, tanto en sus países de origen como en el contexto de encierro, aumentando con ello sus vulnerabilidades.

A su vez, los perfiles religiosos, muestran un predominio de cristianos entre las PPLE. A esto se agrega el hecho de que, entre quienes no cuentan con familia en Uruguay, las diferentes congregaciones religiosas los ayudan a mantener contacto con el exterior y les llegan, en algunas ocasiones, a proporcionar artículos de higiene y ropa. Sin embargo, en variadas ocasiones el acceso de los líderes religiosos a las unidades penitenciarias se vuelve complicado. En cuanto, a las carencias detectadas sobre la vida religiosa de las PPLE, sería adecuado contar con un Programa Nacional para la Atención y Vida Religiosa que cuente con un referente específico.

Junto con lo anterior se ha detectado un alto grado de hacinamiento en los módulos en los cuales se encuentran distribuidas las PPLE, incumpliendo con ello las Reglas Mandela resultando crítico en la Unidad 5 -Femenino-.

Igualmente, se ha podido observar un predominio de delitos vinculados a los estupefacientes. Esta circunstancia hace muy difícil redimir parte de la pena y con ello acceder a los programas de inserción social de estas personas una vez liberadas, aumentando el riesgo de reincidencia delictiva en una población, en la cual, aún no es tan preocupante como entre las PPL nacionales.

Una posible solución a los problemas presentados en la privación de libertad de los extranjeros y la población nacional, viene dada, en primer lugar, por la implementación de una Política de Estado Integral sobre Cárceles, junto con un aumento significativo en la dotación de recursos económicos y humanos la INR.

El hacinamiento podría solucionarse no sólo construyendo nuevas infraestructuras penitenciarias sino apostando a la aplicación de medidas alternativas a la prisión, tal cual se recomienda en los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las América, en concreto en el principio XVII.

Asimismo, es necesario contar con un acceso universal a servicios básicos (cama, colchón, kits de higiene, ropa y comida con un buen nivel nutricional) y a programas socioeducativos y laborales. Para estos últimos, sería conveniente simplificar los procesos de contratación de las PPLE, solucionar sus problemas de acceso a la documentación de quienes no cuentan con cédula de identidad, e impulsar convenios interinstitucionales con públicos y privados.

## Referencias bibliográficas

ACNUR-CORE (2024). *Hoja informativa estadística*. Montevideo, CORE.

Alvarado, N. & Vélez-Grajales, V. (2019). *Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: una primera mirada al otro lado de las rejas*. <https://publications.iadb.org/es/dentro-de-las-prisiones-de-america-latina-y-el-caribe-una-primera-mirada-al-otro-lado-de-las-rejas>

Área de Observatorio de Cárceles de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) (2014). *Extranjeros en las cárceles federales*. <https://www.ppn.gov.ar/pdf/deptoinvestigacion/2014-Extranjeros.pdf>

Baudean, M. & Rudnitzky, F. (2023). El crecimiento de la violencia en los mercados de drogas. El caso de Uruguay (2012-2019). *Revista de Ciencias Sociales*, 36(53), 89-127. <https://doi.org/10.26489/rvs.v36i53.4>

Breskaya, O., & Pereira Arena, V. (2024). Religious Nones and Spirituality: A Comparison between Italian and Uruguayan Youth. *Religions*, 15(7), 769, 1-26.

Censo de Población (2023). <https://www.gub.uy/instituto-nacional-estadistica/comunicacion/noticias/poblacion-preliminar-3444263-habitan-tes#:~:text=El%20Instituto%20Nacional%20de%20Estad%C3%ADstica,y%20el%2052%25%20a%20mujeres>.

CERES (2023). *Monitor de Seguridad*. [https://ceres.uy/index.php/estudios/ficha\\_estudio/88](https://ceres.uy/index.php/estudios/ficha_estudio/88)

CICR (2016). Protecting people deprived of their Liberty. International Review of the Red Cross, 98 (3), 1043–1066. <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-903-17.pdf>

CIDH (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (14 de marzo de 2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>

Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario (2016). *Informe anual*. Montevideo, Parlamento uruguayo.

- Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario (2024). <https://ladiaria.com.uy/justicia/articulo/2024/1/comisionado-parlamentario-e-inddhh-tras-sextuple-homicidio-en-el-comcar-ante-el-horror-mas-politicas-publicas-mas-acuerdos-de-estado/>
- Corte IDH (2006). *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 150, párr. 90.
- Corte IDH (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: Personas en situación de migración o refugio* / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH. <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/08/2020-Corte-IDH-Cuadernillo-de-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-n%C2%BA-2-%E2%80%93-personas-en-situacio%CC%81n-de-migracio%CC%81n-o-refugio.pdf>
- Davie, G. (1990). Believing without belonging: is this the future of religion in Britain? *Social Compass*, 37(4), 455-469
- Díaz Ortega, A. (2020). *Criminalidad y género: breve aproximación a la delincuencia femenina*. Madrid: Colegio Criminólogos de Madrid.
- Dirección de Planificación Oficina de Planeamiento y Presupuesto (2017). *Escenarios Demográficos Uruguay 2050*. Montevideo, Presidencia de la República.
- DNM (2024). *Residencias iniciadas*. Montevideo. DNM.
- DUDH (2018). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Europapress (2024). *España, entre los grandes países europeos con menor densidad en sus cárceles, con tres de cada cuatro plazas ocupadas*. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-espana-grandes-paises-europeos-menor-densidad-carceles-tres-cada-cuatro-plazas-ocupadas-20230627100250.html>
- Facal, S. & Casal, B. (2018). “Un estudio sobre la inmigración actual de venezolanos en Uruguay”. Koechlin, J. & Eguren, J. *El éxodo venezolano: entre el exilio y la migración*. Lima, FKA, 189-250.
- Facal, S. (2020). Las nuevas migraciones laborales en Uruguay: cubanos y venezolanos (desde 2012 hasta la pandemia de Covid-19). *Perspectivas latinoamericanas*, (17), 1-34.
- Folle, M. & Mosquera, S. (2016). Mujeres en pugna. Prisión, dominación, resistencias. Sapriza, G., Folle, M. (comp.). *El tiempo quieto. Mujeres privadas de libertad en Uruguay*. Montevideo. FHCE-CSIC-Junta Nacional de Drogas
- Folle, M.A. & Vigna, A. (2014). *Cárceles en el Uruguay del siglo XX*. Montevideo, CSIC. [https://psico.edu.uy/sites/default/files/2017-06/folle\\_c%C3%A1rceles\\_en\\_el\\_uruguay.pdf](https://psico.edu.uy/sites/default/files/2017-06/folle_c%C3%A1rceles_en_el_uruguay.pdf)
- Garat, G. (2013). *Un siglo de políticas de drogas en Uruguay*. Montevideo, Friedrich Ebert Stiftung.

- Giacomello, C. (2013). *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. IDPC. [https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper\\_Women-in-Latin-America\\_SPANISH.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf)
- INR (2013). *Protocolo de la vida y atención religiosa en las cárceles*. <https://caritasuruguay.org.uy/nuevo/wp-content/uploads/Protocolo-Atenci%C3%B3n-Religiosa-Aprobado-por-el-INR-oct-2013-librillo-publicado.pdf>
- INR (2024). *Boletín Estadístico Institucional. Área de Planificación Estratégica*. Montevideo: INR.
- JND (2025). *VIII Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Población General Uruguay – 2024*. <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/datos-y-estadisticas/datos/viii-encuesta-nacional-sobre-consumo-drogas-poblacion-general-uruguay>
- Juanche, A. (2017). *La perspectiva técnica en la privación de libertad*. Montevideo, Instituto Nacional de Rehabilitación, Subdirección Nacional Técnica.
- Juanche, A. (2022). *El trabajo dentro de las cárceles y la inserción laboral de las personas liberadas del sistema penitenciario*. Montevideo. PNUD. [https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-02/informa\\_final\\_mapeo\\_de\\_medidas\\_alternativas\\_juance.pdf](https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-02/informa_final_mapeo_de_medidas_alternativas_juance.pdf)
- Juanche, A. & Vigna, A. (2024). *Políticas penitenciarias en América Latina*. Montevideo, Claeh. <https://ojs.claeh.edu.uy/publicaciones/index.php/cclaeh/article/view/656>
- Lecaros, V. (2024). Conversión, deconversión, reconversión en EP Piura: ¿desde el infierno, cielo en perspectiva? En J. L. Pérez Guadalupe, V. Lecaros, y L. Nuñovero (Eds.), *Las cárceles en el Perú* (pp. 177-214). Fondo Editorial de la PUCP.
- Ley 18.075 (2006). *Derecho al refugio y a los refugiados. Ley de refugiados*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18076-2006>
- Ley 19.254 (2014). *Modificaciones a la ley de migraciones 18.250. Obtención de residencia permanente a familiares de nacionales de los estados parte y asociados del Mercosur*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19254-2014>
- Ley 19.889 (2020). *Ley de Urgente Consideración*. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19889-2020>
- Lombroso, C. y Ferrero, W. (1895). *Famele offender* [https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QaedxKggm-149-fPxdkRJf2nbCGx7\\_tCzvSb-KevHHivmo7TCjenanNty1PFdD\\_g4RXtucPpwhUzqaSiL3HKg1jH7BQYR-rmI5-NXZB2P4-Y8RQ9aEubzzrXwuMTnYGeV0QAq0v1YPXF8Za9F6tNBuR-JyP9NgBluXMYw0Iz7p\\_L5x6v-yVVpeDj-ziAi4fkLHlt2mUAZ1xJtFuf-HSQDEu-OcvoLXTGV4x2nvVfG9n7hAIKK66bsn-OH8dmCHUZ7pieTZnHdd-LtyeQKRiH-dCzt4IzhYUvKBA](https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QaedxKggm-149-fPxdkRJf2nbCGx7_tCzvSb-KevHHivmo7TCjenanNty1PFdD_g4RXtucPpwhUzqaSiL3HKg1jH7BQYR-rmI5-NXZB2P4-Y8RQ9aEubzzrXwuMTnYGeV0QAq0v1YPXF8Za9F6tNBuR-JyP9NgBluXMYw0Iz7p_L5x6v-yVVpeDj-ziAi4fkLHlt2mUAZ1xJtFuf-HSQDEu-OcvoLXTGV4x2nvVfG9n7hAIKK66bsn-OH8dmCHUZ7pieTZnHdd-LtyeQKRiH-dCzt4IzhYUvKBA)
- MEC (2022). *Un modelo para el diagnóstico del analfabetismo en la población adulta privada de libertad en Uruguay. Informe de resultados*. Montevideo. Programa Nacional de Educación en Cárceles (PNEC) del Área de Innovación Educativa y la División de Investigación y Estadística de la Dirección Nacional de Educación. file:///C:/Users/

- Silvia/Downloads/Informe%20PNEC%20DNE%20MEC%20mar%202023%20analfabetismo%20pob%20privada%20de%20libertad%20uruguay\_0.pdf
- Meghier, D.S., Palme, M. & Schnabel, M. (2012). *The effect of education policy on crime: an intergeneration perspective*. National Bureau of Economic Research.
- Miguélez, F., De Alós-Moner, R., Martín, A. y Gibert, F. (2007). *Trabajar en prisión*. Barcelona. Editorial Icaria.
- MI (2023). *Reincidencia Penitenciaria*. Montevideo. Ministerio del Interior. file:///C:/Users/Silvia/Downloads/MI%20Reincidencia%20Penitenciaria%20-%20Informe%20vF3\_0.pdf
- MI (2025). *Observatorio de Criminalidad y Violencia del Ministerio del Interior. Homicidios*. Montevideo. Ministerio del Interior. file:///C:/Users/Silvia/Downloads/Homicidios%20anual%202024%20(1).pdf
- Millán-Valenzuela, H. & Pérez-Archundia, E. (2019). Educación, pobreza y delincuencia: ¿nexos de la violencia en México? *Convergencia*, 26(80), 1-26. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-14352019000200001](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352019000200001)
- Moraes, M. (2014). Diez años de investigación en pasta base de cocaína en Uruguay. *Archivos de Pediatría del Uruguay*, 85(3), 147-148. [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1688-12492014000300001&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-12492014000300001&lng=es&tlng=es).
- Norwood, M. (2023). Alternatives to Incarceration: Programs & Treatment. *Study.com* <https://study.com/academy/lesson/alternatives-to-incarceration-programs-treatment.html>
- Observatorio de Cárceles Federales. Procuración Penitenciaria de la Nación (2017). *Las personas extranjeras privadas de su libertad en Argentina y el SPF*. <https://www.ppn.gov.ar/pdf/Infografia-PPL-extranjeras.pdf>
- OEA (1969, 1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José*. [https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/handle/CONSEJO\\_REP/351](https://repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/handle/CONSEJO_REP/351)
- OIT (2018). *La brecha de género en el empleo: ¿qué frena el avance de la mujer?* <https://webapps.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/Employment/barriers-women>
- Pasquali, M. A. (2022). "Género y Delito". *Revista de Estudios Jurídicos*. 22, 7530, 2022. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/7530/7256>
- ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- ONU (2009). *Relator Especial sobre la Tortura. Informe de la Misión a Uruguay, A/HRC/13/39/Add.2, adoptado el 21 de diciembre de 2009* [https://simore.mrree.gub.uy/Adjuntos/Informe%20Relator%20Tortura%20\\_2010.pdf](https://simore.mrree.gub.uy/Adjuntos/Informe%20Relator%20Tortura%20_2010.pdf)
- Pérez Guadalupe, J. L. y Lecaros, V. & Nuñovero Cisneros, L. (2024). *Las cárceles en el Perú*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/bdb44a12-79b2-4c14-8122-6300346066f2/content>
- Pérez Guadalupe, J. L. & Nuñovero Cisneros, L. (2024). Los "chamos" en cana. *Anthropologica*, 42(52), 143-197. <https://doi.org/10.18800/anthropologica.202401.006>



Piore, M. (1975). Notes for a theory of labor market stratification. Edwards, R., Reich, M. & Gordon, E. (eds). *Labor Market Segmentation*, 125-150.

Presidencia de la República (2024). *Residencias de Arraigo*. Montevideo, PR.

Prison Studies (2022). <https://www.prisonstudies.org/>

Research Triangle Institute (1976). "Drug use and crime: report of the panel on drug use and criminal behavior". Springfield, V.A.: *National Technical Information Service*, 297-321.

Rodríguez, J. A. (2009): "Criminología y género: comentarios a partir del gender gap". *Capítulo Criminológico*. Vol. 37, N° 4, pp. 161 – 182. [https://www.researchgate.net/profile/Juan-Rodriguez-116/publication/228391389\\_Criminologia\\_y\\_genero\\_comentarios\\_a\\_partir\\_del\\_Gender\\_Gap/links/53ecf0c80cf26b9b7dc0014a/Criminologia-y-genero-comentarios-a-partir-del-Gender-Gap.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Juan-Rodriguez-116/publication/228391389_Criminologia_y_genero_comentarios_a_partir_del_Gender_Gap/links/53ecf0c80cf26b9b7dc0014a/Criminologia-y-genero-comentarios-a-partir-del-Gender-Gap.pdf)

Rodríguez, M. N. (2015). *Hacinamiento penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. México. CBDH. [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll\\_hacinamientopenitenciarioamericalatina.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll_hacinamientopenitenciarioamericalatina.pdf)

Romero, M. y Aguilera, R. M. (2002). ¿Por qué delinquen las mujeres? *Perspectivas teóricas tradicionales. Parte I. Salud Mental*. Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz. Distrito Federal, México, vol. 25, núm. 5, pp. 10-22. <https://www.redalyc.org/pdf/582/58252502.pdf>

Salina, L. (2021). El sistema penitenciario uruguayo: Una mirada a la reforma en clave de rehabilitación. *Fermentario* V. 15, N° 1, pp. 208-218. file:///C:/Users/Silvia/Downloads/1163-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4877-1-10-20211231%20(5).pdf

Sandoya, J. (2016). *Informe de análisis funcional del INR. Algunos aportes a la gestión humana*. Montevideo, Organización Internacional del Trabajo y Oficina de Planeamiento y Presupuesto.

Santacruz Iglesias, C. (2014). "Análisis crítico de los derechos de los extranjeros privados de libertad en España". *Barataria. Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (17), 109–125. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i17.59>

Suárez, H., Ramírez, J., Albano, G., Castelli, L., Martínez, E. & Rossal, M. (2014). *Fisuras. Dos estudios sobre pasta base de cocaína en Uruguay*. Montevideo. FHCE.

Uggen, C. & Staff, J. (2001). Work as a turning point for criminal offenders. *Correction management quarterly*, 51(4), pp. 1-16. [http://users.soc.umn.edu/~uggen/Uggen\\_Staff\\_CMQ\\_01.pdf](http://users.soc.umn.edu/~uggen/Uggen_Staff_CMQ_01.pdf)

UNODC (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok\\_Rules\\_ESP\\_24032015.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf)

UNODC (2014). *Manual Sobre Estrategias Para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones*. ONU: Viena. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC\\_HB\\_on\\_Overcrowding\\_ESP\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf)

UNODC (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito*. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)

UNODC (2019). *Manual introductorio sobre prevención de la reincidencia y reintegración social de los delincuentes. Serie de manuales de justicia penal*. [https://www.unodc.org/documents/dohadecaration/Prisons/HandbookPreventionRecidivism/18-02306\\_S\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/dohadecaration/Prisons/HandbookPreventionRecidivism/18-02306_S_ebook.pdf)

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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)





ALEXIS MATÍAS MAREGA

Universidad Siglo 21, Argentina

alexis-marega@mi.21.edu.ar

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1420-9836>

HÉCTOR RICARDO LAGO

Universidad Siglo 21, Argentina

ricardo.lago@ues21.edu.ar

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4570-5528>

Recibido: 18/01/2025 - Aceptado: 07/04/2025

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

Marega, A. M. y Lago, H. R. (2025). La evolución del concepto de patrimonio. Los cambios sustanciales desde Aubry y Rau hasta la ley francesa del patrimonio del emprendedor individual. *Revista de Derecho*, 24(47), e473. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.3>

## La evolución del concepto de patrimonio. Los cambios sustanciales desde Aubry y Rau hasta la ley francesa del patrimonio del emprendedor individual

97

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo analizar la evolución del concepto de patrimonio desde la teoría clásica de Aubry y Rau hasta los recientes avances legislativos en la normativa francesa que introduce la figura del Empresario Individual. A través de una metodología comparativa, se revisan las teorías jurídicas sobre el patrimonio, en particular la posibilidad de dividirlo sin necesidad de crear una nueva persona jurídica. La investigación se centra en la normativa argentina, española, portuguesa y francesa, destacando las soluciones que cada país ha implementado para limitar la responsabilidad del empresario individual. La hipótesis que se demuestra es que es posible proteger el patrimonio personal de los emprendedores sin recurrir a la constitución de una persona jurídica, como lo hace la nueva legislación francesa la cual rompe con la noción clásica de patrimonio único.

**Palabras clave:** patrimonio; empresario individual; responsabilidad limitada; separación patrimonial

## The Evolution of the Concept of Net Worth: The Substantial Changes from Aubry and Rau to the French Law on the Individual Entrepreneur's Assets

**Abstract:** This paper aims to analyze the evolution of the concept of net worth from the classical theory of Aubry and Rau to recent legislative developments in French law which introduces the figure of the Individual Entrepreneur. Through a comparative methodology, the legal theories on net worth are reviewed, particularly the possibility of dividing assets without the need to create a new legal entity. The research focuses on Argentine, Spanish, Portuguese, and French regulations, highlighting the solutions each country has implemented to limit the liability of individual entrepreneurs. The demonstrated hypothesis is that it is possible to protect the personal assets of entrepreneurs without resorting to the creation of a legal entity, as the new French legislation does which breaks with the classical notion of a single and indivisible net worth.

**Keywords:** net worth; assets; entrepreneur; limited liability; assets division

## A evolução do conceito de patrimônio: as mudanças substanciais de Aubry e Rau até a lei francesa do patrimônio do empreendedor individual

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo analisar a evolução do conceito de patrimônio, desde a teoria clássica de Aubry e Rau até os avanços legislativos recentes na legislação francesa, que introduz a figura do Empresário Individual. Através de uma metodologia comparativa, são revistas as teorias jurídicas sobre o patrimônio, em particular a possibilidade de dividi-lo sem necessidade de criar uma nova pessoa jurídica. A pesquisa se concentra nas legislações da Argentina, Espanha, Portugal e França, destacando as soluções que cada país tem implementado para limitar a responsabilidade do empresário individual. A hipótese demonstrada é que é possível proteger o patrimônio pessoal dos empreendedores sem a necessidade de constituir uma pessoa jurídica, como propõe a nova legislação francesa, que rompe com a noção clássica de patrimônio único.

**Palavras-chave:** patrimônio; empresário individual; responsabilidade limitada; separação patrimonial

## 1. Introducción

El patrimonio como concepto jurídico se ha mantenido invariable desde su formulación por Aubry y Rau a finales del Siglo XIX, lo que ha presentado serias dificultades a los emprendedores y pequeños comerciantes quienes asumen el alea empresario pero sin la protección de la responsabilidad limitada sobre su patrimonio, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas.

La característica de ser inescindible y único en la personalidad del sujeto implica que frente a sus deudas comerciales debe poner en riesgo su patrimonio personal y con ello el de toda su familia. La solución practicada tanto por Argentina como por la mayoría de los países fue la creación de personas jurídicas de fácil constitución y de socio único que le permitiera al comerciante -mediante la creación de una nueva persona jurídica y con personalidad jurídica diferenciada- separar su patrimonio personal de los avatares cambios que podría sufrir por su actividad económica.

En el presente trabajo se aborda la cuestión de si es posible separar ambos patrimonios sin la necesidad de crear una persona diferente, recurriendo para ello a las diferentes teorías que sustentan el concepto de patrimonio, y el análisis de la legislación comparada al respecto, haciendo especial mención a la reciente modificación de la Ley 2022-175 francesa, que incorpora la figura el Emprendedor Individual.

## 2. El patrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina

99

### 2.1 Breve repaso histórico

Etimológicamente, “patrimonio” proviene de la conjunción de términos como *patri* y *monium* en alusión a ese conjunto de cosas corporales que el hijo adquiere por herencia de sus ascendientes acuñado en el derecho romano para expresar la transmisión de propiedad entre los patricios, administrado por el *pater familias* y en la que cada generación tenía derecho a reclamar (Álvarez, 2001).

Si bien modernamente se entiende al patrimonio como un atributo de la personalidad, tal cosmovisión no era exactamente la que imperaba en el mundo romano, toda vez que no todas las personas podían acceder al mismo. Tal era el caso de los denominados *alieni iuris* (aquellos que dependen de otros), aun cuando pudieran obtener los llamados peculios y que se encontraban separados de las cuentas del patrimonio del *pater*.

Explica Álvarez (2001) que la idea de continuación de la persona tiene su origen en el derecho quirritario y se entronca con la cosmovisión de la primitiva familia que, como virtual unidad socio-política, se organizaba bajo un sistema patriarcal, esto es se hallaba sujeta a la autoridad de su *pater*. Al decir de Ulpiano, *iure proprio familiam decimus plures personas quae sub unius potestae aut iure subiectae*.

La *hereditas* es, por ende, una unidad que tiene su génesis en una motivación política de auténtica soberanía: inalienable, intransferible e inmutable. Como lo expresara Ihering,

“cuando el hombre muere, su persona pasa -junto con el derecho persona- al ámbito del derecho sagrado; se convierte en *Dii manes*, pero su personalidad patrimonial queda en el *ius humanum* y constituye la *hereditas*” (Cinotti, 2022). Explicaba el maestro alemán que lo que la libertad patrimonial del causante deja como familia es, desde el punto de vista del heredero, la *hereditas*. Y de ello se desprende que la *hereditas* no es algo sin vida, sino únicamente el aspecto menos vivo pero ansioso de ser revivificado; que se oculta detrás del aspecto más vivo que es la familia.

Bonfante, por su parte, enseñaba que el heredero era, precisamente, el sucesor en la potestad soberana, siendo la herencia el modo de traspaso de aquella cualidad. “De ahí -expresaba el profesor italiano- que el sujeto verdadero y propio del patrimonio no moría: la familia continuaba existiendo. La familia sobrevivía al muerto y, por medio de ella, sobrevivía a éste en su patrimonio” (Bonfante, 2002).

En la ilustración de los siglos XVII y XVIII la fe en la razón autosuficiente se convierte en la fuerza impulsora de un movimiento intelectual que pone en tela de juicio lo que anteriormente conformara el fundamento de la cultura clásica. El hombre es, a partir de allí, sólo un ser individual y no originariamente social que lleva en sí todo el presupuesto del despliegue de su inagotable naturaleza (Álvarez, 2001).

La vieja concepción materialista que se le asignaba a dicho término hoy se encuentra superada por aquella que lo considera como un “conjunto de derechos” siendo los bienes un medio para hacer efectivo ese derecho. El ordenamiento jurídico argentino se aleja del criterio patrimonialista que se había utilizado hasta ese entonces para construir el concepto de “bien”, ampliando su noción e incluyendo -dentro del capítulo 4 sobre Derechos y Bienes- a los derechos sobre el cuerpo humano (art. 17, Código Civil y Comercial -en adelante CCC), los derechos de las comunidades indígenas (art. 18, CCC) y teniendo en cuenta los derechos de incidencia colectiva (art. 240, CCC) coordinándolos entre sí en miras a una coexistencia pacífica (arts. 9, 10, 12, 14 y 241, CCC).

Este cambio de paradigma encuentra origen en la conocida teoría subjetiva o de la Escuela de la Exégesis que caracterizaba al patrimonio como un atributo de la personalidad producto de las relaciones que este tiene con los objetos exteriores sobre los cuales tiene o podría tener derechos que ejercer -la conocida universalidad jurídica-, inspirada en Zachariae (Borda, 1999) y desarrollada por Aubry y Rau (1917).

Sostener ello implica afirmar que cada persona tiene un patrimonio único e indivisible considerado independientemente de los bienes que una persona posea. Inclusive se podría no tener bienes pero aun así tener patrimonio.

La cuestión fue puesta en crisis por una parte importante de la doctrina. Coviello la consideró como ridícula, razonando en que la vida demuestra la existencia de numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio, siendo que algunas ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta (Borda, 1999, p. 13). También se achaca el concepto de universalidad, es decir concebirlo como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen, pues un patrimonio sin contenido concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad (Plastara, 1903; Enneccerus, 1976; Cicu, 1948; Borda, 1999; Rivera, 2007).

Borda también cargó las tintas sobre el concepto de “inalienabilidad” del patrimonio, al considerar que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquel, explicando

que inclusive es posible la alineación total, como ocurre en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa a la cual ingresa (Borda, 1999, p. 14).

Un punto central de las críticas, y especialmente a lo que a esta investigación interesa, resulta ser la cualidad de “único”. Rivera (2004, p. 109) enseña que es falso que el patrimonio sea único, pues cada vez más se acepta la existencia de patrimonios separados, creados por una expresa autorización legal, pero a veces con un componente importante de voluntad individual, aunque creemos que yerra el autor en su interpretación -no así en sus conclusiones- como veremos infra.

Las críticas descriptas conllevaron la concepción fundante de la teoría objetiva o de afectación que entendía que la naturaleza jurídica del patrimonio no venía de ser un atributo de la personalidad sino de que el patrimonio existía para el cumplimiento de su finalidad o destino económico-jurídico.

Según esta interpretación, resulta posible escapar de la unicidad patrimonial mencionada en la teoría subjetiva para pasar a la multiplicidad de patrimonios autónomos e independientes entre sí, pudiendo limitarse la responsabilidad de su titular a la elección de uno en el conjunto. Por ello también se distanciaban del carácter de inalienabilidad de la teoría subjetiva cuando promulgaban la idea de alienabilidad absoluta (*mortis causa* o incluso por actos entre vivos) como entendían que se daba en los casos de cesión de derechos hereditarios, el fondo de comercio, la sociedad conyugal o el beneficio de inventario. La persona no interesa (de ahí su denominación como objetiva) ya que podían existir patrimonios sin personas o patrimonios independientes. Como corolario es que entendían que los caracteres principales del patrimonio eran su alienabilidad, divisibilidad y universalidad jurídica (Planiol & Ripert, 2003, pp. 29-30).

La teoría alemana, asentados en la tesis de Plastara (1903), centraron sus estudios no en el sujeto sino en el objeto (los bienes) para llegar a la conclusión de que existen masas de bienes que tienen una existencia independiente, esto es, masas especiales que responden por deudas y cargas que les son propias, sin afectar el patrimonio general del titular de esos derechos.

Sostuvo el civilista que lo que da carácter de todo orgánico a una masa de bienes es simplemente la comunidad de afectación, y que los patrimonios especiales son universalidades jurídicas pertenecientes a la propia finalidad. De allí, que la regla -según Plastara- es la pluralidad de patrimonios y que éstos pueden transmitirse universalmente entre vivos.

Llambías advertía hace muchos años que nada impide que nuestra legislación local sea interpretada mediante cualquiera de las dos teorías expuestas, por cuanto los atributos son de creación doctrinaria y dentro del mismo régimen civil argentino se encuentran claros ejemplos de esta multiplicidad de patrimonios en cabeza de una persona, tal el caso de la herencia aceptada con beneficio de inventario, entre otros ejemplos (Llambías, 1970).

Por su parte, la teoría negativa buscaba desconocer el instituto del patrimonio como categoría independiente. Entendía que la finalidad a perseguir no es la económica-jurídica ni la persona sino el interés legítimo de aquellos sujetos cuyos créditos se ven insatisfechos (acreedores) y en ellos recae la protección como se da en los casos de concursos, la acción directa y subrogatoria, etcétera (Martín Azcano, 2011. pp. 41-42).

A pesar de los esfuerzos de las últimas doctrinas, no caben dudas, y así ha sido aceptado pacíficamente hasta la actualidad, que la naturaleza jurídica del patrimonio es el de ser un atributo de la personalidad por ser el centro de imputación el ser humano.

## 2.2 Función

La función de identificar un patrimonio como un conjunto de derechos de contenido económico que pertenece a un mismo titular tiene como fundamento que ese patrimonio responde por las deudas de ese sujeto titular, cualesquiera sean los derechos actuales o futuros que la compongan (art. 743, CCC).

Estos conjuntos de derechos económicos tienen una función principal que es la de ser garantía común de todos los acreedores que tenga ese sujeto sin importar los bienes que compongan ese patrimonio. Es decir, cuando el titular del patrimonio no responde por sus obligaciones, el conjunto de bienes que tenga a su nombre responderá y de esta forma los acreedores no verán su crédito ilusorio o sin posibilidades de cobrar ya que tienen el seguro -garantía- de que se cobrarán de los bienes del deudor.

Sin embargo, no todo el patrimonio responde por las deudas pues existen ciertos bienes excluidos de las acciones de los acreedores. La posibilidad de obtener esta exclusión responde a un criterio interpretativo de tipo práctico consagrado por el Código Civil y Comercial en su artículo 744.

La ley busca que el deudor responda por sus deudas, pero sin que esto lo conduzca a una situación de marginación social y económica asimilable a la antigua figura de la “muerte civil”. Por ello, y con el fin de limitar las agresiones al patrimonio que puedan afectar la dignidad de la persona, se establece que aquellos bienes esenciales para la subsistencia y el desarrollo de la vida digna (como vestimenta, herramientas de trabajo, etc.) no podrán ser objeto de ejecución.

La jurisprudencia es pacífica en sostener que el carácter de indispensabilidad está determinado por el destino del bien de que se trate en conjunción con el nivel medio de vida alcanzado por la comunidad. Se debe excluir el mero lujo o recreación pero siempre teniendo presente que no sean imprescindibles y se encuentren ligados a las exigencias comunitarias primordiales (ejemplo: ahorro de tiempo, comodidad, seguridad).

## 2.3 Patrimonios especiales

Von Tuhr (1946, p. 349) explica que la unidad del patrimonio no se limita a explicar que cada persona puede tener uno solo, sino que también tiene un efecto temporal; los derechos egresan e ingresan al patrimonio sin solución de continuidad y este sigue siendo el mismo patrimonio y como tal sigue respondiendo a los acreedores.

El patrimonio es conocido entonces como la garantía común de los acreedores, lo que significa que los derechos que lo componen responden por las deudas de su titular dándole a los acreedores acciones tendientes a hacer efectivos sus créditos sobre dichos bienes. Sin embargo, la última parte del art. 242, CCC menciona otra categoría de patrimonio diferente al “común”: los patrimonios especiales.

Inveterada doctrina nacional, si bien rechazaba la noción de la unidad del patrimonio como principio, explicaba la necesidad de que el patrimonio separado esté identificado por la norma, por cuanto la voluntad individual es incapaz de crear supuestos nuevos



por tratarse de un *numerus clausus* (Piaggi de Vanossi, 1997, p. 204). Así, Orgaz (1948, p. 308) afirmaba que los juristas modernos admiten que una misma persona puede tener más de un patrimonio, que éste es divisible y aun que es enajenable; pero ninguno de estos juristas ha pretendido nunca que la posibilidad de dividir el patrimonio pueda dejarse librada a la exclusiva voluntad de los particulares.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los patrimonios especiales o separados como aquellos que por una autorización legal y en virtud de la determinada finalidad con la que se afectan los bienes que componen ese patrimonio, están excluidos de la regla general de responsabilidad por todas las deudas del titular (Rivera & Crovi, 2018, p. 579).

El Código Civil y Comercial recepta varios de este tipo, tales como el patrimonio del causante siempre que se mantenga separado del patrimonio de los herederos (arts. 2317, 2321 y 2322, CCC) o el caso del patrimonio del emancipado, constituido por los bienes recibidos a título gratuito (art. 29, CCC).

En la inevitable comparación que se realiza con el patrimonio “común”, debe decirse que ambos son universalidades jurídicas pero se diferencian en que el especial no es necesario, no comparten el carácter de ser únicos e indivisibles y son enajenables.

Rivera y Crovi (2018, p. 580) entienden que el patrimonio de una sociedad unipersonal responde al concepto de “patrimonio especial”, no pudiendo los acreedores cuyo crédito se originó por el vínculo comercial con ésta, atacar el patrimonio personal del deudor. La cuestión ya había sido planteada muchos años antes por el profesor santafesino, cuando consideró que “la práctica más usual para crear patrimonios separados por la sola voluntad de la persona, ha sido la utilización de personas jurídicas, fundamentalmente sociedades de responsabilidad limitada” (Rivera, 2003, p. 127).

Siguiendo las enseñanzas de Gore (1977, p. 16), explica que las sociedades unipersonales no son contratos, desde que no hay entrecruzamiento de voluntades, por lo que son creaciones de una sola persona, que por un acto de voluntad separa una parte de sus bienes del patrimonio general y los atribuye al patrimonio de una “sociedad” con la cual ha de emprender una actividad económica.

Sin embargo, tal interpretación resulta errónea, pues la creación de una “sociedad unipersonal”, en los términos de la ley 27.349 -como se verá a continuación- implica el nacimiento de una persona jurídica y por lo tanto de una personalidad jurídica diferente a la de sus socios, con un patrimonio de afectación propio (art. 154, CCC) pudiendo únicamente atacar el patrimonio de sus socios mediante el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica (art. 144, CCC).

La posición fue centro de duras críticas por parte de Deppeler (2005), para quien -en coincidencia con nuestra posición- expresó: “el segundo sofisma de que se parte, e invalida la conclusión a que se pretende arribar, radica en la aseveración de que el aporte de capital a una organización de carácter jurídico colectivo estaría surtiendo los efectos de separar el patrimonio del ‘aportante/socio’ o fraccionarlo, cuando la realidad, y a los efectos de las organizaciones colectivas societarias, son nuevas personas jurídicas cuyo capital, en la proporción que corresponda, se mantiene en cabeza del aportante, que de ningún modo ‘fracciona’ su patrimonio, sino que sólo invierte parte del mismo en un negocio asociativo”.

Ahondemos en la cuestión.

### 3. El patrimonio del comerciante. Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en el derecho argentino

Las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante: SAS) es una figura jurídica relativamente reciente del ordenamiento argentino, introducida por la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), promulgada el 29 de marzo de 2017. Este tipo societario surge como respuesta a la necesidad de los emprendedores y pequeños empresarios de constituir una estructura jurídica ágil y de bajo costo, que les permita acceder a una separación patrimonial y a la protección que otorga la personalidad jurídica, sin un exceso de formalismo y con costos menores que otras figuras como la Sociedad Anónima (SA) o la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL).

Hasta el momento del dictado de la LACE, el pequeño inversor no encontraba un amparo legal a sus inversiones, arriesgando con su emprendimiento todo su patrimonio personal y exponiendo el bienestar de toda su familia, lo que lógicamente desalienta el emprendedurismo. Fue este último complemento lo que influyó en la creación de institutos que sirvieran para proteger a la economía familiar mientras se empujaba al capital emprendedor a invertir en su negocio (Marega, Maggio, & Lago, p. 1095).

Además, tanto al momento de su sanción como en la actualidad, la economía del conocimiento adquiere cada vez mayor protagonismo. En este contexto, el valor agregado más significativo reside en el conocimiento y las ideas, más que en las máquinas. Este cambio en la realidad mercantil impulsó la necesidad de crear empresas y vehículos jurídicos que ofrecieran una estructura eficaz y acorde al contexto actual. Por ello, la introducción de la SAS en el ordenamiento jurídico buscó establecer un tipo societario flexible y ágil, que a su vez limitara la responsabilidad de sus socios y les permitiera organizar su patrimonio bajo una figura societaria que facilitara el acceso a herramientas de financiación (Ramírez, 2020, pp. 14-16).

La motivación detrás de la creación del nuevo tipo societario se encontraba principalmente en la creciente demanda de una herramienta jurídica que facilite la constitución de empresas emergentes, *startups* y proyectos que no requieren, en su etapa inicial, la complejidad administrativa y financiera de las formas societarias tradicionales. En este sentido, el contexto económico de Argentina, siempre marcado por la dificultad de acceso a financiamiento y la burocracia para la formación de sociedades, hizo imperioso el dictado de la LACE que contenía el nuevo tipo social buscando: flexible y de fácil adecuación a las necesidades existentes.

Las SAS, como lo dispone el artículo 33 de la Ley 27.349, se constituyen mediante un trámite digital simplificado debiendo asegurar los Registros Públicos de Comercio que en un plazo de 24 horas la sociedad quede inscripta y habilitada para operar. Además, es una sociedad que puede ser constituida por un único socio, rompiendo con la necesidad de pluralidad de miembros, característica de las SA y SRL.

Uno de los aspectos más relevantes y discutidos de las SAS -y a lo que a esta investigación interesa- es la separación de patrimonios que ofrece. Al constituirse como una sociedad con personalidad jurídica propia, el patrimonio de la sociedad queda totalmente diferenciado del patrimonio de los socios. Esto implica que, frente a las deudas comerciales u obligaciones que asuma la SAS, los socios solo responden hasta el límite del

capital aportado, sin poner en riesgo su patrimonio personal. La responsabilidad limitada es un pilar fundamental que otorga tranquilidad a los emprendedores, permitiéndoles asumir riesgos económicos sin comprometer su estabilidad patrimonial personal.

No obstante, como en toda sociedad con personalidad jurídica, la separación patrimonial no surge de la mera afectación de bienes a un fin económico determinado, sino que está basada en la constitución de un nuevo sujeto de derecho. Esto significa que, aunque se logre el objetivo de limitar la responsabilidad del empresario individual sobre su patrimonio personal, dicha limitación deriva del reconocimiento legal de la SAS como una persona jurídica independiente y, por lo tanto, con un patrimonio autónomo al de los socios que la integran.

Si bien la intención de la ley que crea las SAS es evidente de poder escindir el patrimonio de los socios, diferentes autores nacional han intentado ampliar la responsabilidad de estas entidades buscando una interpretación más amplia de los institutos que ofrece el Derecho Societario (Richard, 2019; Nissen, 2023).

Desde la sanción de la Ley 27.349 y hasta la actualidad, el número de SAS inscriptas ha crecido exponencialmente. Ello, a pesar de los intentos de restricción que hubieron por parte de la Inspección General de Justicia en el periodo de 2019-2023, incluso existía un proyecto con media sanción del Senado para eliminarlas, sin embargo, hasta el año 2023 se registraron más de 50.000 SAS en todo el territorio argentino (Oliveira, 2023).

Este crecimiento destaca la aceptación que ha tenido este tipo de sociedad entre emprendedores y pequeños empresarios, quienes encuentran en esta estructura societaria una herramienta eficaz para formalizar sus actividades comerciales y acceder a los beneficios de la personalidad jurídica, como el acceso a financiamiento y la limitación de la responsabilidad.

El éxito de las SAS puede explicarse por la simplificación de su régimen constitutivo y de funcionamiento, que incluye la posibilidad de realizar reuniones de socios a distancia y una mayor flexibilidad en la redacción del estatuto social. Asimismo, el bajo costo y la celeridad del trámite digital para su inscripción han sido factores clave en su rápida adopción.

Por lo que se podría indicar que las SAS representaron un avance significativo en el régimen societario argentino, ya que permiten a los emprendedores acceder a una separación patrimonial mediante la constitución de una nueva persona jurídica. Aunque dicha separación implica la creación de un sujeto jurídico diferente, las SAS se consolidan como una opción eficiente y accesible para quienes buscan emprender bajo un ropaje jurídico que ofrezca protección y flexibilidad.

## 4. El Empresario Individual de Responsabilidad Limitada en el derecho europeo

El derecho comparado ha ensayado algunos institutos que buscan una separación entre el patrimonio de la persona humana y el de su empresa, con la intención de brindarle al emprendedor un respaldo ante la insolvencia. Es decir, garantizarle la protección de sus bienes personales ante el riesgo empresarial de su emprendimiento.

La Duodécima Directiva del Consejo Europeo del 21 de diciembre de 1989 relativa a sociedades comerciales, estableció la posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario individual en todos los Estados miembro, sin embargo al igual que ocurre en Argentina, tanto esta Directiva como las legislaciones nacionales que adoptaron Portugal, España y Francia no lograban una separación del patrimonio del empresario individual, sino una “afectación especial” o la creación de una nueva personalidad jurídica.

#### 4.1 El EIRL en Portugal

En Portugal la figura del *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada* (EIRL) ha sido incorporada dos años antes que la disposición de la Directiva Europea, determinando que puede ser constituida por personas físicas y se requiere un capital mínimo de cinco mil euros para su constitución. Exige, además, la inscripción en el Registro Mercantil y la presentación de las cuentas anuales.

Es decir, el derecho portugués crea una nueva persona, diferente a la persona humana del empresario, cuyo patrimonio es diferente y queda determinado como garantía de los acreedores que emergen como consecuencia de su actividad empresarial. La división de los patrimonios se da, por lo tanto, mediante la creación de una nueva persona jurídica, acentuando la naturaleza jurídica subjetiva del patrimonio.

En el año 1996 surge en Portugal la *Sociedade Uniperssoal por Quotas* (SUQ) que si bien no sustituyó a las EIRL las desplazó en su utilización debido a que las SUQ son de más fácil constitución, pueden estar conformadas por un único socio (persona humana o jurídica) y el aporte inicial es de 1 euro. En un paralelo con la legislación nacional, las SUQ portuguesas persiguen el mismo fin y se encuentran ideadas de una forma muy similar a las SAS argentinas.

#### 4.2 El Emprendedor de Responsabilidad Limitada en España

Este intento de diferenciar el patrimonio -que resultó ser un fracaso en su implementación registrándose únicamente 1137 EIRL hasta el año 2021 en el *Ficheiro Central de Pessoas Colectivas* (Mouta Mendes, 2024)- fue aplicado en España (Gago García, 2023, p. 39) mediante la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada (ERL) que, a diferencia del modelo portugués, no crea una persona jurídica diferente sino que determina ciertos bienes como inembargables.

El artículo 7 de la Ley 14/2013 del 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización dispone que “el emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de ‘Emprendedor de Responsabilidad Limitada’, una vez cumplidos los requisitos...”.

Sin embargo, la posibilidad de “limitar la responsabilidad” se reduce a determinar ciertos bienes como ser la vivienda habitual y los bienes del equipo productivo que estén afectados a la producción que quedan fuera del poder de agresión de los acreedores.

Gago García (2023, p. 18) destaca que la vivienda familiar siempre está excluida de la responsabilidad (incluso antes de esta ley), a menos que se haya afectado expresamente o se haya entregado como garantía específica; mientras que los bienes de equipo

productivo sólo estarán exentos de responsabilidad si tienen un valor inferior a un límite determinado, reduciendo el patrimonio “desprotegido” ante posibles obligaciones, pero dejando expuestos el resto de los bienes a los que sí se podría extender la responsabilidad patrimonial.

Así entendida la cuestión, la figura introducida no limita la responsabilidad pues sigue respondiendo con todo el patrimonio conforme el artículo 1911 del Código Civil español ya que, como señala Cazorla (2023), en el mejor de los casos simplemente se produce una reducción de patrimonio por el que el emprendedor responde frente a sus deudas.

A diferencia de la figura del EIRL portugués, aquí no se crea una nueva persona jurídica y por lo tanto no existe una separación de patrimonios entre el personal y el empresarial, sino que se limita a la protección de la vivienda habitual y de los bienes de equipo que están condicionados a que su valor no supere los trescientos mil euros y por un límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios.

La figura fue adoptada únicamente por 150 emprendedores españoles desde el año 2013 hasta el año 2021.

#### 4.3 El *Entrepreneur Individuel À Responsabilité Limitée* (EIRL) en Francia

En el año 2010 Francia incorporó a su ordenamiento al “Empresario Individual de Responsabilidad Limitada”, figura derogada en el año 2022 debido a la escasa utilización por parte de los emprendedores.

El EIRL permitía a los empresarios limitar la responsabilidad sobre sus bienes al distinguir un patrimonio personal de un patrimonio empresarial, y aunque no existía la constitución de una “sociedad”, la figura creaba una personalidad jurídica diferenciada y afectaba determinados bienes a tales fines. Es decir, el empresario ya no respondía con sus bienes personales porque lo hacía con el patrimonio del emprendimiento.

La diferencia con la figura española, aunque ambas requerían inscripción previa, estaba en que en Francia se limitaba la responsabilidad mientras que en España -como se analizó- sólo se determinaban ciertos bienes como inembargables. En el país ibérico no existe una limitación en la responsabilidad sino una reducción del patrimonio afectable.

Clermont (2022) destaca que la declaración de afectación imponía un formalismo engorroso y las obligaciones fiscales generaban confusión, ya que la declaración tributaria debía presentarse aplicando las normas del principio de caja, mientras que las cuentas anuales debían elaborarse de acuerdo con los principios de devengo.

Hasta su derogación, sólo el 5% de los emprendedores franceses se habían acogido a la normativa (Bamdé, 2022), lo que motivó la sanción de la ley 2022-172 del 14 de febrero.

##### 4.3.1 La nueva figura del Empresario Individual (EI)

La figura del EIRL significaba la necesidad de una declaración de afectación de bienes y una contabilidad separada especial que no encontró acogida entre los empresarios individuales; lo que tampoco satisfacía la unidad del patrimonio empresarial en cuanto a los riesgos financieros, pues el patrimonio podía ser agredido por deudas profesionales.



A los fines de sortear estos inconvenientes, el legislador francés sancionó la Ley 2022-172 creando la figura del Empresario Individual (EI) cuyo objetivo principal -según señala la norma- es la protección de los empresarios individuales (Poracchia & Stoffel, 2022) tutelando su patrimonio personal y evitando que se exponga al riesgo de empresa.

La mencionada normativa dispone que “los bienes, derechos, obligaciones y valores que posee y que son útiles para su actividad o sus actividades profesionales independientes constituyen el patrimonio profesional del empresario individual. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Libro VI de este Código, este patrimonio no puede dividirse. Los elementos del patrimonio del empresario individual no incluidos en el patrimonio profesional constituyen su patrimonio personal”.

Es decir, el derecho francés provoca un corrimiento desde la concepción subjetiva del patrimonio a una concepción objetiva, siguiendo en esta línea a la teoría de la afectación del patrimonio.

Toda la doctrina señala que esta ley produce una revolución en la noción de patrimonio según la clásica concepción de Aubry y Rau (Revet, 2022, p. 469; Menjucq, 2022; Alegria, 2022), pues la peculiaridad de esta figura es la atribución automática de bienes y deudas a uno u otro patrimonio, salvo ciertas excepciones. Revet (2022) sostiene que a los criterios suficientes en caso de patrimonio único tienden a la identificación del deudor y del conjunto de sus bienes ejecutables se agrega el criterio propio del empresario individual consistente en la identificación de una relación o de una ausencia de relación entre el crédito y los bienes ejecutables. Continúa ejemplificando: “los acreedores nacidos en ocasión de la actividad profesional independiente tienen por prenda general el patrimonio formado por los bienes útiles a esta actividad, llamado patrimonio profesional; los acreedores que no nacieron en ocasión de la actividad profesional independiente tienen por asiento de su prenda general el patrimonio formado por los bienes que no son útiles a esa actividad, llamado el patrimonio personal”.

La ley en análisis crea dos patrimonios separados en un único sujeto de derecho, el patrimonio personal y el patrimonio profesional, que será único sin importar la multiplicidad de actividades que realice. Alegria (2022) señala que por aplicación de la regla de que el patrimonio profesional no puede ser escindido (art. L526-22 Código de Comercio francés), al permitir la ley la transferencia de este patrimonio como una unidad comprendiendo bienes y créditos vinculados, no admite la separación de unidades o partes separadas, aún cuando se trate de actividades múltiples diferenciadas.

Revet (2022) indica que esta formulación continúa el criterio planteado por Geny, pero ampliado por la evolución de la noción de persona, progresando de una concepción abstracta para una concepción concreta -del sujeto de derecho dotado de una personalidad jurídica desencarnada frente a una persona humana en diferentes facetas- la noción de persona es ella misma hoy significante del patrimonio frente a una diversificación.

#### 4.3.2 Particularidades del Empresario Individual

Enseña Bamdè (2022) que el legislador francés, motivado por el deseo de forzar la protección de los trabajadores independientes, creó un estatuto único del empresario individual que motivó la separación legal entre el patrimonio personal y el patrimonio profesional, sin necesidad de que se haga una declaración previa de cesión, como ocurría antes mediante la creación de una nueva persona [jurídica].

Así, tan pronto como una persona realiza una o más actividades profesionales independientes en nombre propio es titular de dos patrimonios, los “activos profesionales”, constituidos por bienes, derechos, obligaciones y valores que posee el empresario y que son útiles para su actividad o actividades profesionales independientes; y un “patrimonio personal” formado por elementos del patrimonio del empresario individual no incluidos en el patrimonio profesional. Es decir, lo clasifica por exclusión.

Además de la consagración de una separación del patrimonio del empresario individual, la ley del 14 de febrero de 2022 estableció un sistema que permite la transmisión universal del patrimonio profesional entre vivos, incluso en forma de aportación a una empresa. Esto es, aún sin escindir el patrimonio en cabeza de la persona humana, la ley lo trata como un verdadero patrimonio separado. Sin embargo, Alegría (2022) destaca que las normas de transferencia de fondo de comercio no son aplicables respecto de las transferencias universales del patrimonio profesional porque los contenidos de uno y otro acto son distintos. En la transferencia de fondo de comercio no se comprenden los pasivos del titular del comercio que se transfiere, mientras que en la transferencia del patrimonio profesional por vía universal se comprenden los activos y pasivos.

Ahora bien, sin perjuicio que -hasta ahora- parecería que este patrimonio profesional escindido del personal sería una creación de un nuevo patrimonio totalmente separado del anterior, lo cierto es que la ley sigue manteniendo su vinculación entre uno y otro; la separación de patrimonios puede quedar sin efecto *erga omnes* o con efecto individual en diversos casos previstos por la misma normativa.

## 5. Conclusiones

Desde hace muchos años la legislación comparada intenta encontrar un marco adecuado de protección al emprendedor individual, de forma tal que le permita explotar comercialmente su emprendimiento sin las consecuencias que atraería aparejada el *default* de la empresa en su economía familiar. Para lograr ello, los estudiosos se han abocado a las diversas alternativas en el tratamiento del patrimonio.

El derecho argentino se enrola en la teoría subjetiva del patrimonio, asignándolo como un atributo de la personalidad con característica de unicidad. Ergo, incluso los “patrimonios especiales” que reconoce el Código Civil y Comercial forman parte del patrimonio general. Es decir, sigue la tendencia de un único patrimonio a pesar de las críticas que mereciera por parte de distinguida doctrina nacional. La única alternativa hallada por el legislador tanguero fue la creación de personas jurídicas unipersonales, manteniendo incólume la teoría subjetiva.

La legislación europea en general tampoco ha logrado apartarse de las fuertes raíces logradas por la teoría de Aubry y Rau, y las alternativas practicadas giraron siempre en torno a una nueva persona jurídica con patrimonio diferente, o una limitación de éste.

La irrupción (teórica y legislativa) la dio el legislador francés, que tal y como lo hizo en el año 1969 mediante una pequeña introducción en el concepto de responsabilidad de los empresarios con relación al proceso concursal y que desencadenó un cambio de paradigma en cuanto a la desvinculación entre “empresa y empresario” (Marega & Palud,



2022), introduce aquí la posibilidad legal de que una persona humana cuente con dos patrimonios diferentes rompiendo el concepto de “unicidad”, vigente desde el Siglo 19.

Con la intensión de brindarle una protección especial al emprendedor ante los avatares de la economía y los negocios, impulsando la producción y el trabajo pero al mismo tiempo protegiendo su patrimonio y -por lo tanto- su calidad de vida, Francia encuentra las herramientas suficientes (aunque aún sea un instituto muy reciente) para afrontar una problemática que ni Argentina, España o Portugal (conforme las legislaciones aquí analizadas) han logrado afrontar con buenos resultados.

## Referencias bibliográficas

- Alegría, H. (2022). “Importante novedad en el Derecho francés: el empresario individual con responsabilidad limitada (titular de dos patrimonios) Ley 2022-172.” *La Ley F*.
- Álvarez, O. (2001). *El concepto de patrimonio en Roma y los efectos de su incorporación en el Código Civil Argentino*, ED 193.
- Aubry, Ch. Rau, Ch. (1917). *Cours de droit civil français*. 5ª ed. (Vol. 6). Marchal et Billard.
- Bamadé, A. (22 de junio, 2022) Le statut de l’entrepreneur individuel: règles générales et condition. *Le droit dans tous ses états* <http://aurelienbamde.com/2022/06/18/le-statut-de-lentrepreneur-individuel-regles-generales-et-conditions/> .
- Bonfante, P. (2002). *Instituciones de derecho romano*. 5 ed. Reus.
- Borda, G. A. (1999). *Tratado de derecho civil: Parte general*. (Vol. 2). Abeledo-Perrot.
- Cazorla, L. (2013). El Emprendedor y la Ley de Emprendedores. *El Blog de Luis Cazorla* <http://luiscazorla.com/2013/09/a-vueltas-con-el-emprendedor-y-la-ley-de-emprendedores/> .
- Cicu, A. (1948). *La divisione creditaria*. Giufre Editore.
- Cinotti, L. (2022). Jhiring y su “espíritu del derecho romano”: lectura de un joven estudioso. *Roma Tre Law Review*.
- Clermont, T. (2022) EIRL: suppression du statut depuis le 16 février 2022. *Le Coin des Entrepreneurs*. <http://www.lecoindesentrepreneurs.fr/suppression-statut-eirl/#:~:text=Tr%C3%A8s%20peu%20de%20cr%C3%A9ateurs%20d,individuel%20le%2015%20mai%202022> .
- Deppeler, N. (2005) Cuando se fuerzan la lógica y el derecho: Sobre la posibilidad del fraccionamiento sistemático del patrimonio. *La Ley Suplemento Especial Sociedades ante la IGJ*.
- Enneccerus, L. *Tratado de derecho civil*. (Vol.1). Bosch, 1976.
- Gago García, A. (2023) *El emprendedor de Responsabilidad Limitada*. [Tesis Trabajo fin de Grado, Universidad de Oviedo], 2023. E-Archivo. <https://hdl.handle.net/10651/69370>
- Gore, F. (1977). *Droit des affaires*. Montchrestien.
- Llambías, J. (1970). *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Abeledo Perrot.

- Marega, A. M., Maggio, R. H. y Lago, H. R. (2020). Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS). El impacto de las SAS en “startups” y empresas familiares. *Practica Integral Córdoba ERREPAR XIV*. p. 1.095
- Marega, A. M. y Palud, N. (2022). Ley Concursal y Código Penal: una tensa relación. *ED 298(276)*.
- Martín Azcano, E. M. (2011). *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Aspectos civiles*. 1ª ed. La Ley, temas. La Ley.
- Menjucq, M. (2022). Loi en faveur de l’activité professionnelle indépendante: la deuxième mort d’Aubry et Rau. *Revue des procédures collectives*, 1.
- Mouta Mendes, F. (2024). Establecimiento individual de responsabilidade limitada (EIRL). *Sociedades Comerciais*.
- Olivera, D. (2023). Perdió estado parlamentario un proyecto de ley que pretendía llevar a todo el país la destrucción de las SAS que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires. *iProUP*. <http://www.iproup.com/economia-digital/38652-sociedades-emprendedores-las-sas-estan-a-salvo>
- Orgaz, A. (1948). *Estudios de Derecho Civil*. TEA.
- Piaggi de Vanossi, A. I. (1997). *Estudios sobre la sociedad unipersonal*. Depalma.
- Planiol, M. y Ripert, G. (2003). *Tratado elemental de derecho civil*. Cárdenas Velasco.
- Plastara, G. (1903). *La notion juridique du patrimoine*. Rousseau et cie.
- Poracchia, D. y Stoffel, J. N. (2022). Panorama sur le Nouveau statut d’entrepreneur individuel. *Bulletin Joly Sociétés*, 9, 52-73
- Ramírez, A. H. (2020). SAS. *Sociedad por Acciones Simplificada*. Astrea.
- Revet, T. (2022). La désubjectivation du patrimoine. Lei n 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l’activité professionnelle indépendante. *Recueil Dalloz*, 9, 469.
- Rivera, J. C. (2003). El fraccionamiento del patrimonio. *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos: Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*. (Vol.3). Universidad Externado de Colombia.
- Rivera, J. C. “Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio” en *La Ley Suplemento Especial Sociedades Comerciales, Diciembre* (2004): 117.
- Rivera, J. C.. *Instituciones de derecho civil: Parte general, 4ª ed.*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007.
- Rivera, J. C. y Covi, L. D. (2018). *Derecho Civil parte General*. Aires, Abeledo Perrot.
- Von Tuhr, A. (1946). *Derecho Civil - Teoría general del Derecho Civil Alemán: Trad. Totp Ravá*, Marcial Pons.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 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.

A.M.M. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y H.R.L. 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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)



MARTÍN CÁNEPA SALABERRY

Universidad de Montevideo, Uruguay

mcanepa@correo.um.edu.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3930-2562>

Recibido: 30/03/2025 - Aceptado: 26/05/2025

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

Cánepa Salaberry, M. (2025). Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión.

*Revista de Derecho*, 24(47), e477. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.7>

## Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión

113

**Resumen:** El artículo analiza la situación de los animales de compañía en el contexto de las crisis familiares y las sucesiones en el derecho uruguayo. Se destaca la creciente importancia de los animales en la vida de las personas y la necesidad de que el derecho de familia los considere al momento de resolver conflictos. Si bien el Código Civil los considera como cosas, se argumenta que son seres sintientes y que su bienestar debe ser protegido. El artículo propone la aplicación analógica de las normas que protegen a los niños y adolescentes en casos de divorcio para establecer regímenes de tenencia, visitas y alimentos para los animales de compañía. Asimismo, se analizan las disposiciones para proteger a los animales en casos de fallecimiento de su tenedor, incluyendo la posibilidad de incluirlos en testamentos y fideicomisos. Se concluye con la necesidad de una reforma legislativa que actualice el Código Civil y contemple la protección de los animales de compañía en estas situaciones.

**Palabras clave:** animales de compañía; crisis familiares; sucesión; derecho de familia derecho civil; seres sintientes; tenencia responsable; bienestar animal; divorcio testamento.

## Companion Animals in family crises and inheritance.

**Abstract.** The article analyzes the situation of companion animals in the context of family crises and successions in Uruguayan law. It highlights the increasing importance of animals in people's lives and the need for family law to consider them when resolving conflicts. Although the Civil Code classifies them as property, they are sentient beings, and their well-being must be protected. The article proposes the analogous application of the legal provisions that protect children and adolescents in divorce cases to establish custody, visitation, and support arrangements for companion animals. It also explores the provisions to protect animals in the event of their owner's death, together with the possibility of including them in wills and trusts. It concludes with the need for legislative reform to update the Civil Code and ensure the protection of companion animals in these situations.

**Keywords:** Companion animals; Family crises; Succession; Family law; Civil law; Sentient beings; Responsible ownership; Animal welfare; Divorce; Will (testament).

114



## Os animais de estimação diante das crises familiares e da sucessão.

**Resumo:** O artigo analisa a situação dos animais de estimação no contexto das crises familiares e das sucessões no direito uruguaio. Destaca-se a crescente importância dos animais na vida das pessoas e a necessidade de que o direito de família os considere ao resolver conflitos. Embora o Código Civil os considere como coisas, argumenta-se que são seres sencientes e que seu bem-estar deve ser protegido. O artigo propõe a aplicação analógica das normas que protegem crianças e adolescentes em casos de divórcio, a fim de estabelecer regimes de guarda, visitas e alimentos para os animais de estimação. Também são analisadas as disposições para proteger os animais em casos de falecimento de seu tutor, incluindo a possibilidade de incluí-los em testamentos e fideicomissos. Conclui-se com a necessidade de uma reforma legislativa que atualize o Código Civil e contemple a proteção dos animais de estimação nessas situações.

**Palavras-chave:** Animais de estimação; Crises familiares; Sucessão; Direito de família; Direito civil; seres sencientes; Tutela responsável; Bem-estar animal; Divórcio; Testamento.

## 1. Introducción

La creciente humanización en el trato de los animales de compañía tensiona la tradicional concepción legal que los reduce a meros objetos, un desafío que este artículo se propone analizar en el contexto de las crisis familiares y sucesiones<sup>1</sup>.

La preocupación por los animales fue objeto de atención de un sinfín de civilizaciones, tales como la egipcia, o la persa mediante la protección de los perros, de la china imperial y su admiración por el perro pekinés, e incluso de otros regímenes modernos, como el instaurado por Napoleón I, que centró su atención en los perros de guerra (Ramón Fernández, 2022, p. 2435).

El interés por los animales en Uruguay se ha reflejado en la producción legislativa. Esto es fruto de la importancia adquirida por los animales en la cotidianeidad, así como de la conciencia social de que estamos ante seres sintientes, que pueden ser sometidos a situaciones de crueldad y maltrato.

Así, la reciente Ley 20.356 de 2 de octubre de 2024 prohíbe la realización de actos o prácticas quirúrgicas no terapéuticas en animales domésticos, los que pueden ser castigados hasta con la prohibición de tenencia de animales. Esta ley ejemplifica la preocupación por prevenir actos de crueldad contra los animales, muchos de los cuales son ordenados por sus tenedores, quienes deberían velar por su bienestar.

En la misma línea se ha fortalecido la presencia del Estado y el diseño de políticas públicas tendientes a la protección del bienestar animal mediante la creación del Instituto Nacional de Bienestar Animal (INBA).

Sin embargo, observamos una clara contradicción entre el trato que las personas brindan a los animales de compañía en la vida cotidiana y el enfoque que aún persiste en ciertas áreas del derecho, como el derecho civil tradicional.

Desde la perspectiva del derecho civil tradicional, los animales son considerados bienes muebles (semovientes) o, en ciertos casos, inmuebles por destino, y su clasificación histórica se ha basado en criterios como su ferocidad. La normativa no ha sufrido modificaciones ni se ha interpretado atendiendo al bienestar animal.

A diferencia de lo que ha sucedido en otras jurisdicciones, la sanción de la Ley 18.471 de 27 de marzo de 2009 sobre tenencia responsable de animales tuvo poco impacto en la legislación civil y de familia, así como en la interpretación de las normas vigentes.

Es incuestionable que el rol de los animales se ha acrecentado en las familias, por lo que no parece absurdo pensar en situaciones de conflictividad familiar donde el eje del debate se centre en la tenencia de los animales de compañía, o al menos, que su destino sea parte del debate en sede judicial u objeto de acuerdos extrajudiciales.

1 Los datos del último censo demuestran que en Uruguay existen 2.140.066 mascotas censadas. De acuerdo con la información proporcionada por el censo: “se observa que las parejas sin hijos muestran una alta adopción de perros, siendo un 39%. Los hogares unipersonales presentan una tendencia diferente, un 52% de ellos no tiene mascotas y el 27% solo perros, mientras que los hogares compuestos y extendidos también exhiben una distribución de mascotas variada, aunque con un predominio en los perros”. Agrega el informe del Censo que los resultados “proporcionan una visión clara de la relación entre los hogares y las mascotas en el país, destacando el rol fundamental que juegan las mascotas en la vida familiar”. (Consultado el 5 de junio de 2025 de <https://www.gub.uy/instituto-nacional-estadistica/comunicacion/noticias/censo-2023-entre-perros-gatos> ).

Queremos adelantarnos a la discusión. En este trabajo buscamos responder a la interrogante de si es posible, en primer lugar, incorporar a los animales de compañía entre las cuestiones a resolver cuando se suscita un escenario de conflictividad familiar. En segundo lugar, en caso de ser afirmativo, qué cuestiones concretas pueden plantearse al respecto, como, por ejemplo, si es posible solicitar un régimen de visitas, o si es posible establecer un régimen de alimentos para los animales de compañía.

Nos proponemos analizar cómo incide la tenencia y la presencia de los animales de compañía en los problemas de familia y en el ámbito del derecho de sucesiones. Para ello, debemos despejar una primera interrogante relativa al estatuto jurídico de los animales. Luego, traeremos a colación un concepto en auge en el derecho comparado, que produce un giro copernicano en el tratamiento del tema, por el cual los animales son tratados como “seres sintientes”. Tras profundizar al respecto responderemos si es posible que el derecho vigente se interprete y aplique para resolver controversias cuyo objeto sean los animales de compañía, a la luz de los conceptos de familia multiespecie y la teoría del apego, para luego adentrarnos en diversos escenarios de crisis familiares en torno a ellos.

## 2. Los animales no son sujetos de derecho

Este trabajo no pretende “descosificar” a los animales de compañía, ni elevarlos al nivel de las personas. Esto último es legalmente inviable en tanto el inc. 1° del art. 21 del Código Civil restringe el concepto de personas a la pertenencia a la especie humana.

Su fundamento parece evidente, en tanto, como afirma el Prof. Howard, *“el ordenamiento jurídico fue erigido por los propios seres humanos y está destinado a regir exclusivamente conductas humanas. Las relaciones jurídicas son aquellas que se derivan de la convivencia social y que originan derechos y obligaciones para quienes participan en ellas”* (Howard, 2024, p. 31).

Al tratar el tema, entonces, no se puede sencillamente abogar por elevar a los animales al rango de las personas, instaurando un nuevo estatuto jurídico, dado que ello es legalmente inviable. Tampoco creemos que sea prudente una reforma legislativa en sentido contrario.

Las Dras. Maruri y Montero, en extenso trabajo publicado al respecto, expresan que la idea de persona se encuentra vinculada estrechamente con la dignidad, que comprende el respeto a la vida propia y ajena (Maruri Armand-Ugón & Montero Susalla, 2023, p. 8), algo que no se puede exigir en los animales no humanos.

Debemos partir de la base de que no forman parte de las relaciones jurídicas pues estas se entablan estrictamente entre personas. No obstante, esta conclusión no los denigra en tanto existe amplia normativa que vela por el bienestar animal.

Entendemos que la aplicación de estas normas es clave para que la óptica del derecho de propiedad no domine el tratamiento del tema. Esto parece ser reconocido expresamente por el art. 11 del Decreto 204/017 (reglamentario de la Ley 18.471) en tanto establece que:

No siendo los animales sujetos de derecho, los mismos serán considerados como bienes de propiedad privada sujetos a una normativa especial, por lo que es derecho de toda persona la tenencia de Animales de Compañía (...).



Aunque la norma les reconoce su condición de bienes (o cosas), existe una diferencia sustancial con aquellas cosas inanimadas, como puede ser un sillón, una mesa, o una silla, derivada de que los animales son seres sintientes.

Conviene señalar que la construcción del estatus jurídico de los animales, y en particular de los animales de compañía, está en constante actualización, extremo que se manifiesta en algunos postulados que indican que estos no encuadran en las categorías tradicionales del Código Civil – de cosas y personas, reivindicando una categoría autónoma que los comprenda. Existe quienes apoyan científicamente el postulado de que muchos animales vertebrados e invertebrados podrían ser conscientes y experimentar el mundo de manera subjetiva; de manera que –como afirma la Dra. Martínez Perdomo– la discusión sobre si los animales son capaces de sentir ha quedado saldada; nos encontramos ahora en el estadio que profundiza hasta donde se extiende dicha sintiencia (...). La infravaloración de las experiencias de los animales no humanos ya no tiene sostén ni justificación desde un punto de vista ético (Martínez Perdomo, 2024, p. 637).

La problemática de los animales, y en especial de aquellos de compañía, no puede quedar reducida al debate del derecho de propiedad sobre una cosa, en tanto puede terminar en soluciones que sean socialmente reprochables por ser contradictorias al tratamiento que la sociedad les confiere.

### 3. Los animales son cosas y seres sintientes

#### 3.1. Los animales como cosas en el Código Civil, sujetas al derecho de propiedad

Los animales son “seres sintientes”, lo que no impide la aplicación subsidiaria de la normativa del derecho de las cosas. Es importante señalar – a nuestro entender - ambos conceptos son aplicables en forma simultánea porque parten de dos visiones distintas, que es posible complementar.

El tratamiento del Código Civil uruguayo hacia los animales se basa en el derecho de propiedad. Es decir, los animales, de compañía o no, son cosas muebles (art. 462 Código Civil), o eventualmente inmuebles por destino, y como tales tienen aptitud para ser adquiridos y negociados.

La norma del Código Civil es lógica en su contexto: los animales no son personas, por ende, son cosas. Para el art. 460 CC son cosas o bienes todo lo que tiene “*una medida de valor y puede ser objeto de propiedad*”, características que se reúnen fácilmente en los animales.

Como indica Del Campo, los bienes muebles se dividen en cosas inanimadas y semovientes según se trasladan de un lugar a otro por la aplicación de una fuerza extraña como en el caso de una silla, una lapicera, una moneda, etc. o se trasladan moviéndose por sí mismos, como en el caso de los animales (Art. 462 del C. Civil). La clasificación tiene relativa importancia práctica. Los artículos 708 al 716 del Código Civil establecen las reglas para la ocupación de los semovientes y los artículos 717 a 730 se refieren a la ocupación de las cosas inanimadas. En los artículos 1328 y 1329 se establece la responsabilidad del dueño por los daños causados por los animales y en el artículo 1330 se regula la responsabilidad por el daño causado por las cosas inanimadas (Del Campo, 1990, p. 41).

El Código Civil tiene una clara inspiración patrimonial para el tratamiento de las cuestiones vinculadas a los animales, descartando cualquier visión basada en el bienestar animal. Tal como resume Del Campo se regulan los aspectos vinculados a su adquisición, así como a la responsabilidad por los daños que estos pueden ocasionar.

### 3.2. Alcance y limitaciones del derecho de propiedad en general.

En tanto cosas, los animales son susceptibles del derecho de propiedad, el cual se adquiere, se transfiere, se disfruta, e incluso, puede ser utilizado para cualquier finalidad, por ejemplo, para garantizar obligaciones.

Por una parte, el dominio – según la definición legal – es el “*derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la Ley o contra derecho ajeno*” (art. 486 CC), y confiere, entre otras facultades, gozar de sus frutos, servirse de la cosa para los usos que quiera el dueño, cambiar su forma, destruirla, impedir que otros se sirvan de ella (art. 487 CC).

Más allá de esta concepción del derecho de propiedad, que en su aparente amplitud desconoce límites esenciales, como indicaba Del Campo (Del Campo, 1990, p. 57), emerge el concepto de tenencia responsable como un marco que redefine la relación entre las personas y los animales de compañía.

Entre ellas debemos indicar los artículos 7 y 32 de la Constitución:

Artículo 7: Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 32: La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. (...).

Las normas constitucionales garantizan la protección al derecho de propiedad, pero de las propias normas resulta que este se puede ver restringido por normas legales dictadas por razones de interés general.

En este sentido debemos entender que el interés general no es un concepto estanco. Como enseña el Prof. Durán Martínez, el interés general es un concepto jurídico indeterminado, que debe velar por la adecuada satisfacción del interés privado, entendido como la dimensión personal de cada individuo, y del interés público, manifestado en la dimensión social de cada individuo (Durán Martínez, 2017, pp. 37-38), por lo que se trata de un concepto cargado de contenido ético y moral, que se adapta a cada momento cultural, teniendo siempre como eje al individuo. Agrega que mediante el dictado de normas basadas en el interés general se crean contextos que permiten el desarrollo de cada individuo (Durán Martínez, 2017, pp. 37-38).

El concepto de interés general, si bien es amplio y de contornos difusos, adquiere una relevancia crucial al analizar la protección de los animales de compañía. En este contexto, el interés general se manifiesta en diversas dimensiones. En primer lugar, la protección del bienestar animal incide directamente en la salud pública. El control de la población animal, la prevención de zoonosis (enfermedades transmisibles de animales a humanos) y el manejo adecuado de los animales abandonados son aspectos que benefician a toda la

sociedad. En segundo lugar, la tenencia responsable de animales contribuye a la seguridad pública, previniendo accidentes de tráfico, mordeduras y otros incidentes que pueden generar daños a las personas. Finalmente, y no menos importante, la protección de los animales promueve valores éticos fundamentales en la sociedad, como la compasión, el respeto por la vida y la responsabilidad cívica, los cuales son esenciales para una convivencia armónica y el desarrollo de una cultura de paz. Por lo tanto, la protección de los animales de compañía trasciende el ámbito individual de sus tenedores y se erige como un asunto de interés general que el derecho debe tutelar.

En un segundo escalón, encontramos las limitaciones “reglamentarias” que surgen de normas de rango legal o reglamentario.

Por un lado, el art. 488 del Código Civil que subordina el ejercicio del derecho de propiedad *“a las prohibiciones de las leyes o reglamentos y a la imperfección del dominio, resultante de las convenciones o de la voluntad del testador”*. Este artículo reconoce las limitaciones al derecho de propiedad, que no es absoluto en términos de su contenido, y necesariamente se debe adaptar a las nuevas pautas de convivencia social definidas legalmente para cada época.

Por otro lado, existen limitaciones al derecho de propiedad basadas en la doctrina del abuso de derecho (Del Campo, 1990, p. 61), cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1321 CC.

Reza el citado artículo que *“El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte (...)”*.

Las limitaciones derivadas del abuso contemplan situaciones que no se encuentran reguladas expresamente por las leyes y reglamentos (Del Campo, 1990, p. 61), de manera tal de impedir que la imposición de una voluntad arbitraria y caprichosa, que pretende ampararse en un derecho, pueda generar un daño a un tercero, tal como explica Del Campo.

El caso Clément-Bayard contra Coquerel<sup>2</sup> sentó un precedente por el cual la finalidad con la que se utiliza un derecho puede determinar la ilicitud de ese ejercicio, siendo responsable de los daños que causa. No basta con alegar que se tiene un derecho ilimitado, como permitiría afirmar una lectura aislada del artículo 487, sino que hay que analizar otros límites no formales del derecho en cuestión.

Del Campo explica que existe abuso del derecho cuando el propietario, que goza de libertad para elegir entre dos formas de parecidos resultados prácticos, elige la que precisamente trae consigo perjuicios para otras personas (Del Campo, 1990, p. 63). Finalmente, también se consideró que había abuso cuando un derecho se ejercía en forma contraria al fundamento por el cual lo había concedido el legislador, o en forma diferente a lo que aconseja la moral, ética o la equidad.

2 Un señor Coquerel era propietario de una finca vecina a la fábrica de globos dirigibles Clement Bayard, y sin otra intención que el de ocasionar perjuicios a sus propietarios, levantó sobre su terreno construcciones de madera de mucha altura y erizadas de punta de acero. La consecuencia fatal de la existencia de esas construcciones era la continua destrucción de los globos que, en función de prueba, debían elevarse desde la fábrica. Resumen del caso extraído del libro “DERECHO CIVIL – BIENES” de Francisco Del Campo, citado, pág. 62.

Como sociedad hemos reconocido otros límites al derecho de propiedad, por ejemplo, en el uso y explotación de recursos naturales como el agua<sup>3</sup>, o incluso, limitaciones propias del ordenamiento territorial, que restringe el uso y destino de los suelos.

Así creemos necesario revisar la forma en que el derecho civil trata a los animales, en tanto se omite conciliar esta con otras normas legales vigentes, como sucede en materia de bienestar animal.

Recapitulando, debemos tomar en cuenta los límites constitucionales al derecho de propiedad, los límites legales y reglamentarios para el uso de este, teniendo presente que, más allá de que todas las situaciones contempladas expresamente, el ejercicio de un derecho en forma abusiva o contraria a la moral, ética o equidad, con ánimo de causar un perjuicio, puede determinar una situación de abuso de derecho, y, por tanto, un daño que deba ser indemnizado.

### 3.3. Limitaciones al derecho de propiedad sobre animales basadas en su condición de seres sintientes

Dentro de los límites del derecho de propiedad es imperante tomar en cuenta la condición de seres sintientes de los animales, aspecto que es reconocido por la reglamentación de la Ley 18.471, y que forma parte de los límites del derecho de propiedad sobre los animales.

La Ley 18.471 de 27 de marzo de 2009 regula la situación de los animales en general, y en particular de los animales de compañía, estableciendo limitaciones para las actividades humanas vinculadas a estos<sup>4</sup>.

De la lectura de la norma se puede deducir que los animales son tratados como seres sintientes, aunque esta expresión no resulta del tenor de la ley. El carácter de ser sintiente representa un límite al uso del derecho de propiedad, o lo que es lo mismo, establece qué conductas humanas son reprochables respecto de los animales.

El carácter de ser sintiente deriva, a nuestro juicio, del artículo 3° de la Ley, el que prohíbe el sacrificio de animales, salvo cuando su finalidad es poner fin a “sufrimientos” producidos por diversas causas. El sufrimiento pertenece a los seres sintientes, aunque no se utilice esa terminología expresamente en la legislación nacional.

En virtud de lo expuesto, el derecho de propiedad sobre los animales está limitado, entre otras regulaciones, por la normativa de bienestar animal, dictada con posterioridad a la sanción del Código Civil.

Este aspecto se puede ver relegado en momentos de crisis familiares y de fallecimiento de su tenedor; no obstante, es la legislación la que impone tratar y resolver el tema en

3 Artículo 47 de la Constitución, reformado en el año 2004.

4 Así, por ejemplo, la citada ley se ocupa de diversas actividades: (i) el artículo 2° regula la utilización de animales por parte de personas con discapacidad; (ii) el artículo 3° prevé las condiciones para el sacrificio de los animales no destinados a alimentación, (iii) el artículo 4° establece condiciones para el traslado de animales como parte de la industria alimenticia; (iv) el artículo 6° regula las condiciones en las que se deben mantener a los animales en circos, jardines zoológicos, refugios, entre otros.

aras de salvaguardar su bienestar<sup>5</sup>, así como prevenir los problemas que los animales abandonados pueden ocasionar a la sociedad.

El estándar de “buen padre de familia” que prevé el Código Civil debe contemplar las conductas que se esperan del tenedor responsable de un animal de compañía, es decir, de una persona que se ocupa y preocupa del bienestar animal, de aquel animal que es parte de su familia.

La aplicación de las normas del derecho civil y del derecho de familia deben contemplar el bienestar animal a la hora de resolver conflictos, aun cuando no se encuentre regulado en forma expresa, así como se vela por el interés superior de los niños y adolescentes o de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, en tanto existen razones de interés general que obligan a considerar a los animales.

Esto último se fundamenta en la tenencia responsable de animales. Quien es tenedor de un animal está obligado legalmente a una tenencia responsable, la que implica entre otras cosas: (i) su mantenimiento en condiciones físicas y sanitarias adecuadas, proporcionar alojamiento, alimento y abrigo en condiciones adecuadas a la reglamentación; (ii) no abandonarlo ni dejarlo suelto en lugares públicos de libre acceso; (iii) observar las normas sanitarias y legales destinadas al paseo, manejo y tenencia responsable de estos; (iv) cumplir con normas de identificación y castraciones; (v) prestarle un trato adecuado a su raza; (vi) someterlo a fiscalización y control por parte de autoridades; (vii) reparar los daños que ocasione; (viii) recoger su materia fecal e impedir su presencia en la vía pública sin supervisión directa; todas pautas de conducta que construye un estándar de tenencia responsable definido por el art. 9 de la Ley 18.471.

Reiteramos que la tenencia responsable es un deber del individuo para con la sociedad, cuyo origen está en la ley, sin perjuicio de que la tenencia responsable es lo que permite al animal tener una mejor calidad de vida.

De no contemplar esta normativa bastaría con alegar el derecho de propiedad para afirmar que cada uno puede hacer lo que quiera con el animal de su propiedad, y que el abandono es una facultad del propietario. No obstante, el Derecho limita esta facultad tratándose de animales. En particular, el art. 11 del Decreto 204/017 ya citado es claro en cuanto a que el derecho a la tenencia de animales implica también la obligación de ejercer esa tenencia de manera responsable (art.1).

Entendemos que la tenencia responsable de animales obliga a contemplar a los animales en escenarios de crisis familiares y de sucesiones, aunque nuestra normativa no haya previsto estas cuestiones como presupuestos a resolver para dar curso a determinadas acciones en forma expresa, como ocurrió en otras jurisdicciones del derecho comparado.

Estas cuestiones se han de resolver ya sea en busca de preservar el bienestar animal, ya sea en función del deber del individuo para con la sociedad de colaborar en la tenencia responsable de animales a efectos de prevenir daños que estos puedan ocasionar a terceros, finalidades que no son excluyentes.

5 Recientemente se ha planteada la cuestión del bienestar animal como problema en materia en procesos concursales de fondos de inversión ganaderos, donde el ganado sufre la desidia y el abandono, representando también un riesgo sanitario para la política pecuaria del país, lo que involucra tanto a los interesados directamente en el proceso concursal (síndico y acreedores), así como al Estado como garante de la política sanitaria.

## 4. Normativa del derecho comparado

La consideración de los animales como seres sintientes ha inspirado modificaciones legislativas en diversos aspectos del derecho civil en el derecho comparado. En el derecho comparado, los Estados han regulado la temática desde dos perspectivas: una visión negativa, que se expresa que el animal no es una cosa, y una visión positiva, donde se reconoce al animal como un ser sintiente (Nevado Montero, s.f., p. 525).

A título meramente ejemplificativo, se ilustrarán algunas modificaciones introducidas:

- (A) En Suiza, mediante reforma constitucional de 1992, se incorporó la protección del bienestar de los animales a nivel constitucional, prohibiendo actos de crueldad contra los animales o denigrantes para la dignidad de estos (Garritsen, s.f., p. 3).
- (B) En Francia a través de la Ley 2015-177 de 16 de febrero de 2015, se modificó el estatuto jurídico de los animales, reconociendo expresamente que son “*seres vivos dotados de sensibilidad*”, aunque se los mantuvo sujeto al régimen de los bienes, salvo que la ley establezca una regulación especial para su protección<sup>6</sup>. Hoy en día, no se ha dictado una regulación especial que los proteja, quitándoles definitivamente el estatuto jurídico de cosa.
- (C) En Portugal, la Ley 8/2017 de 3 de marzo les reconoció el carácter de seres dotados de sensibilidad, e introdujo modificaciones relativas al modo de adquirir ocupación, en su tratamiento como cosas en el régimen de sociedad conyugal, indemnizaciones en caso de lesión o muerte causada al animal y su inembargabilidad<sup>7</sup>.
- (D) En España, la ley 17/2021 de 15 de diciembre también modificó el estatuto jurídico de los animales, haciendo énfasis en el carácter de seres vivos dotados de sensibilidad, lo cual no impide que se les aplique el régimen jurídico de los bienes o cosas, en forma supletoria. La ley española prohibió, entre otros pactos, la extensión de la hipoteca a los animales de compañía y la prohibición de que sean prendados, la consideración de los animales de compañía en los procesos de divorcio, así como la posibilidad de disponer la protección del animal por testamento<sup>8</sup>.
- (E) En Colombia, la Ley 1774 de 2016, además de reconocer su condición de seres sintientes, incorpora ciertos principios para su protección y bienestar, estableciendo una obligación de solidaridad por parte del Estado y demás miembros de la Sociedad para con los animales<sup>9</sup>.

6 Artículo 515-14 del Código Civil Francés. Recuperado de [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000030250342](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000030250342), el 5 de junio de 2025.

7 Ley 8/2017 de 3 de marzo de 2017. Recuperada de <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/8-2017-106549655>, el 5 de junio de 2025.

8 Ley 17/2021 de 15 de diciembre de 2021. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-20727>, el 5 de junio de 2025.

9 Ley 1774 de 2016. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68135>, el 5 de junio de 2025.



## 5. Los animales de compañía en el derecho uruguayo

La Ley 18.471 define a los animales de compañía como “todo aquel animal que sea mantenido sin intención lucrativa y que por sus características evolutivas y de comportamiento pueda convivir con el ser humano en un ambiente doméstico, recibiendo de su tenedor atención, protección, alimento y cuidados sanitarios”.

De la definición legal surgen algunos elementos que debemos analizar para determinar si estamos ante la presencia de un animal de compañía: (A) falta de finalidad lucrativa en la tenencia; (B) debe tratarse de un animal doméstico; y (C) el animal debe ser sujeto de atención, protección, alimento y cuidados sanitarios.

En primer lugar, para estar ante animales de compañía debemos estar ante una tenencia en donde prevalezca la preocupación por el bienestar animal por sobre el ánimo de obtener algún rédito o ganancia derivada de este. Se debe disfrutar de la tenencia del animal, por sobre todo otro fin.

De esta manera, quedan por fuera del concepto de animales de compañía aquellos que son criados únicamente para su reproducción o venta, dado que esta actividad hace prevalecer el derecho de propiedad y el valor económico del animal, sobre todo otro trato o consideración afectiva de la que pueda ser objeto el animal.

Véase que la exclusión de algunos animales de la consideración de animales de compañía no los desprotege, ya que todas las actividades humanas cuyo objeto recaiga sobre animales están reguladas por la Ley 18.471, en tanto establece estándares para la tenencia digna y decorosa.

En segundo lugar, es necesario estar ante animales que tengan aptitud de ser domésticos. Es importante repasar la normativa legal y reglamentaria vigente en la materia a efectos de dilucidar el sentido de dicha referencia.

El Código Civil no contiene una clasificación unificada de los animales. En materia del modo adquirir ocupación se distingue entre animales fieros o salvajes, mansos y domesticados (artículo 709).

La citada norma reza: “Se llaman animales **fieros o salvajes**, los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, ya sean terrestres, acuáticos o volátiles; **mansos**, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como los perros, las gallinas, el ganado mayor y menor; y **domesticados**, los que, sin embargo, de ser fieros por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre (...)”.

Por su parte, el artículo 1329-1 CCU en materia de responsabilidad civil distingue entre **animales salvajes o feroces**, definiéndolos como “los que no son ordinariamente domesticables o son peligrosos para los seres humanos por su agresividad, costumbres, tamaño o fuerza, tales como: grandes felinos, paquidermos, osos, cocodrilos, ofidios venenosos y boas, primates grandes y medianos, lobos, gatos monteses, jabalíes y similares (...)”.

A nuestro juicio las clasificaciones legales no se acompasan con la terminología empleada en la Ley 18.471, en materia de animales de compañía, dado que esta apunta a proteger a las especies que viven ordinariamente bajo la dependencia de las personas y han sido criadas o se mantienen en compañía de estas, excluyendo todas las especies que tienden a vivir



en forma libre e independiente o que por su ferocidad no pueden convivir con personas o que por su sola presencia resultan potencialmente peligrosos para estas.

El ambiente doméstico de convivencia entre animales y personas puede variar, en tanto puede producirse en apartamentos, casas, quintas o campos de gran extensión. Algunos de estos ambientes parecen naturalmente inadecuados o impropios para alguna clase de animales, principalmente por un tamaño, de manera tal que es imposible pensar que, por ejemplo, un tigre pueda quedar incluido en el concepto tratado por el art. 9 de la Ley 18.471.

La instrumentación del Registro Nacional de Animales de Compañía, creado y operativo a partir de la reglamentación del Decreto 204/017, en el cual deben inscribirse todos los animales de compañía por parte de sus tenedores, solo permite inscribir gatos (especie felina) y perros (especie canina).

Por último, como último presupuesto, se releva la conducta del tenedor del animal respecto a este, aspecto que no parece insignificante. Tratándose de animales de compañía, la persona a su cargo debe prestarle protección, alimento, atención y cuidados sanitarios. Entendemos que es la función de compañía cotidiana hace a la determinación del animal sujeta a la protección especial de la Ley 18.471, cuando concurren, además, los dos presupuestos ya citados.

Creemos que puede suscitarse una contradicción entre estos dos últimos presupuestos; dado que no todos los animales que ofrecen compañía pueden ser considerados domésticos.

En definitiva, la función de compañía es la que determina que estemos ante un animal de compañía; no obstante, legalmente es preciso que se reúnan ambos presupuestos (la función de compañía y el carácter doméstico) para que reciba tal protección.

Cabe destacar que el trato conferido por las personas a los animales es presupuesto y consecuencia de la tenencia del animal de compañía. Esto significa que quien sea tenedor de un animal de compañía estará obligado a prestarle un trato acorde a su bienestar, brindándole asistencia, protección, alimento y cuidados sanitarios. Este trato debe prestarse acorde a las circunstancias de cada tenedor, pero cuando estas cambien, debe brindarse un trato que siga siendo acorde al bienestar animal, no admitiéndose que se pueda abandonarlo como una cosa, sin más.

El abandono es una práctica que no exime de responsabilidad de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 18.471:

La persona física o jurídica que abandone deliberadamente un animal del cual es tenedora, seguirá siendo responsable del mismo y de los perjuicios que éste ocasionare a terceros, conforme con lo dispuesto por el Código Civil y a las sanciones previstas en el presente texto legal.

No obstante, debemos destacar que existe una dificultad práctica para identificar al tenedor de un animal abandonado e imputar el daño que este pueda producir, producto de diversas causas, como la escasa inscripción en el Registro Nacional de Animales de Compañía a cargo de la Comisión Nacional Honoraria de Bienestar Animal, creada por el artículo 18 de la Ley 18.471, o la escasez de recursos económicos destinados a la inspección y fiscalización para el cumplimiento de la citada norma.

En tanto el abandono es una práctica prohibida, es importante prevenir circunstancias que generen un contexto propicio por parte de sus tenedores, por ejemplo, cuando cambian sus circunstancias familiares.

No podemos admitir que se trate de un asunto “*de minimis*” para responder que “el juez no se ocupa de lo mínimo”, como decía el Digesto del Emperador Justiniano, porque una parte importante de la sociedad valora a los animales como integrantes de su familia, que los acompañan a diario, y de cuyas necesidades se deben ocupar sus tenedores, para no socializar los daños que un animal abandonado puede generar.

## 6. La tenencia responsable como componente del estándar de buen padre de familia

La ley 18.471 incorpora nuevas conductas al estándar civil del buen padre de familia. Se trata de conductas derivadas de la “tenencia responsable” de animales de compañía. El estándar comprende un abanico de conductas, imposible de describir una a una, pero refiere a las conductas que la sociedad espera de una persona tenedora de un animal de compañía.

La normativa legal y reglamentaria define algunas de las conductas que calificar a la tenencia como responsable. Así, el artículo 9 de la Ley 18.471 ya citado se preocupa, entre otros aspectos, del mantenimiento en condiciones físicas y sanitarias adecuadas, proporcionándole alojamiento, alimento y abrigo, lo que se concreta en asegurar que el animal se encuentre libre de hambre y sed, libre de miedos y angustias, libre de enfermedades y lesiones, libre malestar físico y malestar térmico, y libre para expresar el comportamiento normal de la especie (art. 12 – Decreto 204/017).

Hay otras conductas que la reglamentación espera del tenedor responsable, tales como:

- a. Mantenerlo en condiciones físicas y ambientales higiénicas y adecuadas.
- b. Inmunizarlo contra las enfermedades transmisibles al hombre o a los animales.
- c. Mantenerlo libre de endo y ecto parásitos.
- d. Proporcionarle alimento en cantidad y calidad suficientes para las exigencias de su especie o raza.
- e. Brindarle asistencia sanitaria bajo responsabilidad de un médico veterinario cuando sea necesario.
- f. Proporcionarle alojamiento y abrigo adecuados contra las inclemencias climáticas.
- g. Prestarle un trato afectivo y adecuado a su especie y raza.
- h. No maltratarlo ni abandonarlo.
- i. Deberá permitírsele hacer ejercicio periódicamente.
- j. Los tenedores de animales de compañía que tengan a los mismos en inmuebles particulares en los cuales no resida persona alguna en forma permanente, deberán adoptar las previsiones necesarias para que los animales allí alojados sean monitoreados regularmente a fin de asegurar la adecuada provisión de agua fresca, alimentación, refugio, control sanitario y posibilidades de socialización (art. 13 Decreto 204/017).

Además pone a cargo del tenedor otras obligaciones, haciéndose énfasis en la responsabilidad social, tales como: i) inscribirlo en el Registro Nacional de Animales de Compañía (RENAC), ii) impedir que la actividad o comportamiento del animal pueda molestar o causar cualquier tipo de daño a las personas, bienes u otros animales,

asumiendo la responsabilidad de los daños que genere, iii) velar porque la presencia del animal no genere deterioro al ambiente, en particular, impedir su acceso a residuos domiciliarios y recoger de inmediato sus materias fecales, iv) mantener al animal con correa y collar cuando circule con él en la vía pública, sin dejarlo suelto, v) impedir el acceso a la vía pública desde el predio donde habitualmente reside, así como vi) informar a las personas ajenas a la residente de la existencia de animales susceptibles de agredir a extraños (art. 14 – Decreto 204/017).

La normativa también se ocupa del abandono, quedando expresamente resuelto que la configuración de este hecho no supone la exoneración de responsabilidad por los daños que ocasione el animal, los que seguirán siendo responsabilidad de su tenedor. De acuerdo con la reglamentación (Art. 9 Decreto 204/017), se entiende que existe abandono cuando el tenedor deja su animal en lugar públicos y/o privados desconocidos para el mismo, sin el consentimiento previo de otro tenedor dispuesto a ejercer su tenencia responsable, o deje a su animal sin atención y/o monitoreo de su estado en fincas o predios de su propiedad o arrendados por él por más de 72 horas.

En este sentido, la reparación del daño a las víctimas de un animal abandonado sigue el régimen previsto en el Código Civil (artículo 13 de la Ley 18.471), sin perjuicio de que también se prevé la aplicación de sanciones administrativas contra el tenedor, pero que no limitan el resarcimiento que puede deberse a la víctima (Martínez Perdomo, 2022, p.700).

Como vemos, la normativa reglamentaria define un sinfín de conductas que los tenedores de animales deben llevar a cabo, sin perjuicio de otras que surgirán de cada caso en concreto, de acuerdo con las necesidades del animal de compañía y a las posibilidades que tiene su tenedor para brindarle.

## 7. Los animales de compañía ante las crisis familiares y la sucesión

La protección de los animales de compañía, como ya hemos destacado, puede verse vulnerada en casos de existir crisis familiares.

Ante las crisis familiares, el derecho de familia ha puesto foco históricamente en la protección de los más débiles, principalmente, de los niños y adolescentes. También, se ha velado por la protección de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como las personas con capacidades diferentes, aun cuando se trate de una persona adulta.

A nuestro entender, en primer lugar, debemos cuestionarnos si existe lugar para proteger a los animales de compañía dentro del derecho de familia. Por los motivos que expondremos, consideramos que el derecho de familia también se debe ocupar de los animales de compañía, y no relegarlo como una cuestión secundaria. Si bien algunos podrían considerar que la atención a los animales en un proceso de divorcio es una cuestión menor, soslayan las profundas implicaciones emocionales para las personas involucradas y las responsabilidades legales que impone la tenencia responsable.

Es posible afirmar que estamos ante una nueva forma de organización familiar, donde los animales de compañía la integran. Además, existe una creciente demanda social para

que el derecho contribuya a garantizar el bienestar animal, en tanto son seres sintientes, que desarrollan un apego con sus cuidadores; sin perjuicio de que confluyen otras razones como la prevención de daños que un animal abandonado puede causar a la sociedad afectando la convivencia. Desarrollaremos las primeras dos razones a continuación, para luego profundizar sobre las crisis de estas familias.

#### (A) La familia multiespecie

Tal como señala Howard, intentar limitar el objeto de estudio del derecho de familia supone intentar definir en qué consiste el término polisémico “familia” (Howard, 2024, p.27). El concepto de familia no es de fácil definición para abarcar todas las formas en que las personas se organizan en base a vínculos de afecto, sangre y parentesco, lo que ha llevado a hablar de “derecho de familias” para reconocer que la evolución de las formas de familia obedece a cambios culturales.

El citado profesor destaca que “nos encontramos con modelos de familia en plena evolución. No existe la familia, sino familias, formadas de acuerdo con modelos distintos y no todas con traducción en el mundo jurídico, aun cuando es dable ver que el ordenamiento cada vez contempla con mayor amplitud la elección que llevan a cabo los sujetos para formar su agrupación” (Howard, 2024, p.33). La familia como fenómeno cultural no se detiene en el tiempo ni se limita a una única forma. Véase que esta discusión ya existía en torno al concepto de familia que recoge la Constitución, en referencia a la familia legítima o natural (Gross Espiell, 1990, pp. 65-71) (Rivero & Ramos, 2014, p. 18).

Las Dras. Rivero y Ramos afirman que “el derecho frente al hecho familia, es un *posterius*: el legislador no la crea, se limita a tenerla en cuenta al disciplinar las otras facetas de la vida humana” (Rivero & Ramos, 2014, p. 19). Siguiendo este razonamiento la evidencia de que existe la familia multiespecie no la encontraremos – de primera mano – en el derecho positivo, sino en los hechos que el derecho recogerá para regular.

En este sentido, a nivel comparado, se habla de familias multiespecies para intentar explicar el vínculo que existe entre los animales de compañía y sus cuidadores, más allá del derecho de propiedad, conformando así una nueva forma de familia. La comunidad que se forma entre ambos (animales y tenedores) ha determinado cambios de conducta y culturales, e incluso a nivel del mercado que ofrece nuevos servicios para animales de compañía (Padilla Villarraga, 2023, p. 27). Se destaca así la mayor convivencia de jóvenes con animales en lugar de parejas o de conformar familias tradicionales, así como el impacto de la presencia animales en decisiones cotidianas, como las vacaciones u organización de presupuestos familiares (Padilla Villarraga, 2023, p. 27).

El concepto central que fundamenta a la familia “multiespecie” es el afecto, reconociendo que es posible que se establezcan fuertes enlaces con los animales no humanos dada su capacidad afectiva, más allá de la falta de un parentesco o relación filial (algo evidente si estamos hablando de diferentes especies) (González Marino, 2023).

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci expresa que: “aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, (...) es una creación “cultural”, no “natural” o “esencial” y, por lo tanto, cambiante.(...) Si el concepto de familia no es “natural” sino “cultural”, se entiende fácilmente que no exista un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de

familia (...) De allí que sea cada vez más frecuente referirse a “las familias”, en plural (...)” (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

A nuestro juicio, la familia multiespecie es entonces una de las tantas manifestaciones de la forma de familia, que nuestra Constitución (art. 40, 41 y 42) protege en forma amplia, aunque no la fomenta.

Al decir del Dr. Gros Espiell “el criterio constitucional consiste en que el Estado fomenta socialmente la familia legítima, pero sin olvidar la situación resultante de uniones irregulares, por lo cual, si bien estas no pueden ser, naturalmente, fomentadas, deben establecerse previsiones para ayudar a proteger a los hijos naturales y a la madre, cualquiera sea su condición o estado” (Gros Espiell, 1990, p. 67).

La Constitución, la legislación y la jurisdicción no se encargan de fomentar la familia multiespecie, pero sí deben actuar para protegerla. En particular, la jurisdicción debe procurar por una aplicación del derecho que no descalifique aquellas familias que no se subsumen en el concepto tradicional<sup>10</sup>. En tanto se produjo este cambio cultural, la inserción de los animales de compañía en la vida cotidiana de las personas, se entiende que el derecho lo debe recoger para resolver jurídicamente los conflictos que pueden suscitarse derivados de las nuevas formas de vinculación existente entre las personas, y entre ellas con animales no-humanos. En la medida en que los animales ocupan espacios cotidianos, que antes no se les permitía ocupar, es probable que se susciten conflictos propios de la convivencia entre personas y cuyo centro de debate pueda ser el animal de compañía.

## (B) El apego de los animales

Además, es la dinámica cultural la que permite que los animales hayan dejado de ser “mascotas” para ser “compañeros de vida”, receptores de cariño, emociones y afecto, lo que obliga a adaptar la forma en que son tratados por el derecho.

Como afirma la Dra. Martínez Perdomo: “los beneficios de la convivencia con animales en compañía respecto de la salud y bienestar de las personas han sido ligados a efectos fisiológicos, psicológicos y sociales, destacando el valor tanto preventivo como terapéutico de los animales en compañía” (Martínez Perdomo, 2024, p. 630).

En este sentido se ha fundamentado que existe una afectividad que se construye entre el animal humano y el no humano, que se manifiesta en determinados niveles (Martínez Perdomo, 2024, p. 629): (i) la interacción, donde existen contactos efímeros y perecederos (por ejemplo, saludar a un animal desconocido), (ii) la relación, que conlleva una interacción entre dos individuos conocidos, que se sostiene en el tiempo y tiene determinado curso; y por último, (iii) el vínculo, lo que importa “una relación

10 Citando a Israel González Marino: “En el contexto latinoamericano, en Brasil los tribunales han aplicado de forma análoga normas de custodia compartida para resolver contiendas judiciales por quiebres familiares. En 2019, en Argentina se dio lugar a la homologación de un convenio que fijó un régimen comunicacional con la perra Sidney en un caso de separación. En 2020, en Colombia, se consideró al perro Clifor como miembro del núcleo familiar de la parte requirente. Poco después, también en Colombia, se acogió una acción de tutela destinada a amparar los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar de la accionante, a quien a través de un manual de convivencia se le pretendía impedir convivir con unos canes a quienes consideraba parte de su familia. Más recientemente, en Argentina en 2021, en un caso de maltrato animal que terminó con la vida de la perra Tita, se estableció en la sentencia que ella era la “hija no humana” de la pareja con la que vivía, y que de los testimonios se desprendía claramente que se trataba de una “familia multiespecie”; extraído de “La Familia Multiespecie: avances y desafíos jurídicos en Latinoamérica” en TLA-MELAU (Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas), N°54, 2023.

dinámica y mutuamente beneficiosa entre personas y otros animales que es influenciada por comportamientos esenciales para la salud y el bienestar de ambos”.

El apego es un elemento de la formación de la personalidad del ser humano, cuya existencia se ha comprobado en animales, así como existe en niños pequeños.

Se ha evidenciado similares formas de interacción entre niños y sus madres y entre perros y custodios. Algunos ejemplos son: (i) los perros manifiestan comportamientos de apego, tales como jugar y explorar más en presencia de sus custodios que en presencia de extraños; (ii) mayor predisposición a jugar con extraños en presencia de sus dueños, y (iii) recepción de sus custodios con más entusiasmo que el dado a los extraños (Martínez Perdomo, 2024, pp. 634-635).

La teoría del apego evidencia que, más allá de los beneficios que los animales pueden aportar a sus custodios, también son animales los que se benefician por tener un trato cotidiano con ellos.

### (C) Crisis de las familias multiespecie

Profundizar en el análisis significa admitir que existe una familia multiespecie, y que esta puede tener eventos de crisis, en los que estén en riesgos todos sus integrantes: animales humanos y no humanos, fundado principalmente en que existe “apego” entre ellos.

Las crisis familiares de las que se ocupa parte del derecho de familia, en muchos casos, pueden ser contextos vulnerables para las personas – en especial para los niños y adolescentes – pero también para los animales no humanos que, dada la modificación familiar, se verán expuestos a cambios inesperados.

En este sentido, nos preguntamos si es posible involucrar a los animales de compañía como un tema a resolver en las crisis familiares, atento al rol que estos tienen en las familias, o si su rol debe verse relegado al de una cosa que se reparte.

A nuestro juicio, un evento de crisis familiar no puede servir de fundamento para abandonar la tenencia de un animal, dejándolo sin alimento y protección, dado que esto es contrario a la tenencia responsable por la que aboga la Ley 18.471, lo que motiva que sea un tema que resolver entre las partes o por el juez en cuestión.

Así como una crisis familiar no permite exonerar de ciertas obligaciones a los padres, tampoco puede servir para liberar de responsabilidad a quien durante la vida familiar tomó la decisión de incorporar un animal de compañía a su familia, asumiendo como tal, la obligación de tenerlo en forma responsable. Por lo tanto, la obligación de tenencia responsable se proyecta temporalmente más allá de la ruptura familiar, durante la vida del animal y no se puede resolver únicamente en base a parámetros patrimoniales.

En este sentido, dando un paso más, entendemos que es necesario interpretar algunas disposiciones del Código Civil a la luz de modificaciones posteriores en la materia, e integrar aquellos vacíos normativos para contemplar situación no previstas expresamente.

Como ejemplo, el artículo 167 CCU impide dictar una sentencia de divorcio sin que se haya resuelto previamente la situación de los niños y adolescentes o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia. Nos preguntamos, entonces, si



es posible que la situación de los animales de compañía sea resuelta como presupuesto para dictar un divorcio, o si es posible fijar una “pensión alimenticia” para un animal de compañía o un régimen de visitas cuyo objeto sea pasar tiempo con este.

## 8. Integración normativa

Adelantamos nuestra respuesta afirmativa a las cuestiones planteadas. Nuestro marco normativo actual no contempla la resolución en forma expresa del destino de los animales de compañía en casos de crisis familiares, lo que a nuestro juicio no impide integrar estas cuestiones tomando en cuenta “los fundamentos de leyes análogas”.

No conocemos casos en que las cuestiones se hayan resuelto en el foro. Bastaría que se suscite una situación de conflictividad familiar cuyo centro de debate sean los animales para exponer una insuficiencia del sistema, obligando a los jueces a resolver.

El título preliminar del Código Civil establece que los jueces no pueden dejar de fallar en materia civil, a pretexto de silencio o insuficiencia de las leyes (art. 15). Por lo que estos se verían obligados a integrar el vacío normativo, en primer lugar, recurriendo al fundamento de leyes análogos y en forma subsidiaria, cuando persista la duda, mediante los principios generales de derecho y las doctrinas más recibidas, según las circunstancias del caso (artículo 16).

En esta cuestión no debemos olvidar que la familia tiene protección constitucional (art.40 Constitución), por lo que la resolución se podría justificar desde el marco constitucional vigente (art. 332 de la Constitución), tomando en cuenta el carácter polisémico del término “familia”, sobre el cual ya nos explayamos.

No existe en nuestro derecho la regulación de la situación de los animales de compañía en casos de divorcio o crisis familiares, como sí existe para el fallecimiento de su tenedor, como se dirá.

Una vez constatado el vacío normativo, podemos recurrir a la analogía. La utilización de la analogía “siempre supone la existencia de una previsión legal para un caso singular, a la cual (precisamente en virtud de la analogía), se procura extender a otro caso singular no previsto” (Barbé Pérez, s.f., p. 27). Barbé Pérez señala que la analogía es la forma de estudiar el derecho, al igual que Ramírez, quien señala que es la forma máxima de razonamiento jurídico (Ramírez, 2006, pp. 681-684).

La aplicación de una norma análoga se justifica en tanto exista semejanza de fundamentos jurídicos; aspecto que consideramos se puede satisfacer en el caso a estudio.

Para lo cual resulta prudente tomar como punto de partida que estamos ante una situación familiar, de la que el animal forma parte, y que se debe resolver de acuerdo con las soluciones ya brindadas por el derecho de familia para otras circunstancias similares, adaptándolas a la situación de un animal de compañía, entendida como un ser sintiente, que tiene un estatuto jurídico particular.

En esta misma línea se expresaba Nevado, autor español, antes de la sanción de la Ley 17/2021 ya comentada: “El enfoque que se debe dar a la solicitud es muy parecido al que se ofrece para los hijos comunes, pues se valoran cuestiones similares como el



establecimiento de una custodia y un régimen de visitas, o como hacerse cargo de la manutención del animal o de sus gastos extraordinarios. Además, en muchas familias se adquieren animales de compañía precisamente en sustitución de los hijos por múltiples causas, entre ellas el no poder asumir la responsabilidad y el coste de la educación de menores” (Nevado Montero, s.f., p. 529).

Los motivos por los que un animal de compañía ingresa a una familia pueden ser variados: preferencia o simpatía por los animales de uno de sus integrantes, beneficios que estos traen como la compañía y consecuente reducción del aislamiento social, pertenencia a un grupo, mejora de la autoestima a través del cariño, mejora de hábitos saludables de vida por aumento de la actividad física, y para mejorar la motivación personal.

En este sentido, se ha concluido que existen factores sociales y emocionales que determinan el apego de las personas a los animales, así como tendencias constantes entre los grupos humanos que tienden a generar mayor apego a sus animales de compañía, como los hombres, las personas con mayor nivel educativo y las personas con un menor nivel de satisfacción menor con la vida<sup>11</sup>.

A nuestro juicio, la solución no puede basarse exclusivamente en una cuestión patrimonial. Como veremos, alegar el derecho de propiedad para conservar el animal también puede derivar en un abuso de derecho, que afecta al otro miembro de la pareja, en tanto debe cortar el vínculo y afecto que mantiene con el animal.

A continuación, analizaremos dos supuestos en que la situación de los animales de compañía puede resultar vulnerada: (i) por un lado, en caso de divorcio donde los cónyuges habían incorporado un animal de compañía a su familia; y (ii) por otro lado, qué medidas pueden tomarse en materia sucesoria para proteger a los animales de compañía en caso de fallecimiento del tenedor; para analizar qué soluciones ofrece el ordenamiento jurídico para resolver cada una de ellas.

131

## 9. Los animales de compañía en el divorcio.

El divorcio de una pareja con animales de compañía plantea la ineludible necesidad de resolver cuestiones relativas a su tenencia responsable.

En particular, importa resolver el destino del animal, dado que distintos escenarios se pueden plantear.

Entendemos que en este punto se pueden plantear distintas formas de resolución del problema, pero descartamos que la cuestión se deba dilucidar como una cuestión meramente patrimonial, es decir, dependiendo del carácter ganancial o propio del animal de compañía en cuestión, dado que esto último no contempla el carácter de ser sintiente del animal ni contempla el afecto y vínculo que se pueda haber conformado entre cada integrante de la pareja con el animal de compañía.

Asimismo, solucionar el problema bajo una lógica del derecho de propiedad, puede determinar un abuso de derecho, en tanto puede ser utilizado para perjudicar al otro

11 Calvo Soler, Paula, 2017, El vínculo entre el ser humano y los animales: aspectos psicológicos y psicopatológicos, pág. 159, disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/187070>, consultado el 1º de junio de 2025.-

integrante de la pareja, que debe cortar su vínculo con el animal de compañía, cuya propiedad no le pertenece.

Asimismo, el criterio de la propiedad puede someter al animal a condiciones de vida inadecuadas, lo que significaría una forma de abusar del derecho a decidir qué hacer con el animal, cuando la calidad de vida que se le ofrece no cumpla con los estándares mínimos de bienestar.

La lógica del derecho de propiedad choca con la normativa de bienestar animal y no ofrece soluciones prácticas para el cuidado diario del animal.

Además, diferir la decisión hasta la liquidación de la sociedad conyugal podría extenderse por meses, un tiempo en el que el animal quedaría en un limbo, sin una definición clara sobre su cuidado y bienestar.

En tanto estamos ante un ser vivo, que debe recibir alimentación, alimento y cuidado, merece una solución urgente, al igual que la situación de otras personas cuyos derechos pueden ser vulnerados en contextos de crisis familiares, como niños y adolescentes.

La solución basada en la cuestión patrimonial, además de no resolver la cuestión en forma célere, tampoco permite conciliar el interés de los integrantes de la pareja, cuando ambos quieren conservar el vínculo con el animal de compañía, en tanto este no es una cosa que admita cómoda división.

Entonces, en primer lugar, debemos adelantar que la solución se debe construir a medida de la situación planteada.

Es posible que ambos excónyuges acuerden que uno de ellos se hará responsable del animal de compañía, cargando exclusivamente con su alojamiento y alimento, en tanto es el que tiene más afecto por este.

También es posible que ambos tengan un vínculo estrecho con el animal de compañía y quieran conservarlo, por lo que acuerden que la tenencia del animal de compañía sea compartida, contribuyendo ambos a los gastos de alimento y veterinarios.

Asimismo, es posible imaginar un escenario donde ambos excónyuges olviden al animal de compañía, en el fragor de su proceso de divorcio.

Ante el sinfín de escenarios donde el bienestar animal puede estar en riesgo, entendemos que, en cumplimiento de la Ley 18.471, corresponde a los jueces también velar por este, así como otras leyes les impone velar por la protección de niños y adolescentes e incapaces.

En estos casos, si alguno de los cónyuges denuncia la existencia de animales de compañía, o si el juez los identifica durante el interrogatorio, el tribunal debe resolver el destino, el cuidado y la manutención del animal, distribuyendo entre ambos cónyuges los gastos que esto pudiera generar, a efectos de cumplir cabalmente con la Ley 18.471, aplicando análogamente las normas que velan por la protección de los hijos a cargo de la pareja.

De conformidad con el artículo 350 del Código General del Proceso (CGP), en materia de carácter social, los jueces cuentan con facultades de instrucción, similares a la de jueces penales, lo que les faculta ampliamente para averiguar o interrogar a las partes

sobre la existencia de animales de compañía, en tanto una omisión al respecto puede concluir en un perjuicio para la sociedad, que pueda enfrentarse a los riesgos sanitario de un animal de compañía mal cuidado o incluso abandonado.

De comprobar su existencia, ya sea a instancia de alguna o ambas partes o a instancias del interrogatorio formulado por el juez, el tribunal debe resolver algunos aspectos, siempre que no exista acuerdo entre las partes, para velar por el bienestar animal. Entre las cuestiones a resolver encontramos a) el destino de los animales; b) el régimen de “visitas”; y c) la distribución de gastos de cuidado, alimento, alojamiento y veterinarios.

A continuación, ofreceremos algunas soluciones y valoraciones a considerar para resolver cada uno de estos puntos, teniendo en cuenta que no existe legislación que los regule expresamente. En virtud de lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil, la insuficiencia de estas normas deberá integrarse aplicando el fundamento de normas análogas. Dada la materia en cuestión entendemos que las normas análogas a aplicar, en lo que correspondan, son aquellas que protegen la situación de los niños y adolescentes, hijos del matrimonio en cuestión. No obstante, no creemos que la aplicación pueda hacerse trasladando las hipótesis, e intentando subsumir estos nuevos supuestos, sin contemplar la diferencia cualitativa entre un niño o adolescente y un animal de compañía. Tampoco se puede afirmar que la cuestión de los animales sea una cuestión de poca importancia, y que, por lo tanto, de estas cuestiones no deben ocuparse los jueces. Ello por cuanto el bienestar animal y la tenencia responsable son deberes del individuo para con la sociedad, siendo sumamente relevante la prevención de situación de maltrato animal o de abandono, tal como establecen las leyes en la materia.

## 9.1. Destino de los animales

Una de las primeras cuestiones a resolver es la cuestión del destino de los animales de compañía. Es necesario resolver quién se hará cargo de la tenencia del animal de compañía cuando cese la convivencia de los cónyuges. A estos efectos, una primera solución puede ser la tenencia compartida entre ambos excónyuges, siempre que ambos sientan un afecto y vínculo con el animal, manifestando interés en conservarlo, aplicando el régimen de corresponsabilidad de la crianza, instaurado por la Ley 20.141. A diferencia lo que sucede en caso de situación de los niños y adolescentes, entendemos que aquí hay lugar para que los cónyuges puedan desinteresarse de continuar su vínculo con el animal de compañía, no pudiendo ser obligados a mantenerlo.

Otra solución puede radicar en que uno de los excónyuges sea quien definitivamente conserve la tenencia exclusiva del animal, en caso de que el otro excónyuge manifiesta total desinterés en el cuidado; ello por cuanto no parece una solución acorde al bienestar animal intentar forzar un vínculo que naturalmente no se produce o de mantener un afecto que no se tiene, dado que puede poner en riesgo al animal.

En este sentido puede importar tomar algunos criterios para discernir a quién se puede destinar la mascota. Por ejemplo, el grado de apego, el nivel de dedicación, la necesidad de compañía cuando el animal articule como acompañante en un tratamiento psicológico.

También importan las características de la vivienda en que se vayan a instalar los excónyuges en tanto estas deben ser propias para que el animal se sienta cómodo y no se

le genere ansiedad, lo que puede determinar cambios de comportamiento que lo hagan más agresivo y peligroso para el resto de la sociedad.

En algunos casos la tenencia “compartida” puede resultar inconveniente en caso de que los excónyuges radiquen sus domicilios en distintas localidades, lo que implicaría el traslado constante del animal.

Se puede tomar como criterio que la mascota siga el régimen de tenencia de los niños y adolescentes, en caso de que estos demuestren apego a estas. Esto puede contribuir a una mejor adaptación de los niños y adolescentes a las nuevas circunstancias familiares.

Por último, también puede tomarse como criterio que el animal de compañía permanezca en el que era hogar conyugal, a cargo de la persona a la que se atribuya el mismo, de manera que no deba adaptarse a nuevos contextos.

## 9.2. Régimen de “visitas”

Es posible que aquel excónyuge al que no se le haya atribuido la tenencia del animal de compañía, solicite que se le establezca un régimen de visitas a efectos de mantener contacto con el animal con el que tiene apego e interés, aplicando análogamente lo dispuesto por el artículo 39 del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Este podría considerar eventualmente con el régimen de visitas que se establece para mantener contacto con los hijos de la pareja.

Deberá preverse a cargo de quien estará el traslado del animal, así como las circunstancias donde será recogido y devuelto.

## 9.3. Contribución a gastos

Entre otros puntos, se debe resolver cómo se distribuirá entre los excónyuges aquellos gastos en que se incurra para el alimento, cuidado y protección del animal.

Ello dependerá en parte del destino que se haya resuelto para el animal. Si el cuidado se confía a ambos cónyuges, cada uno debería cargar con los gastos cotidianos de manutención del animal mientras conviva con ellos, y el resto de los gastos (por ejemplo, vacunas) se deberán distribuir en partes iguales.

En cambio, si el cuidado se confía a uno solo de los cónyuges, las cargas del animal deberían distribuirse en partes iguales entre ambos, y esto debería ser resuelto, ya sea mediante una prestación periódica destinada a la manutención del animal, o con el pago de una suma única para cubrir todos los gastos futuros, siendo posible en este caso transar por gastos de alimentos futuros.

Esto se fundamentaría en que, si la incorporación del animal de compañía fue una decisión de ambos cónyuges durante la vigencia de su matrimonio, al cesar este, los gastos del animal deben seguir a cargo de ambos excónyuges.

Si se establece un régimen de visitas a uno de los cónyuges, como mínimo, este último deberá correr con los gastos de manutención del animal mientras esté en su compañía. Esto sin perjuicio de que también debe participar en otras cargas extraordinarias consensuadas.

Aquellas cargas que hayan sido decididas unilateralmente, sin el consenso del otro excónyuge, deberán correr por parte de quien haya tomado la decisión de incurrir en ellas, como podría suceder con tratamientos estéticos o juguetes que compren para el entretenimiento del animal.

#### 9.4. Acuerdos sobre la situación de los animales de compañía

Es posible admitir que los excónyuges lleguen a un acuerdo para regular la situación de los animales de compañía adquiridos durante la vigencia del matrimonio. En este sentido, es importante que el fruto de esos acuerdos resulte en un convenio regulador que pueda ser homologado judicialmente para dotarlo de aptitud de ejecución en caso de incumplimiento (De la Iglesia Monje, 2023, p. 1024).

En este sentido, es posible imaginar la libertad para que ambos se obliguen en los términos que su voluntad así lo quiera, por ejemplo, a tener a los animales en forma alternada, a contribuir a su alimentación y cuidados (Cerdeira Bravo de Mansilla, 2022, p. 209).

Por ejemplo, sería posible acordar que el destino del animal se atribuya a uno de los excónyuges: “Considerando el interés de los miembros de la familia y, en respeto al bienestar animal, las partes acuerdan que el animal de nombre “XXX”, propiedad de ambos cónyuges, permanecerá en el hogar conyugal, a cargo de YYYY”. También sería posible acordar que el animal esté en un régimen compartido: “La tenencia del animal será compartida entre YYY y ZZZ estableciendo que los años impares, ZZZZ lo tendrá la primera quincena de cada mes, e YYY, lo tendrá la segunda quincena de cada mes. En los años pares, se invertirá el orden entre los excónyuges”. Se podrá regular también en donde se debe recoger y restituir al animal.

Si se quisiera mantener un régimen de visitas es posible pactarlo con la más absoluta libertad, incluso haciéndolo coincidir con las visitas de los hijos: “YYY podrá mantener el contacto con XXX, animal de compañía de la familia, aplicándose a tales efectos el mismo régimen de visitas que el convenio para los hijos. El animal será recogido y restituido en el que era el hogar conyugal sito en la calle ///// por YYY, en cada oportunidad de visitas de los hijos”.

En el mismo sentido, se podrá convenir sobre la contribución a los gastos de mantenimiento de los animales, acordando que “el tenedor de XXX, en cada momento de compañía del animal, deberá mantenerlo en condiciones sanitarias e higiénicas aptas, de bienestar y seguridad. Los cuidados y la alimentación que se brinden se adaptarán a la especie. Ambas partes se obligan a brindarle la atención veterinaria para garantizar su salud”.

También es posible pactar que uno de los excónyuges debe contribuir económicamente al cuidado del animal: “En atención que el animal pasará más tiempo con ZZZ, YYY se obliga a proporcionar la cantidad mensual de \$//// en concepto de alimentos para el animal doméstico y de atención veterinaria. El pago de la referida suma se adicionará al pago de la pensión alimenticia debida a los hijos y se abonará en forma simultánea a esta. El monto se actualizará automáticamente, una vez al año, de acuerdo con la variación del IPC”.

La posibilidad de pactar sobre la situación de los animales de compañía es sumamente amplia, siempre que se respete el bienestar animal, y no se exponga a este a situaciones de peligro o que provoquen sufrimientos.

## 10. Los animales de compañía ante el fallecimiento de su tenedor

Los animales de compañía pueden verse sorpresivamente vulnerados en caso de fallecimiento de su tenedor. Ello por cuanto, si bien es posible considerar que forman parte del “acervo sucesorio” como un activo, lo que refuerza su tratamiento como cosa, esto no resuelve cuestiones prácticas que no admiten demora, tales como la decisión de quien se hará cargo del cuidado, alojamiento y protección del animal de compañía.

En este sentido, debemos tener presente lo dispuesto por el art. 8 del decreto 204/017 que establece: “En los casos de **fallecimiento**, ausencia o incapacidad declarada, u otro impedimento involuntario del tenedor responsable titular de un animal de compañía, serán considerados tenedores responsables a todos los efectos, debiendo asumir los costos asociados a la tenencia, las siguientes personas físicas: a. los herederos testados o intestados o legatarios del fallecido, o el cónyuge o concubino; b. al administrador o el poseedor de sus bienes, o quien ejerciere la gestión oficiosa de los bienes del ausente, o el cónyuge o concubino; c. el curador, provisorio o definitivo, o quien ejerciere la gestión oficiosa o administración de los bienes, o el cónyuge o concubino del incapaz”.

La norma citada traslada inmediatamente la responsabilidad del animal a los herederos testados o intestados o legatarios del fallecido, o a su cónyuge o concubino. Es importante destacar que la norma pone el cuidado del animal a cargo de distintos sujetos, sin establecer una jerarquía ni haciendo prevalecer una solución acordada entre todos los responsables designados.

Ante esto nos podemos imaginar distintos escenarios. Un primer escenario ideal, donde concubino o cónyuge (que ya convivía con el animal de compañía) acuerde con los herederos, quien permanecerá con el animal de compañía y quien se hará cargo del cuidado de este. Lo lógico es que el animal de compañía permanezca bajo el cuidado del cónyuge o concubino con el que ya convivía, salvo que este se encuentre en circunstancias donde no lo pueda cuidar; esta solución no contempla para nada el régimen sucesorio legal, donde la continuidad de la “personalidad” del causante corresponde a los herederos, y, por tanto, deberían ser estos los primeros obligados a hacerse cargo del animal. No obstante, esta solución se jerarquiza dado que deriva del acuerdo de las partes y contempla el bienestar animal.

Un segundo escenario que imaginar es en caso de disputa por el destino del animal, entre cónyuge o concubino y sus herederos. En este caso se podrá tomar en cuenta las circunstancias ya referidas al momento del divorcio para definir el destino de los animales de compañía, si es posible establecer un régimen de visita o de tenencia compartida y como se contribuirán a los gastos de su manutención. Esta situación puede obedecer a que varios llamados a suceder, además del cónyuge o concubino, hayan entablado un



vínculo con el animal de compañía, y sea de su interés poder mantenerlo y contribuir a los gastos de manutención del animal.

Un tercer escenario que imaginar consiste en una situación donde no exista concubino o cónyuge, y el destino del animal deba ser definido por los herederos o legatarios directamente. Aquí se debe considerar, en primer lugar, la voluntad expresada en testamento para definir el destino del animal y su cuidado, y en su defecto, debe estarse a las disposiciones de la sucesión intestada.

El testador puede incluir disposiciones testamentarias que especifiquen quién se hará cargo del cuidado del animal, e incluso asignar fondos para tal fin.

El cuidado del animal puede establecerse como un modo testamentario, o como una condición resolutoria para recibir otros beneficios testamentarios, cuyo incumplimiento, entonces, apareje la pérdida de otros beneficios testamentarios. En caso de incluirse algún modo o condición resolutoria creemos relevante destacar el rol del albacea, como defensor de la voluntad del testador, ante las conductas que pueden tomar los llamados a suceder y a cumplir con los modos impuestos por aquel.

La sucesión podría destinarse a alguna fundación o asociación benéfica, que pueda encargarse del animal de compañía, su cuidado y alimento. También es posible que el testador disponga de la constitución de una fundación que se destine al cuidado del animal, y pueda atender otros animales de compañía, con recursos incluidos en el propio testamento y otros que se incorporen.

Finalmente, también puede admitirse la creación de un fideicomiso testamentario, al cual se destinen bienes para atender al animal de compañía, y cuya muerte sea causal de extinción de tal fideicomiso, atribuyéndose dichos bienes a los beneficiarios allí indicados.

Todas estas disposiciones testamentarias no pueden vulnerar el carácter intangible de la legítima; aunque en última instancia, cualquier acción que intenten los legitimarios para reformar el testamento puede resultar en que ellos mismos sean los obligados a cuidar del animal de compañía, dado que la muerte, como ya dijimos, traslada a estos la tenencia responsable y no es causal para el abandono del animal. Por lo tanto, cualquier acción que entablen los legitimarios y que desarticule las estipulaciones y mecanismos testamentarios pensados por el testador para proteger al animal pueden resultar en que la carga se traslade a los herederos.

En caso de que la sucesión sea intestada, la responsabilidad del cuidado de los animales de compañía se deberá distribuir entre los herederos, en forma proporcional a su participación en la herencia.

Entre los herederos, en caso de haber dispuestas por el destino del animal, consideramos que debe aplicarse la misma solución que propusimos para el caso de divorcio, pudiendo establecer un régimen de visitas y distribución de cargas de manutención.

Es sumamente importante destacar que las soluciones ante el fallecimiento requieren inmediatez, dado que el bienestar animal no puede quedar sujeto a las resultancias del proceso sucesorio. En tal caso, quien incurra en gastos de manutención del animal de compañía, en exceso a su participación en la sucesión, o sin tener participación alguna, podrá reclamar contra los herederos su devolución, siempre que estos sean ordinarios y no consistan en excentricidades.



## 11. Prueba y valoraciones.

La prueba de los hechos puede realizarse por cualquier medio admitido en derecho. Así, en caso de invocar que existe un vínculo de apego con el animal, es posible recurrir a la prueba de testigos que conozcan la relación entre el animal y su tenedor, así como de veterinarios o cuidadores que puedan demostrar quién se encarga del cuidado del animal.

Asimismo, en las resoluciones judiciales, deben considerarse algunas valoraciones, cuya incidencia puede determinar la conveniencia de una solución u otra.

En primer lugar, debemos destacar al interés de los miembros de la familia, en particular de los niños y adolescentes, como un primer criterio de valoración a la hora de resolver el destino de los animales. Es decir, a la hora de resolver sobre el destino de los animales, cobra especial relevancia la opinión de los niños y adolescentes, y el vínculo que estos puedan tener con el animal de compañía, de manera de que pueda conservar el vínculo y vivir una experiencia menos traumática producto de la crisis familiar. Esto siempre que el animal de compañía no sea considerado potencialmente peligroso para los niños y adolescentes, o un riesgo ya identificado para su salud.

En segundo lugar, se debe contemplar el bienestar animal, de manera de confiar el cuidado del animal a una persona que se preocupe por él, su cuidado, su alimentación, y le preste la asistencia sanitaria adecuada. En caso de que uno de los excónyuges maltrate al animal o tenga una actitud manifiestamente indiferente hacia él, claramente, no se deberá atribuir el cuidado del animal a este, en tanto representa un peligro potencial.

A la hora de resolver, los jueces deberán fundar sus decisiones también en el apego que los animales muestren a los adultos (o menores involucrados) y la interacción entre ellos. También se puede considerar el motivo por el cual el animal ingresó a la familia, ya sea por el apego de uno de los cónyuges, por los beneficios que confiere o por haberse tratado de un obsequio.

En todos los casos es importante que se tome en consideración el lugar donde el animal pasará a estar alojado, de manera que este sea apto para las necesidades de su tamaño, así como el tiempo disponible de quien pasará a tener la “tenencia” definitiva del animal para brindarle afecto y atender todas sus necesidades.

## 12. Conclusiones

El presente demuestra la importancia del bienestar animal como un eje más a abordar en la temática de resolución de las crisis familiares, sin que esto signifique actuar en detrimento de otros ejes que son enfatizados tradicionalmente por la jurisprudencia, como la situación de la minoridad y de las personas con capacidades diferentes.

Asegurar el bienestar animal en caso de crisis familiares parece una preocupación que debemos asumir todos los operadores jurídicos; incluso, ha de ser una temática que los jueces de familia aborden al tratar divorcios y sucesiones.

Aunque la normativa sobre bienestar animal incorpora un estándar elevado para su cuidado y protección, es necesario actualizar la normativa civil para conciliarla con los

criterios que incorpora la Ley 18.471, permitiendo así una aplicación armónica de los preceptos.

Resulta imperativo que el legislador emprenda una profunda reforma del Código Civil, que no solo abandone la obsoleta clasificación de los animales como cosas, sino que también incorpore mecanismos legales específicos, como un régimen de custodia, visitas y alimentos, para proteger su bienestar en situaciones de conflictividad familiar.

Del mismo modo, es necesario comprender que la problemática de los animales de compañía es un problema de la sociedad en su conjunto, y no simplemente del tenedor de dicho animal. Un animal abandonado se encuentra en una situación de vulnerabilidad para sí mismo, pero es un peligro latente para el resto de la sociedad, en tanto puede provocar la propagación de enfermedad, ocasionar accidentes de tránsito, y ensuciar los espacios públicos. Es hora de que la sociedad en su conjunto, y especialmente los legisladores, asuman la responsabilidad de abordar esta problemática, implementando las reformas legales necesarias para garantizar el bienestar de los animales de compañía en todo momento.

## Referencias bibliográficas

- Barbé Pérez, H. "La analogía como método y técnica de integración del derecho", Rev. Der. Jurisprudencia y Adm. T. 61.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2022). Crisis Familiares y animales Domésticos. REUS.
- Calvo Soler, P. 2017, El vínculo entre el ser humano y los animales: aspectos psicológicos y psicopatológicos.
- De la Iglesia Monje, M. I. (2023), Las mascotas seres con sensibilidad y miembros cuasifamiliares. Su importancia tras la ruptura familiar. Revista Crítica de Derecho Privado, N°796.
- Del Campo, F. (1990). Derecho Civil. Bienes. FCU.
- Duran Martínez, A. (2017), Derecho Administrativo. Otra forma de verlo, LA LEY URUGUAY
- Garritsen, V. (2013), Animal Welfare in Switzerland – constitutional aim, social commitment and a major challenge, *Global Journal of Animal Law*.
- González Marino, I. 2023, "La Familia multiespecie: avances y desafíos jurídicos en Latinoamérica", *TLA-MELAUUA (Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas)*, N°54.
- Gros Espiell, H. (1990), Principios constitucionales en la protección del niño y la familia, *Revista uruguaya de Derecho de Familia*, Vol. 4, N° 5.
- Howard, W. (2024). Derecho de Familia, Tomo I. FCU.
- Howard, W. (2024). Derecho de la persona, Tomo I, FCU.

- Kemelmajer de Carlucci, A. 2014, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista La Ley, Argentina*, núm. 1267, 2014
- Martínez Perdomo, A. (2024), El daño moral derivado de la afectación al vínculo humano-animal no humano, *Revista crítica de Derecho Privado*, n°21.
- Martínez Perdomo, A. (2022) “Responsabilidad por daños provocados por animales abandonados: la definición de un nuevo paradigma”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, N°19.
- Maruri Armand-Ugón, S. y Montero Susalla, A. (2023), La protección de los animales: ¿tienen derechos los animales?, *Revista de Derecho*, n.º 27.
- Nevado Montero, J. J. (2021) “Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria*, N°783.
- Padilla Villarraga, A. (2023), “Los animales son familia. Desarrollo del concepto de familia multiespecies”, *Derecho Animal*, Vol. 14/1.
- Ramírez, J. A. (2006), La analogía como método único de interpretación, *Anuario de Derecho Civil Uruguay*, T. XXXVI.
- Ramón Fernández, F. (2022). Los animales de compañía y su destino en el ámbito sucesorio, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, N° Extra-17, 2.
- Rivero, M. & Ramos, B. (2014) *Derecho de Familia. Personal*, FCU, 4ta. Ed.

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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)

Leandro Baltar  
Universidad Siglo 21, Argentina  
leandrobaltar28@gmail.com  
ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-8848-246X>

Recibido: 26/06/2025- Aceptado:02/07/2025

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:  
Baltar, L. (2025). El orden público internacional frente al espejo.  
*Revista de Derecho*, 24(47), e479. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.9>

## El orden público internacional frente al espejo

141

**Resumen:** El Derecho Internacional Privado reviste una función singular en la configuración del contexto global contemporáneo. Como objetivo primordial, debe proveer herramientas que propicien la armonización de los ordenamientos jurídicos involucrados en la relación jurídica examinada, sin menoscabar la identidad cultural de los sujetos y tutelando, concomitantemente, a las personas en situación de vulnerabilidad.

Dentro de las herramientas de las que se sirve la Teoría General del Derecho Internacional Privado, se encuentra el orden público internacional. En esta oportunidad, la finalidad es analizar cómo esta herramienta es susceptible de responder a los nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado.

**Palabras clave:** Orden público internacional; Derechos Humanos; Perspectiva de género; Orden público atenuado y pleno; Orden público de proximidad.

## International Public Policy Reflected in the Mirror

**Abstract:** Private International Law plays a unique role in shaping the contemporary global context. Its primary objective is to provide tools that promote the harmonization of the legal systems involved in the legal relationship under examination, without undermining the cultural identity of the parties and simultaneously protecting individuals in situations of vulnerability.

Among the tools employed by the General Theory of Private International Law is international public policy. The aim of this article is to analyze how this tool may be capable of responding to the new paradigms of Private International Law

**Keywords:** International Public Policy; Human Rights; Gender Perspective; Mitigated and Full Public Policy; Proximity-Based Public Policy.



## A ordem pública internacional diante do espelho

**Resumo:** O Direito Internacional Privado desempenha uma função singular na configuração do contexto global contemporâneo. Como objetivo primordial, deve fornecer ferramentas que promovam a harmonização dos ordenamentos jurídicos envolvidos na relação jurídica analisada, sem comprometer a identidade cultural dos sujeitos e protegendo, concomitantemente, as pessoas em situação de vulnerabilidade.

Entre os instrumentos utilizados pela Teoria Geral do Direito Internacional Privado, encontra-se a ordem pública internacional. Nesta oportunidade, o objetivo é analisar como esse instrumento pode responder aos novos paradigmas do Direito Internacional Privado.

**Palavras-Chave:** Ordem pública internacional; Direitos Humanos; Perspectiva de gênero; Ordem pública atenuada e plena; Ordem pública de proximidade.

## I. Introducción

Desde una perspectiva metodológica, un título adecuado debe expresar su contenido de manera clara y autónoma, sin necesidad de explicaciones adicionales. No obstante, en esta ocasión, reconozco que el seleccionado podría suscitar ciertas confusiones, lo que justifica un breve comentario introductorio.

Aunque el orden público internacional ha sido parte del Derecho Internacional Privado desde hace varios años, sigue siendo pertinente reflexionar sobre su funcionamiento y congruencia con los objetivos esenciales de esta disciplina. En efecto, se trata de una construcción jurídica aún incompleta y, al ponerla frente al espejo, la propuesta es seguir construyéndola para evitar una dicotomía problemática: un Derecho Internacional Privado que, dentro de una misma comunidad de valores, sea tolerante, pero que, fuera de ella, adopte un enfoque proteccionista. Siguiendo la analogía de la contemplación del propio reflejo, la intención es llevar a cabo una observación crítica que permita la adecuación normativa. Es decir, analizar su funcionamiento con el fin de identificar y corregir aquellas deficiencias que comprometan su armonización con el marco jurídico vigente, realizando los ajustes necesarios sobre un mecanismo que, si bien se encuentra validado, requiere una confirmación constante.

Dentro de las diversas herramientas que integran la Teoría General del Derecho Internacional Privado, la que se analiza en esta oportunidad se distingue por su presencia transversal en todos los sectores de esta disciplina. Así, se lo aborda desde una perspectiva sustantiva cuando se examina en el contexto del derecho aplicable. En contraste, se lo considera desde una perspectiva procesal al analizar su influencia en la jurisdicción internacional, tanto directa como indirecta. En el presente, la atención se centrará específicamente en el primer caso, dejando de lado el análisis de su dimensión procesal, sin que ello implique restar relevancia al lugar que ocupa en este ámbito.

Desde su nacimiento, el Derecho Internacional Privado atravesó varios intentos de sostener una metodología estable en cuanto al derecho aplicable. Sin embargo, la latente evolución de la Teoría General termina comprometiendo la vigencia y funcionamiento de ciertos mecanismos e institutos. Tal como destaca Patrick Kinsch, “los conceptos pueden permanecer en gran medida estables, al igual que la mayoría de las soluciones. Pero aquellas afectadas serán, en cualquier caso, las que reflejen específicamente la época anterior y que ya no se correspondan con la evolución actual” (2015, p. 377). Bajo esta perspectiva, tanto la estructura como la forma de operar del orden público internacional deben ser objeto de revisión y reconsideración, con el fin de adecuar su funcionamiento a las exigencias de una sociedad en constante transformación.

Estamos ante una herramienta que surgió como una solución ante el evidente conflicto que se origina por las diferencias latentes en los diversos ordenamientos jurídicos como forma de protección de valores locales. Sin embargo, y como señala Carlier, “detrás de esta aparente neutralidad científica, se escondía con frecuencia la intención de favorecer el derecho nacional del foro, considerado superior” (2016, p. 99). Esta ‘excepción’ (ordre public/*Public Policy/Vorbehaltsklausel*) fue, y sigue siendo, objeto de múltiples análisis doctrinales. Incluso, es merecedor de las más llamativas y hasta graciosas metáforas o analogías destinadas a graficar su alcance y funcionalidad. Por ejemplo, Dutoit lo califica como un ‘auténtico camaleón’, mientras que Mayer como ‘*enfant terrible du droit international privé*’ (Carrascosa González, 2008, p. 2352).



En la actualidad, tras años de evolución, resulta indiscutible que el orden público internacional está sujeto a múltiples influencias, especialmente en lo relativo a los criterios para su activación. Si bien no existe controversia respecto a que su función principal es la protección de los valores esenciales del foro, el modo en que se lleva a cabo requiere una revisión acorde con las realidades contemporáneas. Como veremos, la complejidad radica en la evidente tensión entre la finalidad de proteger los valores fundamentales del foro y la necesidad de aceptar y respetar los extranjeros. Este equilibrio se convierte en el centro del debate, ya que es imprescindible determinar hasta qué punto es posible o necesario sacrificar ciertas concepciones del foro en aras de la armonía de las situaciones internacionales, el respeto a los derechos adquiridos o las legítimas expectativas de las partes, o si, por el contrario, corresponde salvaguardar los valores del foro a través del mecanismo del orden público internacional.

## II. El orden público internacional frente al espejo

Como instituto dentro del Derecho Internacional Privado, tiene sus raíces en el siglo XIV atribuido al post-glosador Bártolo, quien desarrolló una teoría que incluía el rechazo de estatutos considerados ‘odiosos’, entendiendo que lo mejor era no darles acogida por fuera de las fronteras de los Estados que los habían promulgado. En la célebre obra de Savigny, se identifica una referencia específica en la que el autor alude a aquellas instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no era generalmente aceptada en el foro, lo que, en consecuencia, impedía reclamar su protección.

A pesar de los intensos intentos de la doctrina, no existe una definición precisa del orden público internacional. La obsesión por las conceptualizaciones es una dificultad que afecta al mundo académico, ya que existe una constante necesidad de enmarcar y fundamentar conceptos e institutos. En algún punto, todas las definiciones proporcionadas han resultado insuficientes o incompletas por un lado, por los peligros “que puede acarrear esa definición y, por otro, debido a la imposibilidad de precisar sus contornos exactos para lograr la uniformización de los principios que no solo varía de país a país, sino también por el transcurso del tiempo” (Fernández Arroyo – All, 2023, p. 585).

Esto no implica que no podamos aproximarnos a una noción. El uso de esta herramienta se activa principalmente cuando el caso a resolver se le aplica una norma indirecta<sup>1</sup>. En un estudio sobre el tema, Carrascosa González indica que la clásica configuración de la norma de conflicto provoca un ‘salto en la oscuridad’, pues gracias a su bilateralidad es posible que la relación jurídica quede sometida a un derecho extranjero “sin tener en cuenta el ‘contenido material’ de dicha Ley extranjera. Es una remisión a unas normas materiales cuyo tenor, contenido y consecuencias aplicables se desconocen *a priori*” (2008, p. 2352). En este contexto, se evidencia la neutralidad de la norma, ya que el legislador no se preocupa por la solución material del sistema jurídico al seleccionar los puntos de conexión. Esto no se debe a una intencional falta de interés, sino a una lógica: es imposible prever de antemano cuál será ese derecho debido a la gran cantidad de legislaciones estatales.

1 Es importante recordar que el OPI es un instituto cuyo análisis está presente en todos los sectores del DIPr. Asimismo, dentro del derecho aplicable, no se limita únicamente a la norma indirecta, ya que el método de reconocimiento se aplica siempre que la situación jurídica extranjera válidamente creada no contravenga los principios fundamentales del foro.

De manera simplificada, podemos afirmar que la función del orden público internacional es evitar la perturbación que puede causar la aplicación o reconocimiento de normas extranjeras cuyo contenido genere una solución que choque con las concepciones fundamentales del ordenamiento jurídico del país donde se lleva a cabo el proceso (foro). De este modo, lo que se busca es una 'justicia material', ya que solo se activa en el caso de que la decisión tomada en el extranjero o la aplicación de la ley extranjera resulte inaceptable para el foro. Esta excepción funciona siempre *in concreto*, es decir, corresponde su análisis teniendo en cuenta cada caso en especial. A esto, se lo llama como la 'externalidad negativa' del orden público internacional, pues funciona como una especie de 'compás' que define *a posteriori* el gado de apertura o cierre del ordenamiento del foro hacia valores jurídicos ajenos (Salerno, 2018, p. 259).

Mediante su aplicación, se mantiene la coherencia y la armonía del ordenamiento jurídico local, ya que se protegen los valores fundamentales que el juez, en su papel de guardián, debe salvaguardar. Siguiendo a las enseñanzas que Lagarde (Luye, 2021, p. 21) incorporó en su tesis doctoral en 1957, la exclusión del derecho extranjero que brinda una solución lacerante de los principios fundamentales sucede porque éste no puede combinarse de manera coherente con el derecho del foro. Por su parte, resultan interesantes las palabras de Adeline Jeaneau (2015) al explicar que

la armonía que la excepción de orden público trata de preservar no es una armonía entre normas; su función es garantizar que un órgano del foro no haga, en principio, nada que vaya en contra de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, puede decirse que la amenaza que supone la eficacia de la norma extranjera y, correlativamente, la coherencia que se busca tiene por objeto la dimensión orgánica del ordenamiento jurídico (p. 139).

Lo que se protege, entonces, es el 'orden' que se establece en un país, entendido como un estado de armonía o tranquilidad social. De hecho, "lo contrario del orden público es, en este sentido, el trastorno social que surge cuando se difunde el sentimiento de una organización social inadecuada, que no produce los resultados deseados" (Vareilles-Sommières, 2015, p. 190). Así, de constatarse esta afectación, el juez 'pone entre paréntesis' aquellas normas extranjeras que resulten contrarias. Ante ello, se habla de una 'irritación' (Hammje, 2009, p. 153) en el funcionamiento de la norma indirecta, ya que ésta acaba alterando el normal desenvolvimiento del sistema sobre el cual se estructura todo el método de elección.

En búsqueda de evitar una aplicación desmedida de esta herramienta, y siendo que corresponde a las autoridades judiciales decidir cuándo se configura este límite, se habla de una 'manifiesta' incompatibilidad de la solución que brinda el derecho extranjero, de modo que se pueda notar que ello implica una ofensa grave y concreta a los principios fundamentales y no una simple contradicción, que resulta tolerable. Es en este punto cuando se hace imperativo un análisis inicial del reflejo, con el fin de mitigar los errores derivados de los riesgos inherentes a su utilización. El riesgo al que deseo hacer referencia reside en una aplicación desmedida del orden público internacional, extendiéndolo a situaciones que no lo ameritan, lo que podría resultar en una afectación a la justicia que se busca proteger. Es por ello que, en palabras de Fresnedo de Aguirre (2016),

el mero hecho de que la ley extranjera sea diferente de la del juez no constituye una razón para no aplicarla internamente. Por el contrario, el tribunal debe analizar si el resultado o efecto de la aplicación de la ley extranjera es o no compatible con los valores y principios fundamentales que subyacen a su ordenamiento jurídico (p. 100).

En conclusión, la aplicación de la cláusula de orden público internacional debe considerar el contexto específico y buscar un balance adecuado entre las diferentes normativas y valores involucrados, evitando una aplicación rígida o puramente teórica. Esto permite adaptar la cláusula a las circunstancias reales y garantizar una mayor coherencia en la interacción entre sistemas jurídicos diferentes (Strazzari, 2017, p. 682). Para evitar caer en este error, es fundamental delimitar su contenido, pues solo sabiendo cuáles son sus fronteras podemos asegurarnos de su uso adecuado. Así, es necesario ajustar el marco que sostendrá al espejo.

## II.1. Conformación del orden público internacional

Se requiere la concurrencia de dos presupuestos esenciales para su existencia. En primer lugar, se señala la necesidad de la coexistencia de una diversidad ideológica entre los Estados que aplican recíprocamente sus ordenamientos jurídicos. Esto se fundamenta en la premisa de que los valores materiales sobre los cuales se estructura una comunidad pueden diferir respecto de los adoptados por otras. En segundo lugar, debe estar claramente establecida la obligación jurídica de aplicar un derecho extranjero. Una vez cumplidos estos presupuestos, la función del orden público internacional consiste en “poner límites a la apertura del propio ordenamiento a las soluciones sustanciales que resulten de derechos foráneos, aplicables en virtud de la interacción de las relaciones multinacionales” (Najurieta, 2025, p. 185). No obstante, surge entonces el interrogante central: ¿cómo se determina el contenido que debe ser objeto de protección? Este instituto

se trata de una categoría de principios superiores, esenciales, más importantes que las simples reglas de orden público interno que son, a los ojos del foro, de jerarquía o rango superior a la ley extranjera competente y constituyen una *exceptio de summo jure* o *exceptio sententia máxima*, que permite controlar, por vía de excepción, la regularidad internacional sustancial de la ley extranjera competente —a aplicar al caso o, ya aplicada, en una sentencia, por un juez extranjero— (Uzal, 2023, p. 4).

Carrascosa González (2008) lo considera como la arquitectura jurídica básica “compuesta por una serie de principios tan importantes para la estabilidad y buen funcionamiento del edificio jurídico general que no pueden verse afectados o perjudicados” (p. 2359). De hecho, este jurista es muy claro en su intento de determinar el contenido y alcance de este concepto. Así, señala que está compuesto por ‘principios’ y no por ‘normas’, y los principios son, por definición, directrices generales. Los principios son mandatos y no reglas. Salerno (2019, p. 68) también analiza esta situación al destacar la diferencia entre reglas y principios. Así, destaca que un principio cumple una función orientadora pues reúne una serie de fórmulas normativas que son compatibles.

Entonces, el primer reflejo que nos devuelve el espejo es que estamos ante un conjunto de principios. El problema radica en determinar cuándo un principio puede considerarse

‘fundamental’ y, al mismo tiempo, de dónde extraerlos en ausencia de un catálogo. A ello se le suma el hecho de la transformación general por la incorporación de los Derechos Humanos que afecta indudablemente su funcionamiento. Este cambio, aunque presenta un aspecto positivo al garantizar la protección de todas las personas en condiciones de igualdad, también revela una faceta negativa: a medida que se amplía el espectro de derechos y principios considerados fundamentales, aumenta el contenido de este instituto, lo que, a su vez, restringe su flexibilidad. En consecuencia, la intervención del orden público internacional se amplifica considerablemente generando que la regla de conflicto corra el riesgo de volverse puramente formal (Nord, 2003, p. 213).

En este contexto, resulta esencial actuar con prudencia. Es necesario evitar una extensión desmesurada de su alcance, en particular respecto de aquellas normas imperativas que, si bien restringen la autonomía de la voluntad, no configuran un principio fundamental. Confundir estos elementos generaría una incoherencia al entremezclar aspectos y funciones propias de herramientas distintas. Sería equivalente a observar un reflejo distorsionado en el espejo y, en lugar de corregir la imagen, aceptar la deformación como si fuera una representación fiel de la realidad.

Una aproximación consiste en buscar los valores esenciales de la sociedad. Algunos sostienen que “un principio jurídico es ‘fundamental’ o ‘básico’ cuando refleja valores esenciales e irrenunciables, es decir, ‘intereses generales de la sociedad’ necesarios para la conservación de dicha sociedad en una época determinada” (Carrascosa González, 2008, p. 2360). La presencia de un valor implica encontrar un ideal que prioriza el beneficio del ser humano. De este modo, se busca elevar al máximo dicho principio para que responda a esta categoría, cumpliendo con una exigencia suprema de la sociedad que da forma al sistema jurídico local. En definitiva, lo ‘esencial’ o ‘fundamental’ radica en que sustentan y caracterizan al derecho de cada país, sobre los cuales depende la existencia del Estado. Señala Tony Luye (2021) que los principios esenciales son aquellos cuya existencia condiciona la supervivencia de los ámbitos jurídicos de los que provienen. Se distinguen de los otros no por lo que son, sino por sus finalidades. Por lo tanto, tienen como función salvaguardar el equilibrio y la estabilidad del orden jurídico de un país, al menos en los ámbitos del derecho que están concernidos por estos mismos principios. Lorenzo Idiarte razona diciendo que los principios “son verdades fundantes de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas y también por necesidades prácticas, tanto para la investigación como para la praxis en general” (2020, p. 232). En conclusión, son aquellos que están en el vértice de la pirámide normativa por representar los “valores inherentes a las libertades y a los derechos fundamentales del hombre” (Talice, 2020, p. 264), siendo así un ‘eje central’ del ordenamiento jurídico local.

No se dispone de una lista cerrada de principios que integren el orden público internacional. De hecho, establecer una enumeración rígida resultaría contraproducente, pues ‘encapsular’ su composición implicaría excluir otros que, por su carácter dinámico, podrían adquirir tal jerarquía con el tiempo. En consecuencia, cualquier intento de sistematización estricta se revelaría no solo ineficaz, sino también estéril.

De todos modos, podemos establecer un marco que permita sostener y guiarnos en esta búsqueda. La Constitución Nacional es una fuente rica en materia de principios fundamentales, de ello no hay duda. Los principios reconocidos en los Tratados de

Derechos Humanos también integran necesariamente el contenido del orden público internacional, especialmente por los valores esenciales que buscan proteger y que son reconocidos a nivel universal. En efecto, podemos afirmar que los Derechos Humanos ‘enriquecen’ al convertirse en un verdadero ‘fertilizador’ del orden público internacional, pues se consideran esenciales e inquebrantables. De este modo, se aplican de manera inmediata al ser un estándar internacional que requiere su debida protección. Sin embargo, volvemos a un mismo punto: todos estos principios no dejan de ser un valor indeterminado, necesitando su aplicación y análisis específicos en consonancia con los valores del foro. Por ejemplo, aunque todos los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica reconozcan los mismos principios fundamentales, el derecho de uno de los países puede verse excluido debido a las diferencias en la protección e interpretación de dichos principios.

Aunque los derechos reconocidos en los tratados de Derechos Humanos poseen indudable relevancia, no todos están destinados a formar parte de la excepción del orden público internacional. Por más tentadora que pueda parecer la asociación entre ambos, es imprescindible proceder con moderación para evitar los riesgos derivados de una ampliación indiscriminada. De manera análoga a lo que ocurre con las fuentes internas (o autónomas), los tratados internacionales deben ser analizados cuidadosamente, a fin de identificar los principios que puedan ser considerados como verdaderamente ‘esenciales’.

Determinar cuáles efectivamente pueden acceder a conformar el orden público internacional se vuelve una tarea tanto necesaria como compleja. Para lograr esta labor, puede acudir a la teoría del ‘afinamiento’ defendida principalmente por la profesora francesa Petra Hammje (1997). La autora propone modificar su funcionamiento teniendo en cuenta la naturaleza de los principios involucrados, adaptándolo a las necesidades de su defensa. Otro enfoque sería examinar si existe una jerarquía de los Derechos Humanos. Esta teoría ha sido desarrollada por Gaudemet-Tallon (2005) en el Curso General impartido en la Academia de La Haya. Parte de la aparentemente paradójica cuestión de si existe una jerarquía entre los Derechos Humanos, dado que, al ser todos considerados esenciales, cabría suponer que gozan de igual protección. En este contexto, sostiene que la noción de ‘Derechos Humanos’ es proteica y de tal amplitud que no resulta sorprendente que, dentro de esta categoría, algunos requieran una tutela más estricta que otros. Así, concluye que ciertos derechos resultan absolutamente indispensables y deben ser respetados en cualquier circunstancia, mientras que otros, en determinados escenarios, podrían ceder frente a culturas extranjeras que no los reconozcan.

Comparto este razonamiento, aunque reconozco la complejidad que implica su aplicación. Dentro de los valores que deben prevalecer, resulta indiscutible que la igualdad entre hombres y mujeres, la libertad inherente a la dignidad humana y el interés superior del niño constituyen principios fundamentales. De estos valores esenciales derivan otros que merecen igual protección. Por ejemplo, del interés superior del niño se desprenden derechos como el deber de asistencia y el derecho a la identidad biológica, los cuales comparten su misma jerarquía y exigencia de tutela, al menos desde la perspectiva del sistema jurídico argentino.

Por último, estos principios también pueden encontrarse en la fuente autónoma, como el Código Civil y Comercial de la Nación, ya que son valores fundamentales que inspiran todo el sistema jurídico. Un ejemplo se encuentra en la disolubilidad del



matrimonio —a través del divorcio y del principio del *favor divortii*—, la cual ha pasado a formar parte del orden público internacional, especialmente tras la abolición del principio de indisolubilidad del vínculo conyugal. En efecto, desde su incorporación al sistema argentino se ha sostenido que “la indisolubilidad del matrimonio, como antiguo principio de orden público internacional argentino, no puede impedir la aplicación del derecho extranjero ni el reconocimiento de sentencias extranjeras, a partir de la vigencia de la ley 23.515, aunque se trate de situaciones jurídicas constituidas o de consecuencias producidas con anterioridad” (Noodt Taquela, 1988: parr. 1). En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido precedente “Solá, Jorge Vicente s. sucesión ab intestato” (CSJN, 12/11/96), sostuvo que “el principio de la disolubilidad del matrimonio civil por divorcio fue introducido jurisprudencialmente y fue recogido por la reforma que la ley 23.515 ... esta modificación de los principios que informan la legislación matrimonial argentina es relevante para lo que se discute en autos pues, en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite”. En consecuencia, la introducción del divorcio en el ordenamiento jurídico argentino ha provocado la pérdida de vigencia del principio de indisolubilidad del matrimonio como manifestación del orden público internacional. En efecto, el artículo 436 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito”. Esta disposición encuentra su fundamento —se inspira— en la consideración aquí sostenida, en tanto refleja la consagración legislativa del principio *favor divortii*, garantizando la disponibilidad del derecho al divorcio como expresión del orden público internacional.



En conclusión, la manifestación del principio *favor divortii* impediría la aplicación de un ordenamiento jurídico que no admita el divorcio entre los cónyuges (supuesto de matrimonios blindados), incluso en aquellos supuestos en que dicho derecho haya sido elegido de común acuerdo por las partes. Del mismo modo, dicho principio operaría como límite cuando la legislación seleccionada contuviera disposiciones discriminatorias, en tanto contrarias a los principios fundamentales del foro.

## II.2. Complejidades inherentes al orden público internacional

Un aspecto que debe ser abordado con cautela es el riesgo de recurrir desmesuradamente a esta herramienta como pretexto para privilegiar intereses locales en detrimento de concepciones provenientes de otros sistemas jurídicos. En este sentido, el respeto a la multiculturalidad exige el reconocimiento de la pluralidad, lo que implica no ignorar la existencia de diversos valores y tradiciones culturales estrechamente vinculados con la identidad de las personas y las familias. Es factible que la aplicación de un derecho extranjero pueda, en algunos casos, tensionar los ‘valores locales’ sin que ello justifique necesariamente la activación del orden público internacional, dado que resulta imprescindible alcanzar un equilibrio. En consecuencia, puede afirmarse que esta herramienta debe operar como un puente entre valores que, en principio, podrían parecer antagónicos, permitiendo una armonización que evite rechazos apresurados. De este modo, el reflejo que ofrece el espejo (en nuestro caso, el derecho extranjero) no debe ser descartado de manera automática, sino analizado con detenimiento.

Este análisis debe recordarnos que el orden público internacional funciona de manera excepcional. Así, se habla de un ‘carácter restrictivo’ lo cual significa que operará sólo y exclusivamente “cuando sea estrictamente necesario para rechazar la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto para proteger la organización valorativa y económica de la sociedad, y sólo en la medida en que sea preciso para ello” (Carrascosa González, 2008, p. 2358). En la sesión de Cracovia de 2005 del Instituto de Derecho Internacional se aprobó la Resolución titulada: “Diferencias culturales y orden público en el derecho internacional privado de familia”<sup>2</sup> en la cual expresamente se sostiene que “la excepción de orden público sólo debe oponerse a la ley extranjera normalmente aplicable en la medida en que, en las circunstancias del caso, su aplicación menoscabe los principios de igualdad, no discriminación y libertad religiosa”. A esta reflexión, explica Nishitani (2019) que “esta resolución contempla un equilibrio de valores sobre la base del orden público y los criterios mediante la concreción del orden público de proximidad. No cabe duda de que esta tarea representa un desafío para el juez, presuponiendo la relatividad y la apreciación caso por caso” (p. 334).

Claro es que esta mayor apertura hacia el derecho extranjero y sus instituciones no debe implicar una alteración profunda de los rasgos identitarios de un Estado, pues ello podría afectar sus valores constitucionales. Sin embargo, entre estos valores se encuentra también el principio de respeto por la diversidad cultural, el cual debe articularse “pero coordinado y condicionado por otros valores fundamentales que corresponden a la identidad propia de cada comunidad estatal” (Salerno, 2018, p. 260). En este contexto, el riesgo de desequilibrio es innegable y preocupante. Al confrontarse estos principios, y dado el deber de proteger los fundamentos esenciales del foro, el orden público internacional adquiere un rol preeminente, al establecer los límites que toda norma extranjera debe respetar, colocándola en una posición subordinada. No obstante, este mecanismo plantea una complejidad significativa, pues su aplicación en los extremos puede generar una distorsión: por un lado, la sobrevaloración excesiva de los principios del foro y, por otro, su minimización al punto de desnaturalizarlos.

En relación con este punto, el artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina establece que: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”. Si bien el texto no califica expresamente esta exclusión como una medida de carácter excepcional, debe interpretarse en tal sentido, dado que su activación solo procede cuando la aplicación del derecho extranjero conduce a una solución que resulta manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico argentino, afectando de manera directa su estructura esencial. Asimismo, la norma resulta clara al establecer que lo determinante es el *resultado* derivado de la aplicación del derecho extranjero, y no una mera incompatibilidad abstracta de la norma en sí misma. En este sentido, la exclusión solo procede cuando la solución concreta que dicha aplicación genera supone una afectación directa, y no simplemente por la existencia de diferencias normativas entre los sistemas jurídicos involucrados. En efecto, “el hecho de que las normas del Derecho extranjero contengan una regulación simplemente distinta a la regulación jurídica del Derecho del juez no activa, por sí solo, el orden público internacional” (Calvo Caravaca – Carrascosa González, 2022, p. 798).

2 Disponible en [https://www.idi-iil.org/fr/sessions/krakow-2005/?post\\_type=publication](https://www.idi-iil.org/fr/sessions/krakow-2005/?post_type=publication)



A todo ello, debe sumarse otra consideración importante. Si constituye una herramienta para la exclusión de una norma extranjera, resulta evidente que la autoridad judicial debe analizar previamente dicho derecho antes de proceder a su exclusión. Se trata, en definitiva, de una exigencia tanto práctica como teórica. De lo contrario, su aplicación apriorística, sin verificar una contrariedad completa y manifiesta con los principios fundamentales, lo convertiría en un mecanismo automático o en un requisito previo para la operatividad de la norma de conflicto, desnaturalizando su carácter excepcional y desplazando su función correctiva dentro del sistema.

### III. ¿La necesidad de una revisión?

Debido a su importancia tanto práctica como teórica, el orden público internacional como herramienta fue sometido a continuas ampliaciones y reducciones, así como a distorsiones en su esencia. La doctrina viene asumiendo una postura fundada respecto a la necesidad de determinar si el orden público internacional requiere de una revisión. Años atrás, la profesora Najurieta (1997) sostuvo que el orden público internacional sufre una crisis de desprestigio pues se le atribuye el carácter de ‘magma’ difuso en el que se escuda un Estado para liberarse de sus obligaciones internacionales e imponer una solución propia de su *lex fori*. De este modo, algunos autores hablan de una ‘desnaturalización del concepto de orden público internacional’ (Siew-Guillemin, 2017, p. 256), mientras que otros señalan estar ante un movimiento general de delimitación, marcado por la liberalización del movimiento de las personas junto a la aparición y expansión de nuevos métodos, como el de reconocimiento. De allí que se analiza si se encuentra en retroceso o retirada (Luye, 2021).

El orden público internacional ha logrado mantenerse ajeno a fronteras conceptuales rígidas a lo largo del tiempo. Esta característica ha derivado en la ausencia de una terminología unificada, generando dispersión y desacuerdos respecto de sus límites y su funcionamiento. De este modo, debemos preguntarnos: ¿hay algún tipo de reducción, disminución, retirada o debilitamiento?

Independientemente de la postura que se adopte, resulta innegable el impacto directo que los tratados de Derechos Humanos han generado en este ámbito, lo que plantea un conflicto aparente que exige un análisis cuidadoso. Han cambiado desde el modo en que se cuelga el espejo, su posición y hasta el marco que lo contiene, lo cual puede afectar el reflejo que nos brinde: estos instrumentos han transformado no solo la forma en que se observa el problema, sino también la estructura misma del enfoque, modificando la perspectiva desde la cual se interpreta y aplica el derecho extranjero. Por ello, esta revisión —que considero indispensable— busca revalorizar y revitalizar esta herramienta clásica, garantizando su funcionamiento en armonía con la incorporación de los Derechos Humanos y la necesaria perspectiva de género.

El punto de partida, entonces, consiste en redefinir el orden público internacional a la luz de los paradigmas axiológicos que prevalecen en la actualidad, como la justicia, la equidad, la perspectiva de género, la autonomía personal, la diversidad cultural, la tolerancia hacia lo extranjero y el bien común, entre otros conceptos fundamentales. Sumado a ello,

la creciente importancia de los Derechos Humanos y su influencia en el enfoque constitucionalista, junto con la incorporación de principios universales referidos a la dignidad de la persona en las constituciones de varios Estados, nos lleva a cuestionar la afirmación tradicional de que el orden público internacional está compuesto sólo por principios del derecho privado nacional, de principios fundamentales que pertenecen sólo a cada Estado nacional. Parecería que ha llegado el momento de enriquecer la noción de orden público con los derechos fundamentales y de dar un 'toque de supranacionalidad' a un concepto que fue originalmente concebido como nacional (Fresnedo de Aguirre, 2024, p. 98).

Si bien esta razón es suficiente para justificar el planteo de este interrogante, no puede soslayarse que el orden público internacional responde a una noción dinámica, pues evoluciona con el tiempo. No tendría sentido concebirlo como una herramienta de protección de derechos fundamentales si no se adaptara a los cambios constantes de la sociedad. Su eficacia quedaría en entredicho si se tratara de un concepto rígido y estático. La evolución social conlleva una transformación en los valores que la sustentan, lo que refuerza aún más la necesidad de revisar y actualizar esta noción. Es precisamente la naturaleza adaptable de esta herramienta lo que posibilita su constante evolución, implicando modificaciones que impactan directamente en el mecanismo de la excepción y exigen un reajuste continuo para ajustarse a las nuevas realidades sociales y jurídicas.

Parte de la revisión que se requiere nos lleva a reflexionar sobre la pertinencia de transitar hacia un orden público internacional de 'protección' en lugar de uno de 'dirección'. Históricamente, se concibió el orden público internacional de dirección como una herramienta que influía en el Derecho Internacional Privado, de tal forma que sus principios esenciales eran protegidos de manera directa, sin flexibilidad ni matices. Actualmente, se reconoce que esta herramienta debe ser utilizada para salvaguardar la estructura jurídica esencial de la sociedad, protegiendo sus principios fundamentales sin imponer un modelo específico de organización social. En este sentido, "no se trata de 'dirigir' u 'obligar' a los particulares a seguir un determinado modelo de organización social sino de proteger los derechos fundamentales sobre los que se construye la sociedad" (Calvo Caravaca – Carrascosa González, 2022, p. 980). Esta perspectiva fue reconocida en la décima conclusión de la Comisión N° 9 de Derecho Internacional Privado, emitida en el contexto de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la cual se establece que, dentro de los límites a la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia, el juez competente deberá "controlar la compatibilidad de las soluciones con los principios de un orden público internacional de protección"<sup>3</sup>. Esta concepción de protección implica que el orden público internacional actúe como un umbral mínimo, destinado a funcionar como una herramienta que garantice la protección de una persona o categoría de personas.

Antes de abordar tres aspectos sensibles a esta necesidad de revisión, es fundamental destacar que, al evaluar la posible afectación de los principios y valores que conforman el orden público internacional en el marco de la aplicación de un derecho extranjero, debe evitarse la emisión de juicios sobre las culturas o la jerarquización de valores, priorizando los locales sobre los extranjeros. Esto implica la necesidad de recurrir a la 'tolerancia' como

3 Disponible en: <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-9.pdf?x30295&x30295>

parámetro, tanto para la ley extranjera como para sus valores culturales y principios, debiendo la barrera del orden público internacional presentarse como último recurso. En definitiva, es ampliar el horizonte del respeto por la multiculturalidad, reconociendo que no existen culturas superiores a otras. De no adoptarse esta perspectiva, se estaría constantemente negando la aplicación de un sistema jurídico extranjero. Esta manera de abordarlo exige, sin lugar a dudas, repensar la función y el alcance de esta herramienta. El planteo radica en comprender que no se debe buscar el abandono total del derecho extranjero, sino intentar su adaptación de manera que no se vean afectados los principios fundamentales. Como bien destaca la doctrina, esto no implica admitir que todo está permitido para respetar las culturas extranjeras, pues los Estados deben defender lo que determinan como esencial. Pero también debe aceptarse, en la medida de lo posible, lo que proviene del extranjero, debiéndose encontrar un equilibrio (Gaudemet-Tallon, 2005, p. 409).

La función del orden público internacional vuelve a revestir un carácter fundamental. En principio, y como manifestación de la soberanía estatal, corresponde a los Estados la función de proteger los valores que integran sus principios fundamentales frente a eventuales afectaciones derivadas de un sistema jurídico extranjero, el cual puede estar basado en concepciones culturales divergentes. Sin embargo, rechazar una solución o situación extranjera únicamente por una diferencia cultural —que podría ser tolerable— conduce a la generación de un factor de inestabilidad o incoherencia, cuyas consecuencias resultan más perjudiciales que beneficiosas. De esto se concluye que “no se debe ver la excepción del orden público internacional como una herramienta que refleje la voluntad imperialista del Estado del foro” (Le Cam-Mayou, 2013, p. 13). Esto es lo que hemos mencionado como relativismo del Derecho Internacional Privado, en palabras de Petra Hammje (2009), para quien adaptar las condiciones del orden público internacional para su activación “podría ser el medio adecuado para una salvaguardia satisfactoria, ni excesiva ni demasiado tímida, de los derechos fundamentales frente al derecho extranjero” (p. 14).

### III.1. El impacto de los Derechos Humanos

En relación con la influencia de los Derechos Humanos, la doctrina ha generado una extensa y variada producción bibliográfica sobre el tema. Todos los estudios coinciden en una conclusión común: los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Privado ya no pueden considerarse esferas independientes o neutrales. Esto se debe a que la imperiosa necesidad de proteger los Derechos Humanos requiere que la regulación del Derecho Internacional Privado se lleve a cabo de manera que se respeten los principios fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales. En esta ocasión, el enfoque se centra particularmente en la manera en que esta influencia se manifiesta durante la aplicación del orden público internacional, buscando que su función de ‘limitación’ no conduzca a una vulneración de los derechos que se pretende proteger.

Hace algunos años, Opertti Badán (2013) afirmó que “los derechos fundamentales no afectan la estructura pura del derecho internacional privado; por el contrario, introducen contenidos nuevos y ricos en la aplicación de la ley y contribuyen a la flexibilización necesaria del sistema” (p. 73). Como consecuencia de la influencia señalada por el autor, es lógico sostener que el orden público internacional, en su función como herramienta,

requiere de una revisión constante para asegurar su correcta aplicación. Como señalara Muir Watt (2000), “al mismo tiempo que contribuye indiscutiblemente a alimentar el contenido del orden público nacional, la llegada de los derechos fundamentales tiende a modificar los modos de intervención de la excepción en los diversos derechos nacionales” (p. 481).

Se parte, entonces, de una primera afirmación: una de las tantas influencias de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional Privado se encuentra en la cláusula de orden público. Tomando este punto de partida, Fresnedo de Aguirre (2016) hace una interesante reflexión que merece destacarse. La autora sostiene que

el derecho internacional privado y las normas de derechos humanos coexisten, y es tarea del legislador y, posteriormente, del juez, hacerlas compatibles ... El objetivo debe ser lograr la armonía dentro de las diferentes fuentes del sistema legal de cada Estado y dentro del escenario ampliado de los sistemas legales de los Estados partes en una Convención. Cuando eso falla o se vuelve inadecuado con el tiempo, corresponde a los tribunales alcanzar una solución armónica en el caso particular mediante los mecanismos disponibles, entre los cuales se encuentran los de la teoría general del derecho internacional privado (p. 164).

La complejidad radica en hallar el equilibrio adecuado entre la protección de los Derechos Humanos y la coordinación de los sistemas jurídicos. Esta perspectiva desafía el funcionamiento del orden público internacional, apartándose de la postura tradicional que rechazaba cualquier concepción contraria exclusivamente por el hecho de ser diferente. Volvemos, entonces, a la idea de protección y no de dirección.

Hace algunos años, Gonzalo Parra-Aranguren (1988, p. 90) retomó la crítica formulada por la doctrina respecto al uso del término ‘internacional’ y la posible impresión errónea que este podría generar. En efecto, no debe inducir a confusión ni llegar a la conclusión de que se está ante un conjunto de principios igualmente vigentes en todas partes del mundo. Así como cada país organiza su sociedad de manera autónoma, dispone de su propio conjunto de principios fundamentales que operan como excepción. Por lo tanto, el orden público internacional varía de un Estado a otro. A este fenómeno se le denomina ‘particularismo’ o ‘relatividad espacial’ (Carrascosa González, 2008, p. 2360). Esta visión debe ser actualizada desde la perspectiva de los Derechos Humanos. En consecuencia, aunque sigue correspondiendo a cada Estado determinar libremente cuáles son los principios fundamentales sobre los cuales se basa su ordenamiento jurídico, dicha libertad está sujeta a las limitaciones impuestas por los requisitos de las convenciones sobre Derechos Humanos (Fresnedo de Aguirre, 2016, p. 228). El resultado es previsible: cuando los Estados adhieren a un mismo convenio de Derechos Humanos, comparten principios fundamentales, como el ‘interés superior del niño’. Sin embargo, la forma en que este principio es valorado puede diferir, ya que su interpretación dependerá del criterio adoptado por el juzgador en el caso concreto, pesando los valores culturales, morales e históricos de su país. En efecto, resulta inevitable la presencia de un subjetivismo en su apreciación, de manera similar a lo que ocurre con las normas jurídicas, especialmente cuando se consideran perspectivas en las cuales se encuentra una mayor diversidad. No obstante, esta interpretación no debe conducir al extremo de restringir o limitar el alcance de un derecho consagrado, ya que ello implicaría su desconocimiento.

### III.B. La vulnerabilidad y la necesaria perspectiva de género

La igualdad de género y el respeto a la dignidad son conquistas que hoy se consideran principios básicos de toda sociedad democrática. Aunque en las últimas décadas se han logrado grandes avances en este ámbito, la violencia y la desigualdad continúan afectando la vida de muchas mujeres y niñas. A pesar de que los derechos de la mujer han sido reconocidos normativamente, como el acceso al mercado laboral o su inclusión en las relaciones familiares, en muchos casos sigue siendo una persona vulnerable que requiere una protección especial. Con palabras acertadas, Dreyzin de Klor (2020, p. 686) sostiene que el DIPr es una herramienta ética que permite afrontar fenómenos como la xenofobia, la misoginia y el racismo. La pregunta a resolver es determinar cómo influye en el orden público internacional, de modo que todo el Derecho Internacional Privado pueda contribuir a conciliar la exigencia de soluciones que respeten la necesaria perspectiva de género.

Parto de las consideraciones de Carmen Ruiz Sutil en cuanto a que el enfoque de género consiste “en tener en cuenta los estereotipos que existen en la sociedad sobre los roles asignados a mujeres y hombres o en valorar la situación histórica de subordinación de las mujeres para el análisis de las respuestas dadas en cada caso” (2020, p. 27). Es indudable que se han logrado avances dirigidos a erradicar los estereotipos de género tanto en la sociedad como en el ámbito jurídico; sin embargo, no puede considerarse que esta problemática esté completamente resuelta. Persisten obstáculos que aún demandan una atención adecuada y justa.

Con una visión sumamente crítica, Ángeles Lara Aguado (2022, p. 294) sostiene que aún se observa una reticencia hacia la necesidad y la efectiva incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado, especialmente debido a su tecnicismo, su grado de abstracción y la herencia de la neutralidad en las normas jurídicas. Por más acertados que sean los diversos esfuerzos legislativos emprendidos en los últimos años, estos resultan infructuosos si las disposiciones no incorporan de manera explícita la perspectiva de género.

Aunque puede parecer utópico aspirar a la erradicación total de todas las formas de discriminación, este objetivo es genuino y debe ser un fin que los Estados persigan con determinación. Para lograrlo, el punto de partida debe ser la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, con el objetivo de deconstruir los estereotipos de género. En este contexto, se espera que el Derecho Internacional Privado reaccione ante regulaciones o instituciones que, por su naturaleza, afectan de manera particular los derechos de las mujeres. Nuestra materia puede ser “un instrumento para luchar por la protección de los derechos humanos y ello se puede plantear y defender desde la ética” (Espinosa Calabuig, 2019, p. 38).

Dentro de las herramientas destinadas a este fin, el orden público internacional, con todos sus matices, constituye un mecanismo esencial para garantizar la protección basada en el respeto al género y la vulnerabilidad. En este sentido, coincido con Najurieta (2016, p. 162) en que su función es la de adaptar y coordinar los sistemas jurídicos, evitando que se frustren los derechos fundamentales de las personas y, en particular, de los niños en situación de mayor vulnerabilidad debido a la naturaleza transnacional de sus relaciones. No obstante, una aplicación rígida de este límite puede conducir a soluciones injustas.



Es en este punto donde adquiere especial relevancia el efecto atenuado del orden público internacional, ya que permite corregir eventuales consecuencias perjudiciales derivadas de su aplicación. Analizaré estos matices próximamente.

Para ilustrar esta cuestión, se recurre al ejemplo de la poligamia y la posibilidad de reconocer algunos de sus efectos jurídicos. Con el objetivo de proteger la igualdad de los contrayentes y los principios fundamentales del Estado, se mantiene la negativa a conceder reconocimiento a la figura que permite la validez de múltiples uniones. Esto se funda en que, en principio, puede ser considerada como una unión que resulta contraria a la dignidad de la mujer afectando derechos fundamentales. Esta negativa no supone una intromisión desmedida en las relaciones familiares privadas, ya que lo que se está protegiendo son valores fundamentales que prevalecen. Así, desde esta postura restringida, se considera que el matrimonio poligámico resulta a todas luces incompatible con un sistema jurídico basado en la moral cristiana.

La postura de rechazo a este instituto en países que no siguen esta orientación cultural/religiosa es casi unánime. Incluso, en el año 2000 el Comité de los Derechos Humanos aprobó la Observación General No. 28, en la cual expresó que “la igualdad de trato con respecto al derecho a contraer matrimonio significa que la poligamia es incompatible con ese principio. La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respecto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista”. Ciertamente, la poligamia es una institución que sigue siendo ajena a nuestros valores, dado que se fundamenta en una clara desigualdad entre los sexos, permitiéndola exclusivamente al hombre. En consecuencia, merece ser considerada como una práctica netamente territorial, al menos en principio. Como se viene observando, existe una tendencia hacia una mayor tolerancia frente a la diversidad; no obstante, esta encuentra su límite en el respeto a ciertos principios y valores fundamentales, los cuales no son susceptibles de negociación. En este contexto, el esfuerzo por alcanzar la conciliación debe ser compartido y no recaer exclusivamente en el país de acogida.

Un rechazo absoluto podría afectar directamente los derechos de una mujer que busca, por ejemplo, algún tipo de asistencia en nuestro país. Desde una perspectiva de género, se exige que todo operador jurídico considere con mayor detenimiento las circunstancias del caso concreto, evitando resoluciones que puedan resultar perjudiciales para la mujer. En este sentido, se sostiene que:

no se trata de admitir la poligamia, pues entendemos que supone un atentado grave contra la dignidad de la mujer y el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, sino de regular sus efectos con la finalidad de proteger el ‘interés de la mujer’ en el caso concreto (Vaquero López, 2018, p. 446).

Así, el orden público internacional no solo cumple su función tradicional de preservar los valores fundamentales del foro, sino que también se erige como un mecanismo para equilibrar intereses, evitando cualquier posible discriminación por motivos de género. Aunque pueda parecer reiterativo, nuevamente se evidencia la función protectora del orden público internacional, en contraposición a una visión directiva. De este modo, se evita la imposición de un ‘modelo’ único de familia que llevaría al desconocimiento absoluto de cualquier efecto derivado de una unión no monogámica.



Admitir efectos ‘periféricos’ derivados de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero bajo el régimen de la poligamia no produce daños sustanciales en la estructura básica y sustancial de un Estado. Incluso, se puede sostener lo contrario, es el resultado más justo. Tal como detallara Bucher, “se puede no querer aceptar la poligamia, pero no se puede ni ignorarla ni rechazarla completamente sin otorgarle ningún efecto jurídico” (2008, p. 129). De lo contrario, se estaría generando que este estado de familia se vea evaporado, reducido a la nada, cuando en otros países existen como tales. Es el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica como elementos cardinales del Derecho Internacional Privado los que entran en juego y mueven la balanza. De hecho, la aplicación del orden público internacional atenuado es considerada como la “solución más recta, ecuaníme, equitativa y menos dañina” (Valverde Martínez, 2018, p. 727).

### III.3. Otros aspectos que requieren de atención

La respuesta ante la comprobada incompatibilidad entre la solución del derecho extranjero aplicable y los principios fundamentales del foro es otro de los aspectos que requiere revisión. En otras palabras, en caso de vulneración, ¿cómo debe proceder la autoridad judicial? La doctrina ejemplifica este caso de una manera muy gráfica: el dilema recuerda a aquel al que se enfrenta el mecánico de un automóvil cuando se pregunta, en presencia de un motor defectuoso, sobre el punto de saber si debe cambiar solo la pieza defectuosa o, por el contrario, el motor en su conjunto (Loussouarn – Bourel – Vareilles-Sommiers, 2013, p. 392). Esto nos lleva a hablar de la sustitución de la ley extranjera.

El efecto negativo del orden público internacional hace que la afectación de los principios fundamentales del juez deba verse protegidos, requiriendo la exclusión de aquello que vulnere. Pero la autoridad judicial tiene que resolver, es decir, debe buscar un derecho que sustituya la normativa que acaba de desplazar. ¿Cómo llenar el vacío luego de desestimarse la aplicación del derecho extranjero? Recordemos que desde la perspectiva del sistema jurídico argentino, el artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina no da una respuesta expresa a esta incógnita. Así tampoco la fuente convencional vigente para nuestro país. Ante ello, urge determinar si el juez debe descartar ese sistema jurídico de manera completa o puede acudir a otro tipo de técnicas para continuar sosteniendo la aplicación del derecho foráneo.

Durante años, la respuesta automática consistió en aplicar la *lex fori*. Quienes abogan por la aplicación de la ley de la autoridad judicial fundamentan su posición en la lógica de que, al excluirse el derecho señalado por la norma de conflicto, la legislación local recupera su competencia. Se sustenta este razonamiento en la existencia de un vínculo, aunque sea mínimo, que conecta el caso con el sistema jurídico de la autoridad que interviene. En este sentido, el foro mantiene siempre una relación inherente con la situación, lo que se erige como fundamento suficiente para justificar la aplicación del derecho del juez. El riesgo de no revisar esta respuesta automática es notorio: podría inferirse que la aplicación de esta herramienta se transforma en un mecanismo subsidiario para seleccionar la ley del foro, confundiendo como un método. Incluso, se puede encontrar autores para quienes esta respuesta “no es consustancial al mecanismo de la excepción de orden público y, finalmente, probablemente no constituye un efecto propio de la misma. Por tanto, no forma parte del funcionamiento de la excepción” (Vareilles-Sommières, 2015, p. 260).

Positivamente, esta postura está siendo cuestionada. Es correcto pensar en otras perspectivas dejando a la *lex fori* como una solución provisional. La doctrina propone una solución alternativa basada en la formulación de una solución material *ad hoc*. Esto implica que el juez excluirá del derecho extranjero aquellos elementos que generen una solución incompatible con los principios fundamentales del foro. De esta manera, se ‘crea’ una solución especial, adaptada al caso específico que se presenta. De hecho, y de acuerdo con algunos autores, la falta de indicación por parte del Código Civil y Comercial de la Nación no implica que el juez no pueda intentar la adaptación de la norma extranjera para hacerla compatible con los principios argentinos (Fernández Arroyo – All, 2023, p. 589). Recordemos que el Código habilita a que, si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos (artículo 2595, inciso c). De esta manera, el objetivo es respetar la vocación del derecho extranjero de ser aplicable, comprendiendo que la incompatibilidad puede surgir de la aplicación de ciertas disposiciones específicas, y no necesariamente del derecho en su totalidad. Comparto la idea de Najurieta en cuanto a que, ante la existencia de una incompatibilidad insoslayable, corresponderá sustituir aquello que resulte contrario por otra solución “deseablemente provista por ese derecho extranjero originariamente designado o, en su defecto, por el Derecho del foro” (Najurieta, 2025, p. 187). En otros intentos de reforma del sistema argentino se acompañó una solución expresa que se inclinaba en este sentido. A modo de ejemplo, puede tomarse el Proyecto de Reforma del 2003, por el cual se preveía la creación de un Código de Derecho Internacional Privado para Argentina, disponía en el artículo 14 que, de resultar manifiestamente incompatible la solución del derecho extranjero con los principios de orden público internacional argentino, se procurará una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios. En su defecto se aplicaría el derecho argentino.

Otra posible solución sería buscar si la norma de conflicto del juez posee puntos de conexión alternativos, detectando así algún otro derecho conectado y realizar nuevamente el análisis correspondiente. Así lo dispone el artículo 16 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia en cuanto a que: “La ley extranjera no es aplicable si sus efectos son contrarios al orden público. En este caso se aplica la ley señalada mediante otros criterios de conexión, eventualmente previstos para la misma hipótesis normativa. En su defecto se aplica la ley italiana”.

En ciertos casos puede no ser posible cumplir con este objetivo. Es decir, no se puede sostener la aplicación del derecho extranjero, ya sea porque la solución sigue siendo incompatible a pesar de los esfuerzos realizados, o porque al intentar armonizar dicho sistema jurídico, se termina desnaturalizándolo. Es en este punto cuando la aplicación de la *lex fori* se vuelve la solución. En conclusión, no se descarta completamente la posibilidad de acudir a la ley del foro como regla de sustitución, pero este auxilio debe limitarse a lo estrictamente necesario pues “el orden público conlleva el rechazo de una disposición particular del derecho extranjero y no el derecho extranjero considerado en su conjunto” Battifol – Lagarde, 1993, p. 567). De este modo, como herramienta que busca la coexistencia de los diversos sistemas jurídicos, se logra preservar los elementos esenciales de cada uno de ellos y, mediante la adaptación como parámetro, se logra hacerlos vivir juntos, en armonía.

#### IV. El orden público internacional en las relaciones de familia

Existe un consenso universal de que la familia es un elemento natural y fundamental de toda sociedad, y por ello requiere protección estatal<sup>4</sup>. Toda persona debe tener la posibilidad de poder formar su propia familia, independientemente de su género, razón o cualquier otro tipo de condición. Esto se encuentra garantizado por los diversos tratados de Derechos Humanos que en Argentina gozan de jerarquía constitucional.

El derecho de familia, a diferencia de otras áreas, se convierte en un terreno más propenso para la intervención del orden público internacional debido a que esta rama incluye un mayor contenido de valores susceptibles de alcanzar la naturaleza de principios fundamentales. Señala la doctrina que estamos ante un terreno fértil para su actuación y, por tanto, propicio para el desarrollo de razonamientos innovadores puesto que se trata de un sector en el que con mayor frecuencia se ponen frente a frente sistemas jurídicos que responden a concepciones sociales, culturales y religiosas totalmente diferentes (Iud, 2013). Puede consensuarse que forman parte del orden público internacional

el principio de igualdad, en todos sus despliegues —incluida la obligatoria perspectiva de género a la que deberá atender el tribunal en cada caso—, el derecho de acceso a justicia, el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el interés superior de el/la niño/a, la libertad religiosa, el derecho al respecto de la dignidad de la persona humana ..., el de formar una familia, el de contraer matrimonio, entre otros (Iud – Rubaja, 2023, p. 372).

La revisión del orden público internacional, a la que hacemos constante referencia, en el ámbito de las relaciones de familia permite concluir que su modo de operar ha evolucionado significativamente en comparación con épocas anteriores. En virtud de la influencia ya analizada que los Derechos Humanos ejercen, hoy resulta indispensable interpretar su funcionamiento de manera que se abandone la imposición de un modelo o concepción específica de familia. Este enfoque debe orientarse hacia la garantía del respeto de los derechos fundamentales involucrados y de las legítimas aspiraciones de los integrantes de cada núcleo familiar. En efecto, lo relevante en este punto radica en cómo esta herramienta posibilita la preservación de los valores fundamentales del foro, sin que ello implique una oposición automática y sistemática a las culturas extranjeras.

El análisis de la multiculturalidad en el Derecho Internacional Privado comenzó a ganar impulso debido al incremento de los intercambios internacionales y las migraciones de familias, lo que genera la coexistencia de una diversidad cultural dentro de un mismo territorio, incluso en las mismas ciudades. En este contexto, los Estados deben lograr que sus disposiciones permitan tanto la integración de las personas como el respeto a su identidad cultural. Esta circunstancia permite afirmar que la multiculturalidad, junto con el respeto hacia ésta, erosiona directamente en el funcionamiento del Derecho Internacional Privado, haciendo imprescindible la búsqueda de soluciones innovadoras o la reinterpretación de las ya existentes, con el objetivo de integrar de manera ordenada y pacífica a las personas y las familias.

4 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2015, p. 160.

El primero de los puntos a abordar en este contexto es el de la tolerancia. Esto sucede ante la necesidad de tener que superar el temor por la ‘desconfianza’. En muchos casos, la percepción de lo diferente puede generar sentimientos de amenaza y, ante ello, una tendencia de rechazar lo extranjero. Tal como visualiza Muir Watt (2019):

la desconfianza tiene mucho que ver con el otro, con lo disímil, en el imaginario colectivo, que asocia la percepción de una amenaza y un sentimiento de intrusión. La extranjería desencadena una sospecha que conduce de inmediato a levantar el puente levadizo, a rechazar la entrada sin siquiera dar al que entra la oportunidad de justificarse o explicar por qué viene (p. 134).

Esta postura repercute negativamente en el respeto a la multiculturalidad, ya que dicha desconfianza puede resultar en la omisión de que, tras esas instituciones percibidas como extrañas o indeseables, subyacen formas de vida diferentes que merecen igual protección. De este modo, se corre el riesgo de incurrir en un sesgo etnocéntrico que priorice exclusivamente las instituciones propias del foro, desestimando la diversidad y la legitimidad de las instituciones extranjeras.

Esta noción de mayor respeto por la diversidad cultural conlleva la necesidad de evitar una postura que rechace modos de existencia, prácticas o comportamientos que puedan ser considerados inicialmente como ‘desestabilizadores’ de los valores asociados a la identidad cultural del Estado de acogida. Un rechazo visceral hacia ciertas instituciones jurídicas extranjeras, percibidas como manifestaciones de una alteridad inquietante y, por lo tanto, ‘odiosas’, tal como señalaba Bártolo, implica un posible desconocimiento de formas de vida diferentes, pero igualmente dignas de protección jurídica. De este modo, erradicar los prejuicios sobre culturas diferentes o desconocidas se traduce en una mayor amplitud y apertura mental hacia nuevas concepciones jurídicas.

El relativismo es llamado a colaborar en este razonamiento. En primer lugar, la aplicación del orden público internacional debe evitar ser utilizada para reflejar una supuesta superioridad de la civilización occidental frente a otras culturas extranjeras. Este enfoque, predominante en épocas pasadas, evidencia un cambio de perspectiva radical. En este sentido, se resalta que

el alegato contra el etnocentrismo occidental lleva, de hecho, a afirmar la igualdad entre todas las culturas. Propugna el respeto absoluto que se debe a cada una de ellas, garantizando su integridad. Pero lo más importante es que, en el contexto de la igualdad cultural, también se afirma la equivalencia de los sistemas de valores que las sustentan (Gannagé, 2009, p. 205).

Esta postura evidencia claramente la inclinación hacia el relativismo, entendida como el reconocimiento de que todos los sistemas de valores poseen igual validez, eliminando de manera preliminar cualquier idea de la existencia de un valor absoluto o de una jerarquía de valores.

El tema reviste una alta sensibilidad. Por un lado, se presenta la imperiosa necesidad de que el derecho proteja y reconozca las diferencias culturales, evitando que, bajo la aparente protección de los valores del foro, no se hace más que otorgarle una posición de superioridad a lo local frente a lo extranjero. Por otro lado, tampoco resulta admisible

sacrificar por completo los valores locales, ya que ello implicaría un debilitamiento de las bases del Estado de acogida frente a la constante influencia de costumbres foráneas. Encontrar el equilibrio adecuado se constituye, entonces, en el desafío más complejo.

Léna Gannagé (2009) lo explica de modo claro. Esta jurista enseña que, siendo el objeto del Derecho Internacional Privado asegurar la coordinación de ordenamientos jurídicos que no siempre descansan sobre los mismos valores, está destinado a acoger la diferencia con la que se enfrenta constantemente. Pero, este reconocimiento no es ilimitado, es decir, la coordinación no es incondicional. Esto se debe a que

la materia busca un equilibrio permanente entre las exigencias de apertura que dicta la vida internacional y el cuidado de no sacrificar la cohesión del orden del foro. Cuando las tensiones entre estos dos imperativos son muy fuertes, cuando la conciliación ya no se logra porque los intereses en juego entran en evidente conflicto, se da preferencia sin lugar a dudas a los intereses del orden del foro (p. 206).

Por ejemplo, aunque las distintas culturas puedan diferir en su recepción de la igualdad de los sexos o de las filiaciones —valores que, aunque considerados occidentales, poseen un carácter fundamental—, estos no son objeto de debate y exigen protección frente a eventuales vulneraciones. En tales casos, la activación del orden público internacional se revela como un mecanismo adecuado y suficiente para garantizar dicha tutela.

#### IV.1. El orden público internacional en distintas velocidades

Dentro de la revisión de esta herramienta que nos proponemos estudiar, la doctrina desarrolló diversos ‘matices’ del orden público internacional (Iud, 2013). Estos son vistos también como “mecanismos de desactivación parcial del orden público” (Siew-Guillemín, 2017, p. 259) que destacan la prudencia con la que se utiliza esta excepción. Como parte de esta nueva concepción del orden público internacional, se encuentra el desarrollo de las concepciones de ‘atenuada’ y de ‘proximidad’. Como veremos, las diferencias en las modalidades de intervención del mecanismo del orden público internacional carecen de una delimitación precisa, lo que provoca que la revisión, sobre la cual se pone énfasis, impulse la búsqueda de su fisonomía orientada en un orden público más tolerante. Para comprender el estudio de estos mecanismos, las palabras de Kinsch son más que esclarecedoras, al sostener que

es la preocupación por la seguridad jurídica la que justifica la teoría del efecto atenuado del orden público con respecto a situaciones creadas en el extranjero, y también es esta preocupación la que, combinada con el principio de proporcionalidad, explica el mecanismo del orden público de proximidad. Por lo tanto, razonar de esta manera no exige a los tribunales renunciar a los métodos del derecho internacional privado; simplemente implica una toma de conciencia de la verdadera razón de ser de estos métodos (2005, p. 254).

Estas diversas valoraciones del orden público internacional reflejan su naturaleza flexible, un aspecto ampliamente destacado por la doctrina. La idea de una ‘flexibilización’ implica reconocer que, al buscar la protección de los valores esenciales del foro, también se abre la posibilidad de adoptar concepciones extranjeras en aras de un mayor respeto



por lo diferente. De este modo, se evidencia un cambio significativo: el orden público internacional ha evolucionado desde un mecanismo que condenaba categóricamente las concepciones divergentes (de dirección) hacia un enfoque más pragmático y adaptativo (de protección).

#### IV.1.A. El orden público internacional pleno y atenuado

Esta tesis distingue entre dos tipos de situaciones jurídicas, cambiando el modo en que el orden público internacional actúa y es valorado. De este modo, se separa cuando lo que se pretende es crear en un país una situación jurídica con arreglo a un derecho extranjero respecto de efectos de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero (Carrascosa González, 2008, p. 2370). Didier Boden (2018, p. 887), al referirse a esta distinción, lo ilustra de modo esclarecedor refiriéndose a la existencia de ‘dos umbrales de tolerancia’. Así, se adopta una postura más tolerante al hacer realidad en un país los efectos de una situación surgida conforme al derecho extranjero, mientras que se muestra menos tolerante cuando se pretende establecer dicha situación.

Hablar de un efecto atenuado:

favorece el respeto de ciertos derechos adquiridos en el extranjero y el orden público de proximidad permite, entre otras cosas, medir la amplitud que se debe conferir a los derechos fundamentales. Esta adaptación es favorable a una protección medida de los valores esenciales del foro (Luye, 2021, p. 275).

162

En segundo caso, cuando el derecho extranjero vulnera los principios fundamentales del Estado del juez, el orden público internacional opera de manera ‘plena’, es decir, de manera completa y radical. Esto ocurriría, por ejemplo, si se intentara introducir la poligamia en Argentina, sabiendo que esto afectaría valores estructurales de la sociedad local. La concepción plena implica verlo de modo vigoroso e intransigente (Luye, 2021, p. 250), con el objetivo de bloquear aquel sistema jurídico extranjero cuya solución socave los valores esenciales del Estado en el cual pretende aplicarse. En contraste, en el otro supuesto, cuando la situación jurídica fue válidamente creada en el extranjero y ya ha producido efectos jurídicos, lo que se busca es exportar esos efectos, momento en el cual el efecto ‘atenuado’ se incorpora a nuestro análisis, teoría cuya creación se le adjudica a Pillet. Especialmente, se pone en juego el uso atenuado cuando se habla de efectos ‘periféricos’ pues admitirlos “no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad. Por tanto, dichos efectos jurídicos serán admitidos por no considerarse contrarios al orden público internacional” (Carrascosa González, 2008, p. 2370). En cambio, no sucede lo mismo con los efectos ‘nucleares’, pues lesionan directamente los valores que se buscan proteger.

En cualquier caso, resulta evidente que se trata de una flexibilización del orden público internacional, ya que lo que varía es el margen de apreciación otorgado a la autoridad jurisdiccional, haciendo que su aplicación sea más pragmática. Dicho de otro modo, la intención reflejada en los diversos aportes doctrinarios apunta a superar su tradicional automatismo al evaluar su activación, confiriéndole un carácter más excepcional.

La expresión ‘atenuada’ “sugeriría que el orden público internacional intervendría de manera menos radical, o simplemente no intervendría, frente a una situación creada en el



extranjero” (Luye, 2021, p. 252). A pesar de las críticas que puedan surgir sobre esta teoría, incluyendo posturas que cuestionan la efectividad de una aplicación parcial o a ‘medias tintas’, la finalidad es ser más tolerante con situaciones válidas y creadas en el extranjero. La conclusión a la que llegamos es previsible: el Estado puede negar el reconocimiento de un instituto (como una forma de vida familiar o una elección dentro de ella), pero no debe desconocer los efectos que esta situación pudo haber generado. En otras palabras, “el orden público atenuado permite al juez reconocer un derecho adquirido bajo una ley extranjera, permitiendo sus efectos en el territorio del juez, incluso cuando ese derecho adquirido nunca podría haber sido obtenido bajo la ley del foro” (Fresnedo de Aguirre, 2016, p. 212). De este modo, se busca evitar la jerarquización de los valores y optar por una mayor armonía entre ellos, intentando una conciliación basada en la tolerancia.

Este modo de apreciar al orden público internacional pareciera ajustarse de manera más correcta con la pluralidad de los modelos familiares existentes en la actualidad, ya que facilita la convivencia pacífica entre valores propios de culturas diversas. Es un mecanismo apropiado por su capacidad de adaptarse a los nuevos modelos de familia. De hecho, tiene un impacto considerable en el método de reconocimiento. En efecto, al buscar el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero, renunciando al método de elección, se promueve una mayor tolerancia que permite que los efectos de esas situaciones se desplieguen localmente.

La apertura hacia la atenuación tuvo un mayor impulso como consecuencia del debilitamiento del paradigma conflictual. De hecho, la existencia de un pluralismo metodológico abre la puerta a la necesidad de reaccionar de maneras distintas según se plantee el conflicto. De este modo, cuando lo que se está discutiendo no es la creación de una situación jurídica, sino su inserción en el foro, el orden público internacional pasa a cumplir la opción de favorecer dicho reconocimiento, pues se entiende que las expectativas de las partes no pueden ser frustradas. La profesora Najurieta (2023), en este punto, expresa acertadamente que:

como instrumento de coordinación, el orden público internacional es guardián de derechos fundamentales. Despliega un rol que responde a nuevos objetivos de derecho internacional privado, como es la misión de asegurar la continuidad en la vida de las personas, especialmente en su estatuto personal, a pesar del fraccionamiento de las legislaciones nacionales (p. 188).

Lo que cambia, entonces, es el margen de apreciación. Así, el uso del orden público internacional será más restringido cuanto más se oponga la defensa de un principio considerado fundamental, como lo es la estabilidad de una situación jurídica en el contexto de familia.

Esta concepción más ‘matizada’ no se traduce en un ‘orden público nulo’. Es decir, no implica su eliminación como herramienta, sino que sólo altera su funcionamiento por afectar su intensidad al momento de valorar la aplicación. La marcada tendencia hacia una mayor apertura a la autonomía de las personas para la conformación y configuración de una familia no implica que todo modelo familiar sea necesariamente aceptado en un país. Existen casos en los que ciertos modelos pueden entrar en conflicto con los principios y valores fundamentales de un Estado, lo que justifica la imposición

de un límite. Esta situación evidencia, una vez más, la tensión estructural inherente a la aplicación del orden público internacional, cuya atenuación busca precisamente mitigar tales fricciones y alcanzar soluciones más equilibradas.

Este matiz no ha estado exento de críticas y cuestionamientos dentro de la doctrina. Esto se denota ante la tensión existente entre la atenuación del orden público y el método de reconocimiento, lo que se traduce en la necesidad de continuar replanteándose las relaciones entre ambos mecanismos. Frente al deber de reconocer tales situaciones jurídicas, y en el contexto de la atenuación, se pone en duda si este enfoque podría resultar en una ‘rebaja’ o ‘reducción’ en la protección de los principios y valores del foro, lo que podría transformar al Estado en un mero receptor de las voluntades de los individuos.

Existen doctrinas que no suscriben a la teoría de la atenuación. Entre ellos, Salerno destaca que “un enfoque diferente expondría a los individuos afectados a una forma de discriminación que el derecho de los Derechos Humanos no tolera” (2019, p. 212). Así, se cuestiona a esta distinción que brinda soluciones contradictorias al mismo problema, dependiendo de dónde fue creada la situación (Fresnedo de Aguirre, 2016, p. 212). Una crítica adicional se centra en la falta de adaptación del orden público internacional a la creciente facilidad con la que las relaciones jurídicas se internacionalizan. Así lo expresaron Bertrand Ancel e Yves Lequette al decir que “la correlación espacio-tiempo sobre la que descansa la teoría del efecto atenuado del orden público ha perdido gran parte de su relevancia debido a la facilidad actual de los desplazamientos y a la casi ubicuidad que otorgan a los individuos” (Ancel – Lequette, 2006, p. 243). En este sentido, el profesor francés Rémy Libchaber (1996, p. 72) sostiene que resulta ‘cada vez menos convincente’ emplear el efecto atenuado como consecuencia de la facilidad de los desplazamientos internacionales toda vez que esta condición termina imposibilitando que esta herramienta cumpla con los objetivos de protección de los principios fundamentales del foro. La atenuación implica una flexibilización en la aplicación del orden público internacional, lo que legitima cuestionar su uso, ya que, en cierta medida, puede generar una posible inseguridad jurídica al comprometer la justicia material en el caso concreto. En efecto, un uso indiscriminado del efecto atenuado podría conducir al reconocimiento, dentro de un Estado, de situaciones jurídicas que, aunque de forma tangencial, vulneren los valores fundamentales de su sociedad. De producirse este escenario, se estaría alcanzando un resultado diametralmente opuesto a la finalidad esencial del instituto del orden público internacional. El aumento de la internacionalización ha permitido que las personas y las familias creen situaciones jurídicas en el extranjero con el propósito de hacerlas valer en un Estado, apelando a los Derechos Humanos y a la atenuación del orden público internacional. Este fenómeno podría llevar a una ‘debilitación’ de la cláusula de reserva, incrementando considerablemente la ‘tolerancia’ exigida.

Para contrarrestar este fenómeno de manipulación, que se asemeja a un verdadero ‘fraude a la intensidad del orden público’, se ha propuesto la consideración de los vínculos espaciales como una respuesta adecuada. Así, el concepto de orden público de proximidad ha emergido como una herramienta para frenar la atenuación sistemática de la excepción de orden público (Bihannic, 2017, p. 14).

Desde nuestra perspectiva, aunque esta preocupación pueda parecer legítima, se desvanece en su resultado al no comprenderse plenamente el funcionamiento del método y sus limitaciones. Efectivamente, uno de los primeros efectos de la atenuación del orden público internacional es una especie de ‘retirada’ de su aplicación estricta, lo que se debe

a que su funcionamiento tradicional se ve alterado. De hecho, el retroceso del mecanismo de defensa que supone el orden público internacional se torna indispensable debido a la creciente presión e influencia de los Derechos Humanos. La concepción atenuada presupone una mayor tolerancia hacia el elemento extranjero, pero esto no implica una ausencia total de control. Más bien, implica una regulación más disciplinada en el uso de la excepción del orden público internacional, lo que permite un equilibrio entre la protección de los valores del foro y el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero.

#### IV.1.B. El orden público de proximidad

La distinción entre el efecto pleno y atenuado del orden público internacional, a pesar de las críticas, goza de una aceptación en la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, se ha puesto de manifiesto que dicha distinción resulta insuficiente para abordar todas las cuestiones planteadas por la conciliación entre el respeto a los valores fundamentales del foro y el respeto hacia las culturas extranjeras. En este escenario, otro enfoque ha tomado impulso desde la doctrina: el llamado orden público de proximidad.

Esta forma de intervención se inspira en la teoría alemana del *Inlandsbeziehung*. Carrascosa González (2008, p. 2372) enseña que para que intervenga el orden público internacional y se descarte la aplicación de una ley extranjera llamada por la norma indirecta el supuesto fáctico debe presentar una ‘mínima conexión’ con el país del juez que entiende en la causa. De este modo, si la situación jurídica a la que se aplica el derecho extranjero está muy alejada de la esfera del juez, la aplicación de tal sistema jurídico no podría dañar a la sociedad local (Calvo Caravaca – Carrascosa González, 2022, p. 817). A esto se lo llama desde la doctrina como el ‘orden público de proximidad’.

El origen de esta teoría se encuentra en el desarrollo de los aportes elaborados por Franz Kahn en el siglo XIX, el cual posteriormente empezó a tener su desarrollo en distintos países. El jurista notó que la exclusión en provecho de la ley del foro de la ley extranjera aparentemente competente solo se producía si existía un vínculo de conexión entre la situación sometida al juez y el foro (Battifol – Lagarde, 1993, p. 585). Este mecanismo “ha sido adoptado porque constituye una solución de compromiso que permitiría encontrar una vía intermedia entre el respeto necesario a los derechos fundamentales y el deseo de evitar la aplicación intempestiva de los mismos en las relaciones internacionales” (Gannagé, 2009, p. 216).

Bajo este prisma, el vínculo con el territorio se convierte en uno de los componentes que hacen a la valoración y aplicación del orden público internacional, generando que se acepten ciertas situaciones alejadas con el foro conforme la ley extranjera que resultaría chocante con el foro. Así, Fresnedo de Aguirre (2016) explica que:

cuando las situaciones bajo consideración se establecieron en el extranjero y no tenían relación con el foro en ese momento, tanto el orden público atenuado como el orden público de proximidad pueden aplicarse sin distinción. Por el contrario, si existía tal vínculo, o si la situación se estableció dentro del Estado del juez, se aplica el orden público pleno. Por lo tanto, el alcance de aplicación de cada tipo de orden público dependería del anclaje real de la situación en el momento de su creación. La elección entre el orden público atenuado y el orden público de proximidad depende de la naturaleza del interés en juego en el caso (p. 217).

Lo que se busca por medio de esta apreciación es reducir su ámbito aplicación, funcionando de manera más intensa cuando existe una cercanía con el caso bajo análisis de la autoridad. En casos alejados con el foro, se dice que “no tiene sentido alguno invocar el orden público internacional en defensa de la sociedad, pues ésta no se ve afectada por la aplicación de un Derecho extranjero” (Calvo Caravaca – Carrascosa González, 2022, p. 195). En efecto, “este mecanismo significa un límite a la pretensión del Estado del foro de imponer sus propias concepciones en una situación internacional que, en teoría, tiene vínculos sustanciales con otro orden jurídico cuya ley ha sido reconocida como aplicable *a priori*” (Muir Watt, 2019, p. 195).

Más allá de los aspectos positivos que pueden derivarse de este matiz, se advierte una tensión entre la proximidad como criterio de apreciación y la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, si el orden público internacional se aplica en función de la proximidad para garantizar la igualdad entre los cónyuges, ¿se restringiría la protección únicamente a quienes tienen un vínculo con el Estado del juez competente? ¿No debería la protección de los derechos fundamentales extenderse a todas las personas, considerando el carácter universal de los Derechos Humanos? En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1 que los Estados se comprometen “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Como se desprende de esta disposición, su alcance es sumamente amplio. Por lo tanto, la respuesta a este interrogante debe evitar generar una total indiferencia del foro hacia aquellas situaciones que no presenten vínculos significativos con él. Este conflicto es evidente, ya que podría dar lugar a un escenario en el que los derechos fundamentales sean absolutos en teoría, pero relativos en su aplicación práctica. Precisamente por ello, parte de la doctrina cuestiona la pertinencia de la proximidad como criterio en la aplicación del orden público internacional.

En esta línea de pensamiento, Pierre Meyer (2020) analiza la cuestión del siguiente modo: si la condición de proximidad se fundamenta en la nacionalidad, resultaría discriminatoria, pues otorgaría la protección del orden público únicamente a los nacionales. Por otro lado, si se basa en el domicilio, tampoco resultaría más aceptable, ya que restringiría la protección de un derecho fundamental únicamente a quienes se encuentren domiciliados en el territorio. Estas limitaciones evidencian un cierto descrédito hacia aquellas personas que no cuentan con el ‘privilegio’ de pertenecer a dicho círculo. En este sentido, Meyer retoma la reflexión de Boden (2018) al afirmar que estas personas acabarían ‘abandonadas a su suerte’. No obstante, este trato es justificado bajo el argumento de que, en el fondo, lo que se persigue es el respeto a las diferencias culturales y la intención de evitar una aplicación ‘imperialista’ de la concepción occidental de los Derechos Humanos. En términos más directos, este ‘abandono’ se presenta acompañado de ‘buenas intenciones’.

Veamos un ejemplo. La jurisprudencia francesa ha recurrido a la figura del orden público de proximidad para denegar el reconocimiento del repudio islámico en aquellos supuestos en que al menos uno de los cónyuges poseía la nacionalidad francesa o residencia en Francia, considerando que la conexión con el territorio francés justificaba la activación de dicho mecanismo. Por el contrario, en ausencia de tales vínculos, se

entendía que el caso carecía de proximidad suficiente, lo que restringía la aplicación de esta figura (Staath, 2010, p. 723). Este razonamiento plantea una cuestión fundamental: si la protección de los Derechos Humanos solo se garantiza a aquellas personas que tienen un vínculo con el territorio de un país, ¿no se estaría configurando una forma de discriminación? ¿Acaso los Derechos Humanos no deben garantizarse a toda persona que acuda a las autoridades judiciales de un país, independientemente de su nacionalidad o domicilio?

La reflexión nos conduce a examinar el alcance del aparente ‘absolutismo’ atribuido a los Derechos Humanos. No obstante, este término debe ser entendido con precisión, ya que no implica que todos estos derechos sean inmunes a cualquier tipo de restricción. Corresponde a los Estados, a través de sus legislaciones, regular su ejercicio, estableciendo condiciones para su implementación sin menoscabar su esencia ni afectar su núcleo fundamental. En este contexto, la proximidad cumple la función de dotar al orden público internacional de un mayor relativismo. Sin embargo, así como otorga ciertos beneficios, también genera interrogantes, entre ellos, la necesidad de determinar hasta dónde debe extenderse esta mayor tolerancia.

Si respetamos la distinción entre los Derechos Humanos, cuando el derecho extranjero aplicable conduce a una solución que vulnera aquellos derechos catalogados como absolutos, es decir, de jerarquía superior, surge el interrogante sobre la pertinencia de aplicar el orden público de proximidad. En otras palabras, si lo que se encuentra en juego son valores fundamentales y esenciales, ¿resulta adecuado exigir que la situación guarde un vínculo particular con el foro para que el orden público reaccione? En efecto, podría sostenerse que, una vez reconocida la jerarquía superior de determinados valores, el control judicial debería operar al margen de cualquier requisito de proximidad, ya que su tutela se torna incondicionada y absoluta. Sin embargo, retomando las reflexiones de Gaudemet-Tallon, la autora enfatiza que, si bien la preservación y el respeto de los Derechos Humanos resultan esenciales, su aplicación debe supeditarse a ciertas condiciones que permitan la coordinación entre los sistemas jurídicos. En este sentido, sostiene que la exigencia de una cierta proximidad con el ordenamiento jurídico del foro se impone, incluso cuando se trata de un derecho que el foro considera absoluto. Es precisamente en este punto donde la noción de orden público de proximidad adquiere su mayor utilidad (Gaudemet-Tallon, 2005, p. 429).

Frente a este escenario, el punto de partida radica en comprender que esta forma de concebir el orden público internacional tiene como propósito contribuir a la función de coordinación entre los sistemas jurídicos, característica inherente al Derecho Internacional Privado. La ausencia de esta distinción podría derivar en una falta de consideración hacia las diversidades culturales reflejadas en las divergencias normativas. Así, dotar al orden público internacional de un carácter absoluto implicaría descalificar, por ejemplo, normas del derecho musulmán en materia de relaciones familiares. Por ello, la noción de proximidad, en su esencia, procura fomentar una mayor tolerancia y, más allá de las controversias que puedan surgir, busca alcanzar una conciliación que permita admitir ciertas afectaciones. Este relativismo aplicado al orden público internacional posibilita la igualdad entre el derecho local y el derecho extranjero, en el sentido de que todos los derechos positivos son, en principio, respetables y que, en consecuencia, las diferencias son expresión de la diversidad cultural, debiendo ser comprendidas en lugar de estigmatizadas.



Otro aspecto que merece especial atención radica en la determinación de los criterios mediante los cuales se debe medir la proximidad en la aplicación del orden público internacional. Si bien esta herramienta requiere una aplicación casuística, una primera alternativa consiste en que el legislador se abstenga de proporcionar directrices específicas, delegando íntegramente esta tarea al criterio de la autoridad judicial. Dado que las circunstancias pueden variar significativamente según el caso concreto, Gaudemet-Tallon (2005, p. 434) destaca que corresponderá al juez realizar una valoración particular en cada situación. No obstante, en asuntos especialmente sensibles, resulta deseable que el legislador establezca ciertos lineamientos para garantizar un mínimo de previsibilidad. Esta postura, si bien otorga flexibilidad, incrementa la carga sobre el juez y puede suscitar cuestionamientos por una posible arbitrariedad en la decisión, afectando la seguridad jurídica. En contraposición, otra opción consiste en que el legislador incorpore normativamente ciertas indicaciones para orientar la labor judicial, lo que mitiga dichas críticas mediante la inclusión de las denominadas ‘cláusulas especiales de orden público’ (Battifol – Lagarde, 1993, p. 579). Estas disposiciones establecen parámetros específicos para evaluar la proximidad de los vínculos, algo particularmente frecuente en el ámbito del derecho de familia. Sin embargo, al definir estos criterios, resulta imprescindible evitar cualquier forma de discriminación, garantizando que la proximidad no opere como un mecanismo que priorice o proteja indebidamente a determinados individuos en detrimento de otros. A modo de ejemplo, el artículo 2637 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que, si bien las adopciones conferidas en el extranjero deben ser reconocidas, el control del orden público deberá considerar tanto el interés superior del niño como “los vínculos estrechos del caso con la República”.

En conclusión, el orden público de proximidad se configura como un mecanismo correctivo dentro de la excepción atenuada, al poner el foco en el grado de vinculación del caso con el foro. En este sentido, cuando se persigue el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero, el criterio de proximidad permite la reactivación de esta herramienta en aquellos casos en los que dichos vínculos resulten lo suficientemente estrechos con el foro. De este modo, el efecto atenuado deja de operar, restableciendo la aplicación plena del orden público internacional.

## V. Colofón

La necesidad de examinar las transformaciones que inciden en los institutos que integran la Teoría General del Derecho Internacional Privado surge como una consecuencia directa del fenómeno de la globalización. Este proceso, que en la actualidad se percibe como irreversible, ha provocado que las sociedades contemporáneas dejen de considerar la diversidad cultural y normativa como una fuente de conflicto. En su lugar, se observa una progresiva aceptación del incremento en las interacciones internacionales, impulsando un compromiso hacia una mayor tolerancia y entendimiento mutuo.

La evolución del Derecho Internacional Privado, particularmente en lo que respecta a las relaciones familiares, ha sacudido los pilares y fundamentos tradicionales de esta disciplina, provocando que, como reacción, diversas de sus herramientas necesiten ser sometidas a una revisión para adaptarse a los nuevos desafíos y realidades que surgen.



En este punto, el planteo que este trabajo se realiza se centra en el interrogante siguiente: ¿el rol que cumple el orden público internacional, en la actualidad, se presenta incierto? Bajo esta pregunta, fue necesario volver a poner sobre la mesa el funcionamiento de esta herramienta, junto a sus matices y formas de aplicarse.

El orden público internacional es una herramienta fundamental para la protección de los sujetos jurídicamente vulnerables. Este clásico instituto del Derecho Internacional Privado puede funcionar en beneficio de los intereses de estos sujetos, aunque no sin experimentar cambios en su esencia. De hecho, he señalado que está atravesando transformaciones que debemos dirigir hacia una mejora en la protección del orden jurídico del foro. Tal como señaló Tony Luye “el orden público internacional está experimentando una profunda transformación. Esta transformación se acelera con el contacto de los nuevos métodos, en particular dos de ellos, a saber, el ‘método de reconocimiento’” (2021, p. 425). En efecto, se pasó por una deconstrucción y una reconstrucción del orden público internacional, su funcionamiento sigue vigente, aunque modernizado a los nuevos paradigmas.

La atenuación del orden público internacional y la intensidad en su valoración (criterio de proximidad), como se ha analizado, no constituyen figuras opuestas ni antagónicas. Por el contrario, ambas funcionan como herramientas interpretativas complementarias que otorgan al juez un margen de flexibilidad necesario para resolver casos complejos. Estas herramientas pueden aplicarse de manera alternativa o acumulativa, dependiendo de las particularidades del caso concreto, sin perder de vista los valores fundamentales que se pretenden proteger.

Sobre lo que no hay duda, y es el principal reflejo que nos brinda el espejo, es que la aplicación de la cláusula de orden público debe considerar el contexto específico y buscar un balance adecuado entre las diferentes normativas y valores involucrados, evitando una aplicación rígida o puramente teórica. Esto permite adaptar la cláusula a las circunstancias reales y garantizar una mayor coherencia en la interacción entre sistemas jurídicos diferentes. La conclusión es que el orden público internacional está experimentando una profunda transformación, especialmente debido al pluralismo metodológico, en particular el método de reconocimiento, y al aumento de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. En todo caso, las diferencias en su aplicación se asientan en una mayor tolerancia, límite que no se encuentra claramente identificado, generando en muchos casos una incertidumbre. Es por ello que podemos afirmar que, pese a los años de evolución, sigue siendo una herramienta ‘en construcción’.

## Referencias bibliográficas

- Adeline, J. (2015). *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne: essai de systématisation*. Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I.
- Aguado, Á. L. (2022). Neutralidad del Derecho Internacional Privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° Extra 2, 293-326.

- Ancel, B. – Lequette, Y. (2006). *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Ed. Dalloz.
- Battifol, H. – Lagarde, P. (1993). *Traité de Droit International Privé*, Tome 1, 8ª edición, Ed. Libraire Generale de Droit et de jurisprudence.
- Bihannic, K. (2017). Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle. Thèse de doctorat, Université Paris I – Pantheon-Sorbonne.
- Boden, D. (2018). Requiem pour l'Inlandsbeziehung. Dans *Revue critique de droit international privé*, (4), 882-898.
- Bucher, A. (2008). La famille en droit international privé". *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 283.
- Calvo Caravaca, A. L. - Carrascosa González, J. (2022). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch.
- Carrascosa González, J. (2008). Orden público internacional y externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 62, (2065), 2351-2378.
- Dreyzin de Klor, A. (2020). El Derecho Internacional Privado y la perspectiva de género: un encuentro impostergable. En A. Kemelmajer de Carlucci – M. Herrera – V. Durán de Kaplan (Dir.), *Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras*, Culzoni Editores, 685-700.
- Espinosa Calabuig, R. (2019). La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, N° 2, 36-57.
- Fernández Arroyo, D. – All, P. M. (2023). Capítulo 1. Disposiciones generales. En Julio C. Rivera – Graciela, Medina (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IX, 2ª edición, Ed. La Ley, 547-594.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2024). El orden público internacional, la flexibilización y los Derechos Humanos en el legado de CIDIP. En All, Paula María – Rodríguez Carrera, Luis (Dir) *CIDIP-OEA: influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Santa Fe, 86-104.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2016). Public Policy: Common Principles in the American States. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 379.
- Gannagé, L. (2009). L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs. *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 205-241.
- Gaudemet-Tallon, H. (2005). Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Cours général). *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 312.
- Hammje, P. (1997). Droits fondamentaux et ordre public. *Revue Critique de Droit International Privé*, Núm. 1, 1-35.

- Hammje, P. (2009). L'ordre public de rattachement. *Travaux du Comité français de droit international privé*, Num. 18, 153-186.
- Iud, C. D. (2013). Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia. *DFyP* 2013 (septiembre), 04/09/2013, 43. Cita Online: AR/DOC/2643/2013.
- Iud, C. – Rubaja, N. (2023). Capítulo 1. Disposiciones generales. En M. Herrera – N. de la Torre (Dir), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Tomo 14, Editores del Sur, 327-377.
- Kinsch, P. (2005). Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 318.
- Kinsch, P. (2015). Quel droit international privé pour une époque néolibérale?. En *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Ed. LGDJ, 377-390.
- Le Cam-Mayou, C. (2013). L'exception d'ordre public international dans l'application de la loi étrangère et la réception des jugements étrangers. Etude comparative en droit français et droit américain. Thèse Master 2, Recherche Droit Europeen Compare, Université Pantheon-Assas.
- Libchaber, R. (1996). L'exception d'ordre public en droit international privé. *L'ordre public à la fin du XX*, Ed. Dalloz,
- Lorenzo Idiarte, G. A. (2020). Los principios del Derecho Internacional Privado con especial referencia al principio de armonización (¿o coordinación?). *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado – RUDIP*, N° 11, 232-261.
- Loussouarn, Y. – Bourel, P. – Vareilles-Sommiers, P. (2013). *Droit international privé*, 10ª edición, Ed. Dalloz.
- Luye, T. (2021). La rarefaction d l'ordre public international. Thèse de doctorat, Université Paris.
- Meyer, P. (2020). La fondamentalisation du droit international privé portant sur les personnes et les relations familiales. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Núm. 53, Disponible en <https://revuedlf.com/droit-international/la-fondamentalisation-du-droit-international-prive-portant-sur-les-personnes-et-les-relations-familiales/>
- Muir Watt, H. (2019). Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 35.
- Muir Watt, H. (2000). Note sous CJCE, 28 mars 2000, Dieter Krombach c./ André Bamberski. *Revue critique de droit international privé* 2000, 489-497.
- Najurieta, M. S. (2025). *Dinámica del Derecho Internacional Privado en la jurisprudencia de los tribunales*, Ed. Tirant lo Blanch.
- Najurieta, M. S. (2016). Principios y caracteres del Derecho Internacional Privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Año 41 (93), 135-162.

- Najurieta, M. S. (1997). Orden público internacional y derechos fundamentales del niño. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, LaLey1997-B, 1436.
- Nishitani, Y. (2019). Identité culturelle en droit international privé de la famille. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 401.
- Noodt Taquela, M. B. (1988). Cuestiones de derecho transitorio en derecho internacional privado en la nueva ley de matrimonio. En II Jornadas Derecho Internacional Privado, Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Disponible en: [https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc960111-noodt\\_taquela-cuestiones\\_derecho\\_transitorio\\_en.htm](https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc960111-noodt_taquela-cuestiones_derecho_transitorio_en.htm)
- Nord, N. (2003). Ordre public et lois de police en Droit International Prive. Thèse de Doctorat, Université Robert Schuman, Strasbourg III.
- Parra-Aranguren, G. (1988). General Course of Private International Law: Selected Problems. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 210.
- Opertti Badán, D. (2013). Reflexiones sobre un tema esencial: derecho internacional privado y derechos humanos". En *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP, Asunción, 63-86.
- Ruiz Sutil, C. (2023). *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Ed. Dykinson.
- Salerno, F. (2018). La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 54 (2), 259-291.
- Salerno, F. (2019). The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 395.
- Staath, C. (2010). La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación de reconocimiento del repudio islámico. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 717-729.
- Strazzari, D. (2016). The ordre public exception as a means to protect fundamental rights, or not? The recognition of repudiations and polygamous unions in France and Belgium. *Legal Pluralism in Europe and the ordre public exception: Normative and Judicial Perspectives*, Ed. Università degli Studi di Trento, 65-81.
- Siew-Guillemain, A. S. (2017). La famille à l'épreuve des droits fondamentaux. Thèse de doctorat, l'Université Cote d'Azur.
- Talice, J. (2020). El rol de los principios en el Derecho Internacional Privado. *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado – RUDIP*, N° 11, 262-277.
- UzaL, M. E. (2023). El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos". *La Ley* 08/08/2023, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/1848/2023.
- Vareilles-Sommières, P. (2015). "L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère". *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 371.

- Vaquero López, C. (2018). Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho Internacional Privado desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10 (1), 439-465.
- Valverde Martínez, M. J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10 (2), 718-731.
- Weller, M. P. (2022). La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, consideration. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 427.

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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

VELOSO GIRIBALDI, NATALIA

Simulación del procedimiento de contratación. Mecanismos de defensa



NATALIA VELOSO GIRIBALDI

Universidad de Montevideo, Uruguay

natalia.veloso@delpiazzo.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5340-2906>

Recibido: 02/07/2025 – Aceptado: 09/07/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**  
Veloso Giribaldi, N. (2025). Simulación del procedimiento de contratación mecanismos de defensa.  
*Revista de Derecho*, 24(47), e4711. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.11>

## Simulación del procedimiento de contratación. Mecanismos de defensa

177

**Palabras claves:** Simulación; Contratación pública; Nulidad.

## Simulation of the contracting procedure. Defense mechanisms

**Keywords:** Simulation; Public contracting; Nullity.

## Simulação do procedimento de contratação. Mecanismos de defesa

**Palavras-chave:** Simulação; Contratos públicos; Nulidade.

## I) La simulación del procedimiento de contratación

### 1. Planteo del tema

La hipótesis que nos proponemos analizar es aquella en la cual la Administración convoca a un procedimiento competitivo para contratar, pero lo hace únicamente en apariencia, sin que exista verdaderamente una competencia entre los oferentes.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales la Administración ya sabe a quién va a adjudicar el contrato, pero simula un procedimiento competitivo a los efectos de evitar impugnaciones. Se trata de un caso distinto a aquel en donde directamente no se hace procedimiento competitivo y se va sin más a la compra directa. En este caso, el procedimiento competitivo existe, pero es simulado.

Decimos que estamos ante una simulación en tanto se produce “un acuerdo o entendimiento entre los simulantes, para producir un acto aparente, ficticio (no real)” y que esa simulación es **relativa**, en cuanto: “el negocio simulado oculta otro negocio, que es real; aquí el paralelo es con la máscara, con la disimulación. La simulación relativa tiene un velo destinado a encubrir otro negocio (negocio disimulado), que frente a los terceros debe aparecer oculto, secreto.” (Gamarra, 1992, pp. 16–17)

Pues bien, en este caso, decimos que la simulación es del procedimiento de compra, porque se simula frente a terceros un procedimiento competitivo cuando lo que en realidad existe es una compra directa. Lo que en apariencia parece ser el cumplimiento del art. 33 del TOCAF que mandata contratar mediante un procedimiento competitivo como regla general, en los hechos es una compra directa de la cual está excluida cualquier competencia.

En este sentido, la existencia de un procedimiento simulado puede apreciarse durante su trámite, pero tal vez donde más frecuentemente queda al descubierto es durante la ejecución del contrato. En efecto, puede suceder que la ejecución se realice en términos distintos a los que resultaron de la oferta ganadora sin que exista una justificación para ello. Esto es, un oferente vence a las demás ofertas con un determinado precio o plazo que resulta muy beneficioso para la Administración. No obstante, a la hora de ejecutar el contrato, se le conceden mejores condiciones que las ofertadas sin que exista una causa justificante para ello. Inclusive, en algunos casos, directamente termina ejecutando el contrato en mejores condiciones que las que ofrecieron otros oferentes que perdieron a manos de lo que únicamente en apariencia era “la oferta más conveniente”.

Dicha situación, genera importantes problemas prácticos porque, en muchos casos, para cuando se constata la simulación, los plazos para impugnar la adjudicación o bien ya están vencidos, o bien ya no tiene objeto presentar recursos pues el contrato ya se ha ejecutado. A ello se adiciona además, el hecho de que el control de la ejecución del contrato por los terceros es muy difícil por falta de información.

Sin embargo, tal como veremos, estos casos no son hipotéticos, sino que se verifican en la práctica y es por ello que se impone pensar en mecanismos de defensa que permitan resistir este tipo de situaciones al momento de su constatación.

## 2. Un caso de simulación<sup>1</sup>

El caso de la empresa que denominaremos “A” se verificó en ocasión de una Licitación Pública para la concesión de la operación de un servicio X. Dicha Licitación fue adjudicada a la empresa que denominaremos “B.”

Sin embargo, la Licitación fue adjudicada en base a una oferta cuyo contenido no se respetó ni al firmarse, ni al ejecutarse el contrato. Por el contrario, el contrato se firmó y se ejecutó en condiciones muy diferentes a las ofertadas sin que haya existido ninguna causa justificante para ello.

En efecto, conforme al Pliego de Condiciones Particulares, los oferentes debían presentar una oferta técnica para la Región 1 (Zona de mayor interés) y otra para la Región 2 (zona menos atractiva). Asimismo, también debían presentar una oferta económica para ambas regiones.

La oferta técnica, tenía en cuenta aspectos tales como los antecedentes y experiencia del oferente, su capacidad técnica, su infraestructura y equipo, la idoneidad del personal propuesto y la calidad del servicio. En ambos casos, la empresa A obtuvo el mejor puntaje en esta área.

Por otra parte, la oferta económica sería evaluada en función del plazo que cada oferente ofreciera para la concesión, ya que conforme con el Pliego, el plazo de concesión sería una variable de selección de las ofertas. Concretamente, el Pliego de Condiciones establecía que: “Para la evaluación de la oferta Económica se asignará el puntaje cien (100) a la oferta que contenga el menor plazo de concesión. Los puntajes de las demás ofertas se obtendrán por regla de proporcionalidad inversa a partir de dicho valor”.

En función de ello, las partes intentaron ofertar el menor plazo posible para cada una de las regiones, ya que -tal como estaba formulado el Pliego – de ello dependería la suerte de la Licitación. En efecto, a menor plazo ofertado, mayor beneficio para la Administración en tanto más rápido podría hacerse nuevamente del servicio. No obstante, a menor plazo ofertado, menor beneficio y mayor riesgo para los oferentes ya que las inversiones a realizar y la estructura de costos debían amortizarse en menos plazo.

Así planteadas las reglas, para la Región 1 (la más rentable) la empresa B ofertó un plazo de 4 años y 11 meses contra 8 años que ofertó A. En consecuencia, B obtuvo 100 puntos mientras que A obtuvo un puntaje de 61,5. Por su parte, para la Región 2 (la menos rentable), B ofertó un plazo de 11 años y 11 meses mientras que A, ofertó un plazo de 8 años, obteniéndose un puntaje de A de 100 puntos contra 67,1 de B.

En consecuencia, si bien A había obtenido mayor puntaje en ambas ofertas técnicas, se recomendó adjudicar la Región 1 a B ya que ésta había presentado un plazo muy menor al presentado por A y por tanto, había obtenido un puntaje de 100 puntos. Por otra parte, se recomendó adjudicar la Región 2 a B.

En ese momento, la empresa B ya advirtió a las autoridades que **no era viable desde el punto de vista económico el plazo ofertado por la empresa B** en tanto no era posible

<sup>1</sup> El caso que se relata en este apartado es real y sus hechos son reseñados exactamente como sucedieron. No obstante, en tanto se realiza la apreciación jurídica de que el procedimiento competitivo fue simulado, entendemos conveniente mantener a resguardo la identidad de la Administración licitante y de las empresas oferentes.

amortizar las inversiones que se requerían en un plazo tan corto. Asimismo, se señaló que la explotación de la Región 2 sin la Región 1 (la de mayor rentabilidad) hacía inviable la ejecución del contrato desde el punto de vista económico.

Sin embargo, dichas advertencias fueron desoídas por la Administración, razón por la cual, A se vio obligada a retirar su oferta antes de ser adjudicada únicamente por la Región 2, lo cual separado de la Región 1, significaba ejecutar todo el contrato a pérdida durante 8 años.

Sin perjuicio de ello, A presentó recursos administrativos y una posterior acción de nulidad contra el acto de adjudicación de la Región 1 señalando que dicha adjudicación era ilegítima en tanto se había adjudicado a una oferta que era **inviable** desde el punto de vista económico y que, por tanto, de ninguna forma podía considerarse la más conveniente. Nuevamente fue desoída.

Sabiendo de la imposibilidad económica de que el contrato se terminara ejecutando conforme a los términos en que se había resuelto la licitación, la empresa A decidió dar seguimiento a la ejecución del contrato. Y si bien trató en varias ocasiones de hacerse del contrato firmado entre B y el Estado, el mismo le fue denegado en varias oportunidades. Sin embargo, finalmente la empresa A logró acceder a una copia del contrato advirtiéndole que la adjudicación realizada a la empresa B de la Región 1 **no fue hecha por el plazo ofertado de 4 años y 11 meses (con el que ganó la licitación), sino por un plazo de 8 años (con el que A la perdió)**. Quiere decir, que B resultó adjudicada por obtener 100 puntos por ofertar un plazo de 4 años y 11 meses, pero luego, fue adjudicada por 8 años (el mismo plazo con el que casualmente perdió A).

De inmediato, dicha circunstancia fue denunciada como **hecho nuevo** al Tribunal de lo Contencioso Administrativo (donde se estaba tramitando la nulidad de la adjudicación), agregándose copia del Contrato celebrado con B en condiciones totalmente desajustadas a las previstas en el Pliego y a la Oferta de B.

Sin embargo, dicho extremo no fue considerado por la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que no ingresó al fondo del asunto en tanto entendió que la empresa A había perdido legitimación activa en la causa en tanto había retirado su oferta.

Tal como puede apreciarse, estamos frente a un caso en el cual las condiciones de contratación fueron (desde el inicio) diferentes a las ofertadas y a pesar de haberse probado fehacientemente dicho extremo, la acción de nulidad no permitió darle solución a este caso. Adviértase que no se trata de un caso en donde, luego de varios meses o años de ejecución del contrato, fue necesario renegociar las condiciones del mismo. Sino que se trata de un caso en que, desde el inicio, el contrato se firmó en condiciones completamente distintas a las que le permitieron a la empresa adjudicada ganar la licitación.

Por otra parte, si bien en este caso concreto el Tribunal decidió ingresar al fondo del asunto por un tema formal, en otros casos también podrían plantearse otras dificultades como que a la hora de fallar el contrato ya esté ejecutado o que la simulación se constate cuando la acción de nulidad ya está terminada.

Es por ello que se impone pensar en cuáles serían los medios de defensa más eficaces para aquel oferente que detecta que ha participado en un procedimiento simulado y que,



en consecuencia, ha perdido la oportunidad de contratar con el Estado a manos de otra oferta que únicamente en apariencia era “más conveniente” que la suya.

## II) Remedios frente a la simulación del procedimiento

En caso de simulación de un procedimiento competitivo de contratación con el Estado, el damnificado encuentra dos remedios principales: a) la acción de reparación para obtener una indemnización por los daños causados y b) la solicitud de declaración de nulidad absoluta de los contratos. Al desarrollo de ambas opciones se dedicarán los siguientes apartados.

### 1. Acción de reparación ante la Justicia ordinaria

La pregunta que nos haremos en este apartado es si es posible iniciar una acción reparatoria mediante la cual se solicite al Juez competente que repare los daños generados a aquel oferente que se presentó a la licitación y fue defraudado en su buena fe al participar en un procedimiento que en realidad era simulado.

El tema plantea varias dificultades que iremos analizando paso a paso a los efectos de esclarecer: a) si la simulación del procedimiento competitivo aparece falta de servicio; b) si el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica del procedimiento administrativo, el acto de adjudicación y el contrato; c) si el oferente perjudicado tiene legitimación para reclamar y en caso afirmativo, y d) qué daños estaría habilitado a reclamar. Al análisis de tales cuestiones dedicaremos los apartados siguientes.

181

#### 1.1 La simulación del procedimiento constituye “falta de servicio”

De acuerdo al art. 24 de la Constitución uruguaya: “El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección”.

En doctrina existe consenso acerca de que la expresión “servicio público” está usada en un sentido amplio que hace aplicable el precepto a todos los daños ocasionados por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa (Sayagués Laso, 2010, p. 658; Martins, s.f., p. 263; Deus, s.f., p. 35; Prat, 1978, p. 60; Korzeniak, 1971, p. 11 y ss.). En consecuencia, la responsabilidad de cualquier Administración frente al damnificado es directa, obligándola a indemnizar pecuniariamente tanto por los actos como por los hechos y omisiones que ocasionaren perjuicio.

Al respecto, existen divergencias de opinión acerca de si el criterio de imputación de dicha responsabilidad debe responder a pautas objetivas (Jiménez de Aréchaga, 1988, p. 314; Deus, s.f., p. 31 y ss.; Peirano Facio, s.f., p. 72 y ss.; Prat, 1978, p. 71; Brito, 1996, p. 129 y ss.; Cassinelli Muñoz, s.f., pp. 323–324; Risso Ferrand, 1998, p. 38 y ss.; Berro, 1992, p. 89 y ss.; Vázquez, 1995, p. 32 y ss.) o a pautas subjetivas (Martins, s.f., p. 267).

Desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, sostienen los partidarios de esa doctrina que, la responsabilidad del Estado “no es de carácter objetivo, como se

ha enseñado, sino basada en la responsabilidad derivada directamente de la falta del servicio (por haber éste funcionado mal, tardíamente o por no haber funcionado) e indirectamente de la falta personal de sus funcionarios, ya sea por violación de una regla de derecho (ilegalidad en sentido lato) o por culpa proveniente de negligencias, errores, omisiones, retardos y desde luego, dolo y culpa grave” (Martins, s.f., p. 267). Adicionalmente se ha dicho que, “el criterio básico más adecuado para determinar cuándo surge responsabilidad de la Administración, es el de la falta de servicio. Si el servicio no funcionó, si funcionó con demora o si funcionó irregularmente, deriva responsabilidad. En el mal funcionamiento del servicio quedan comprendidos los casos de culpa personal del funcionario, porque es evidente que en tales casos el servicio no funcionó como era debido” (Sayagués Laso, 2010, pp. 660–661).

Siguiendo esta línea, la doctrina sostiene que para que se configure responsabilidad del Estado es necesario la existencia de los siguientes elementos: a) daño; b) que dicho daño haya sido causado a terceros; c) que sea consecuencia de actos o hechos imputables al Estado; d) que exista entre ambos nexo causal; e) que los daños se hayan producido en la ejecución de los servicios públicos; f) que dichos servicios estuvieran confiados a la gestión o dirección del Estado y g) que los actos o hechos sean ilícitos o deriven de la culpa o dolo del servicio o del funcionario (Martins, s.f., p. 267).

En el caso de la simulación de un procedimiento competitivo, en que la competencia es únicamente aparente pero ya existe una intención deliberada de adjudicarle a un oferente en forma directa, entendemos que se verifican todos los elementos analizados por la doctrina y la jurisprudencia para que se configure la falta de servicio.

*En primer lugar*, existe un **daño** en tanto es indudable que el oferente que se presenta de buena fe al procedimiento competitivo pierde la chance de competir y de esta forma, de obtener el contrato. En efecto, no puede decirse que de no haberse simulado el procedimiento habría obtenido el contrato, pero sí puede afirmarse que perdió la chance de competir y obtenerlo y que eso configura, tal como veremos más adelante, un daño cuantificable e indemnizable por pérdida de chance.

*En segundo lugar*, dicho daño es **causado a terceros** en tanto el oferente damnificado es ajeno al acuerdo simulatorio y comparece de buena fe pensando que lo que va a llevarse adelante es efectivamente un procedimiento competitivo para la contratación con el Estado.

*En tercer lugar*, el daño es consecuencia de **actos o hechos imputables al Estado** porque el mismo deviene, no solo de la conducta estatal durante el procedimiento competitivo y la posterior adjudicación, sino también de los hechos y conductas acaecidas durante la ejecución del contrato, que es donde muchas veces se manifiesta la intención espuria del Estado.

*En cuarto lugar*, existe **nexo causal** entre los actos o hechos imputables al Estado y el daño en cuanto la pérdida de chance del oferente de buena fe es consecuencia directa de no haber tenido la oportunidad de competir como consecuencia del acuerdo simulatorio.

*En quinto lugar*, los daños fueron producidos en la ejecución de los **servicios públicos** confiados a la gestión o dirección del Estado dado que, como ya se ha dicho, servicio público es interpretado en sentido amplio comprendiendo a todos los daños ocasionados

por sujetos de Derecho público en el ejercicio de la función administrativa (Sayagués Laso, 2010, p. 658; Martins, s.f., p. 263; Deus, s.f., p. 35; Prat, 1978, p. 60; Korzeniak, 1971, pp. 11 y ss.). En consecuencia, en tanto el Estado cuando llama a un procedimiento competitivo para contratar lo hace en ejercicio de función administrativa y para el cumplimiento de sus cometidos, no puede caber duda de que, al simular un procedimiento, el daño lo genera en ocasión de la ejecución de dichos servicios.

*En sexto lugar, los actos o hechos son ilícitos* porque contrarían lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF conforme con el cual “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

En efecto, la Administración no puede contratar de cualquier manera, sino que está mandatada a hacerlo bajo la regla general (Delpiazzi, 1999, p. 121) que establece el art. 33 del TOCAF que no es otra más que la de la Licitación u otro procedimiento competitivo.

En consecuencia, cuando se simula un procedimiento competitivo, se violenta dicha norma que obviamente tiene como finalidad que la Administración se beneficie de una competencia **real** y no de una simulada. Es por ello, que aun cuando en apariencia el procedimiento se haya llevado adelante en todas sus etapas, a los efectos del Derecho el procedimiento podrá considerarse inexistente y por tanto, violatorio del art. 33 del TOCAF.

*En séptimo lugar, la simulación del procedimiento de contratación también implica culpa o dolo* de los funcionarios actuantes que no valoran debidamente las ofertas o deliberadamente aceptan la contratación en términos diferentes a los ofertados o que permiten una ejecución apartada de lo originariamente ofertado.

En consecuencia, la existencia de un procedimiento competitivo simulado supone falta de servicio en los términos del art. 24 de la Constitución, cumpliéndose con todos los extremos requeridos por la doctrina y la jurisprudencia para la configuración de la responsabilidad civil del Estado.

## 1.2 Competencia del Juez ordinario

Habiendo despejado la existencia de falta de servicio, corresponde ahora analizar si el Juez ordinario tiene competencia para ingresar al estudio de una demanda reparatoria por violación del art. 33 del TOCAF y por ende, para analizar la legitimidad de un procedimiento competitivo, del acto administrativo de adjudicación y la posterior ejecución del contrato.

Entendemos que el punto no plantea mayores problemas cuando se trata de analizar la ejecución de un contrato administrativo, extremo para el cual nadie discute que el Juez ordinario tiene competencia. No obstante, se han manifestado divergencias en cuanto a si la competencia para analizar la validez de un procedimiento y el posterior acto de adjudicación, no es competencia exclusiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, compartimos la posición adoptada por la mayoría de la doctrina nacional conforme entiende que el juez ordinario tiene plena potestad para analizar

en cada caso la legitimidad de un acto administrativo<sup>2</sup>. En este sentido, con meridiana claridad SAYAGUÉS señalaba que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo “tiene competencia exclusiva para la anulación de los actos administrativos y en ese aspecto excluye absolutamente la actuación del Poder Judicial; pero no tiene competencia para juzgar a otros efectos la regularidad jurídica de los actos administrativos, en cuyo plano se mantiene la competencia del Poder Judicial” (Sayagués Laso, 2010, p. 555).

En el mismo sentido, se ha pronunciado recientemente nuestro máximo órgano jurisdiccional sosteniendo que: “la justicia ordinaria tiene competencia para examinar la legitimidad del acto administrativo”<sup>3</sup>.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad de plantear la legalidad de una decisión administrativa por vía de acción, nuestra doctrina también se ha pronunciado sosteniendo que: “entendemos que la cuestión de la legalidad de una decisión administrativa podría plantearse por vía de acción, en algunos casos, tal como sucede cuando se reclama una reparación por los daños causados por un acto ilegítimo o cuando se pretende su desaplicación -por manifiesta ilegitimidad -mediante una acción de amparo”<sup>4</sup>.

En la misma línea, se ha sostenido que: “el Poder Judicial puede y debe analizar la legalidad de los actos administrativos en materia de reparatoria patrimonial que es el proceso que nos ocupa. Claramente el objeto del proceso de los juicios que se promueven ante el Poder Judicial y ante el TCA son diferentes, lo que el Estado no puede desconocer. Aquí se pretende responsabilizar al Estado desde el punto de vista civil, no se está pidiendo que se anulen los actos administrativos ilegítimos, sino que se pide que se repare el perjuicio económico ocasionado por un actuar ilegítimo del Estado”<sup>5</sup>.

En función de lo anterior, puede concluirse sin mayores problemas que en el marco del proceso reparatorio, el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica de lo actuado en el procedimiento competitivo, para analizar el ajuste a Derecho del acto administrativo de adjudicación y para analizar, asimismo, si la ejecución del contrato administrativo se ha apartado o no de lo ofertado y/o pactado al cabo del procedimiento de contratación.

2 Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “Competencia del Poder Judicial para Conocer de la Validez de un Acto Administrativo como Premisa del Fallo” en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 71, Montevideo, pág. 94; Aparicio MENDEZ - “Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo”, Montevideo, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo, 1952, pág. 77; Héctor GIORGI - “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pág. 83; Gabriel OHANIAN - “Juez y Acto Administrativo”, en Revista Judicatura No. 44, mayo, 2006, Montevideo, IMPO, 2006, pág. 309; Enrique SAYAGUÉS LASO - “Tratado de Derecho Administrativo”, F.C.U., Montevideo, 2010, 9ª Edición, Tomo II, pág. 555; Augusto DURAN MARTINEZ - “Contratos administrativos, Vicios y Juez Competente para Juzgarlos. El Caso Caravana”, en “Casos de Derecho Administrativo” Ingrausi, Montevideo, 1999, Vol. I, pág. 68; Juan Pablo CAJARVILLE - “Sobre Derecho Administrativo”, F.C.U., 2007, Tomo II, pág. 606; Daniel OCHS - “La Acción de Amparo”, FCU, Montevideo, 2001, pág. 69; Marcelo LABORDE GOÑI - “El principio de buena fe como rector del Ejercicio de la Función Pública” en Revista de Derecho Público, F.C.U., 2016, Año 25, Número 50, diciembre de 2016, pág. 67 y GUITIÉRREZ, Adrián - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>.

3 Sentencia de la SCJ N° 180/2015 de 5 de junio de 2015.

4 Adrián GUITIÉRREZ - “Potestades de Juez sobre el acto administrativo” en <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>

5 Sentencia N° 140/2017 de 27 de octubre de 2017 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno.

### 1.3 Legitimación del oferente damnificado

Otro tema que podría plantearse es si el oferente damnificado por la simulación tendría o no legitimación activa para reclamar por los daños que le generara la omisión de llamar a un verdadero procedimiento competitivo.

En efecto, cuando SAYAGUÉS analizó la posibilidad de que un tercero reclame daños y perjuicios por el incumplimiento del deber de llamar a un procedimiento competitivo (art. 33 del TOCAF), llegó a la conclusión de que los terceros no pueden “entablar una reclamación judicial de daños y perjuicios por la lesión de derechos, porque no existe violación alguna de sus derechos subjetivos: han sido afectados solamente en sus intereses, en sus perspectivas de ganar la licitación” (Sayagués Laso, 2004, p. 61).

Sin embargo, no compartimos dicha solución en tanto nadie discute que el oferente damnificado por la simulación no tiene un derecho subjetivo a ser adjudicado. No obstante, a lo que sí tiene derecho es a que -en los casos en que así lo determina la ley- se convoque a un procedimiento competitivo real y no simulado para contratar con el Estado. No tiene derecho a ser adjudicado pero sí tiene derecho a tener una oportunidad real de competir por ello.

Es que, en el caso de la acción reparatoria de un oferente damnificado por un procedimiento competitivo simulado, este no reclama por la violación de un derecho a ser adjudicado, sino porque se le ha privado ilegítimamente de su derecho a competir en un procedimiento tendiente a determinar cuál era la oferta más conveniente.

En este sentido, el oferente damnificado por la simulación tiene una situación jurídica protegida que lo habilita a una reclamación patrimonial y la norma que le confiere dicha legitimación, no es otra más que el propio art. 33 del TOCAF. Ello es así en tanto el artículo 33 del TOCAF no persigue únicamente el beneficio de la Administración, sino que también supone una garantía genérica para los oferentes de poder competir en igualdad de condiciones para resultar adjudicados (Veloso Giribaldi, 2018, pp. 111–134).

En respaldo de dicha afirmación, pueden traerse a colación los desarrollos realizados por la doctrina para analizar la validez del contrato al que se llega incumpliendo el requisito de convocar a Licitación. En dichos desarrollos, se analiza el fundamento mismo de la exigencia de Licitación. Así, para algunos autores la licitación sería una formalidad dispuesta en exclusivo beneficio del Estado y entonces éste sería el único legitimado para reclamar la nulidad derivada de su incumplimiento (Sayagués Laso, 2004, p. 60). Sin embargo, para otros autores, entre los que se encuentra SAYAGUÉS, el requisito de la Licitación pública está impuesto por razones de **interés público** como por ejemplo, asegurar la transparencia y honestidad en las contrataciones, por lo que “su omisión vicia totalmente el acto administrativo y apareja su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por los terceros y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esa clase de acciones.” (Sayagués Laso, 2004, p. 60).

Es por ello que, cuando se violenta la exigencia establecida en el art. 33 del TOCAF, el Estado no solo actúa en contra de su propio interés, sino que, además, actúa en contra del interés público y de forma **ilícita** lesionando una situación jurídica subjetiva del oferente protegida por el ordenamiento. Esta ilicitud frente al oferente de buena fe, se



presenta tanto si se adhiere a la posición imperativista como a la valorativista sobre la noción de ilicitud (Caffera & Mantero Mauri, 2016, pp. 54 y ss.).

En consecuencia, el oferente damnificado por la simulación tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de ser adjudicado. Dicha legitimación, proviene del propio art. 33 del TOCAF que, no solo protege al Estado, sino también al oferente damnificado. Asimismo, para proteger este tipo de daño, es que nuestra doctrina y jurisprudencia admiten el reclamo por la “pérdida de chance” que protege justamente, situaciones como esta.

#### 1.4 El oferente sufre un daño consistente en la “pérdida de chance” de participar y resultar adjudicado en un verdadero procedimiento competitivo

La principal dificultad que plantea la cuestión bajo análisis es cómo cuantificar el daño consistente en la pérdida de chance de haber resultado adjudicado. Esto es, cómo hace el oferente damnificado por la simulación para demostrar que efectivamente tenía chance de ganar el procedimiento competitivo y cómo cuantifica esa chance.

Como enseña Gamarra, la pérdida de la chance consiste en la “pérdida de la probabilidad de ganar algo, normalmente la situación futura que con la pérdida de la chance deviene imposible (impidiendo definitivamente su verificación) significa una ventaja o un beneficio para el damnificado” (Gamarra, s.f., p. 115).

En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que “el daño resarcible consiste en la pérdida de la “chance” y no en la pérdida de la ventaja esperada o situación terminal” (Gamarra, s.f., p. 116) por lo que la reparación consistirá en una fracción de la ganancia esperada, cuantificada en función de la importancia de la chance (Gamarra, s.f., p. 118).

En este caso, es claro que el daño no es la pérdida del monto adjudicado ilícitamente, sino que el daño es la pérdida de la chance de haber podido obtener las ganancias derivadas de esa contratación.

Para ello, será necesario probar que el actor tenía una chance de resultar adjudicado. A modo de ejemplo, podría probarse que el oferente de buena fe estaba inscripto en el Registro Único de Proveedores del Estado, que giraba en el ramo contratado, que tenía capacidad de hacer frente a la demanda de productos o servicios contratados por el Estado, que tenía antecedentes de haber participado y/o resultado adjudicado en procesos competitivos similares anteriores, etc.

Por otra parte, para la determinación del valor de la chance, la doctrina ha establecido principios rectores que permiten determinar su valor. El primero de los principios reza que “la probabilidad es mayor cuando más próximo se encuentra el evento dañoso de la situación terminal de ganancia esperada” y el segundo que “cuanto mayores son las contingencias, menor es el valor de la “chance” perdida” (Gamarra, s.f., p. 120-121).

En cuanto a la forma de **liquidación de la pérdida de chance** la doctrina ha establecido que la operación está enmarcada por dos principios: 1º) la indemnización no puede consistir nunca en la totalidad de la ganancia esperada sino en una fracción de la misma y 2º) la fracción total que corresponde indemnizar se mide sobre el valor de la chance, según



el cálculo de probabilidades y circunstancias particulares del caso. Cuanto más fuerte es la probabilidad y mayores las posibilidades de éxito más cerca estará la reparación de la indemnización que hubiera correspondido otorgar en el caso hipotético de que se hubiera verificado la ventaja esperada (Gamarra, s.f., p. 121 y 123).

En estos casos, no es posible asegurar que un oferente iba a resultar adjudicado, no obstante, podrá demostrarse que, dada su estructura económica, su competitividad, etc., el mismo estaba en condiciones de ofertar un precio competitivo (Velooso Giribaldi, 2018, p. 111 y ss.).

Sin perjuicio de ello, la liquidación de la chance dependerá en gran medida del caso concreto ya que podría suceder, que únicamente se presentaran dos oferentes o como sucedió en el caso relatado anteriormente, que el contrato se haya ejecutado conforme al plazo o precio ofertado por la empresa perdidosa.

En definitiva, entendemos que el oferente damnificado por el procedimiento simulado reclamará por la pérdida de chance de haber podido competir y obtener el contrato ilegítimamente adjudicado, debiendo probar en cada caso la existencia real de dicha chance y las razones justificantes de la cuantía reclamada.

## 2. Declaración de nulidad de los contratos

El remedio de la reparación por los daños y perjuicios ocasionados por la simulación del procedimiento competitivo, hace a la indemnización económica del oferente damnificado. No obstante, también podría suceder que al damnificado no le alcance o no le sirva una indemnización, sino que además pretenda o necesite la anulación de los contratos celebrados ilegítimamente al cabo de un procedimiento competitivo simulado.

Tal como se dirá seguidamente, entendemos que el oferente damnificado por la simulación, no solo puede reclamar ante la Justicia ordinaria una reparación por los daños y perjuicios sufridos, sino que además y de forma conjunta también podría llegar a reclamar la nulidad del contrato alcanzado al cabo de una simulación.

### 2.1 El art. 33 del TOCAF es una norma prohibitiva

Lo primero que debe señalarse en materia de contrataciones administrativas es que el art. 33 le da una pauta clara a la Administración acerca de cómo debe contratar. En efecto, dicha norma establece que: “Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

Quiere decir, que el art. 33 establece una regla general (el procedimiento competitivo) y luego establece una serie de excepciones a esa misma regla por razones cuantitativas y cualitativas.

Sin embargo, la norma no termina allí, sino que contiene en su inciso final una disposición sumamente importante conforme a la cual dispone que: “Las contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8 del Código Civil)”.

Dicho inciso final es de fundamental importancia en tanto califica al artículo 33 del TOCAF como una **norma prohibitiva** y ello es así, en tanto remite de forma expresa al artículo 8 del Título Preliminar de las Leyes del Código Civil conforme con el cual: “La renuncia general de las leyes no surtirá efecto. Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”.

Es decir, que el artículo 33 del TOCAF es calificado por la propia ley como una norma prohibitiva y ello se infiere de la remisión expresa al art. 8 del CC. Esto es, que el art. 33 del TOCAF prohíbe contratar en violación a la regla general de los procedimientos competitivos, salvo las excepciones que enumera seguidamente. Por lo que, si alguien contraviene dicho mandato, violenta una norma prohibitiva y la consecuencia, no podrá ser otra más que la dispuesta por el art. 8 en su parte final, esto es, la nulidad, que tal como veremos en los apartados siguientes, además, es absoluta.

## 2.2 La contravención del art. 33 del TOCAF apareja nulidad absoluta del contrato

La contravención del art. 33 del TOCAF apareja nulidad, en tanto así lo dice expresamente el art. 8 al que remite el propio art. 33 en su inciso final. No obstante, para saber si la nulidad que apareja dicha violación es absoluta o relativa, habrá que estar a lo que establece el resto del Código Civil.

Como cuestión preliminar, cabe señalar que no corresponde aquí trasladar la discusión acerca de si pueden ser aplicadas o no al derecho administrativo las normas sobre nulidades del Derecho Civil (Gordillo, 1999, p. XI-4; Garrido Falla, 1989, p. 415; Delpiazzo, 2021, p. 109). Ello es así en tanto el art. 33 del TOCAF remite expresamente al art. 8 de dicho cuerpo normativo y éste a su vez, como veremos seguidamente, se integra con los demás artículos de dicho Código que definen las consecuencias de violentar una norma prohibitiva. En consecuencia, cuando se trata de una violación al art. 33 del TOCAF, entendemos que no cabe discusión alguna en cuanto a que resultan aplicables las normas del Código Civil en materia de nulidad.

Por otra parte, para distinguir si en el caso del art. 8 estamos ante una nulidad absoluta o relativa es imprescindible acudir al art. 1560 del Código Civil que dispone que: “La nulidad producida por un **objeto o causa ilícita** y la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, son *nulidades absolutas*. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas *absolutamente* incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa* y da derecho a la anulación del acto o contrato” (destacado nuestro).

A su vez, para saber cuándo hay **objeto ilícito** debemos acudir al art. 1284 inc. 2 del Código Civil conforme con el cual: “*Es moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público*”.

En la misma línea, para definir cuándo hay **causa ilícita** debemos acudir al art. 1288 del mismo Código que dispone que: “La obligación y por consiguiente el contrato que se funda en una causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. **La causa es ilícita**

**cuando es prohibida por la ley** o contraria a las buenas costumbres o al orden público” (destacado nuestro).

Es por la inteligencia de dichos artículos, que un contrato que se celebra en violación de una norma prohibitiva no puede surtir ningún efecto en tanto deviene absolutamente nulo por contener un objeto y una causa ilícita. En consecuencia, cuando un contrato se celebra en violación del art. 33 del TOCAF, como norma prohibitiva que es, no puede ser calificado sino como absolutamente nulo, en función de la inteligencia del propio art. 33 inciso final y de los arts. 8, 1560, 1284 y 1288 del Código Civil.

A la misma conclusión se llega a partir del análisis del art. 1286 del Código Civil conforme con el cual: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Oriental”*. Como bien señala CAFFERA, dicho artículo indica que: *“las normas de derecho público no pueden ser contrariadas por el objeto del contrato”* (Caffera, 2018, p. 277). Pues bien, no cabe duda alguna de que el art. 33 del TOCAF es Derecho Público, por lo que su vulneración aparejará objeto ilícito y conforme al 1560 del Código Civil, nulidad absoluta.

Sin perjuicio de todo lo anterior, alguien podría llegar a sostener que la nulidad prevista en el inciso final del art. 33 del TOCAF alcanzaría únicamente al procedimiento y al acto de adjudicación, pero no así al contrato. Sin embargo, difícilmente pueda sostenerse esto en tanto dicha norma es clara en cuanto a que lo que será nulo serán *“Las contrataciones que contravengan esta disposición”* (destacado nuestro).

Como puede apreciarse, la ley, para atribuir la consecuencia de la nulidad absoluta, no distinguió entre el procedimiento, el acto de adjudicación o el contrato, sino que dispuso un giro mucho más amplio como son *“las contrataciones”* cuyo sentido natural abarca, no solo al procedimiento y al acto de adjudicación, sino también al contrato. En consecuencia, donde no ha distinguido el legislador, no debería distinguir el intérprete quedando comprendida toda la contratación, incluyendo, el contrato.

Por otra parte, en tanto estamos hablando de la posibilidad de solicitar ante la justicia ordinaria la declaración de la nulidad absoluta del contrato que es celebrado en contravención del art. 33 del TOCAF, resulta relevante **deslindar desde ya** este tema de la vieja discusión jurídica en torno a si la declaración de nulidad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del acto de adjudicación acarrea o no la nulidad del contrato (Cajarville Peluffo, 2008, p. 117; Durán Martínez, 2015, p. 40; Delpiazzo, 2006, p. 65 y ss.). En efecto, una cosa es si puedo pedir la nulidad del contrato en Sede judicial por contravenir el art. 33 del TOCAF y otra muy distinta es si la nulidad del acto de adjudicación recaída en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo alcanza o no al contrato. **Son dos discusiones diferentes.** En efecto, nadie discute que los contratos no son procesables ante el TCA, ni tampoco estamos discutiendo si la sentencia que declara la nulidad de la adjudicación hace caer también al contrato. Lo que se analiza en este apartado es si la nulidad absoluta prevista por el inciso final del art. 33 del TOCAF alcanza o no al contrato y si la misma puede ser reclamada ante el Poder Judicial (no ante el TCA). Y entendemos que la respuesta es afirmativa en tanto dicho inciso ha resuelto la cuestión expresamente disponiendo que la contravención de dicha norma aparejará la nulidad absoluta de *“las contrataciones”*, giro que, a nuestro criterio, incluye al contrato. Por lo que el hecho de que exista una teoría doctrinaria que sostiene que la anulación por parte del TCA del acto de adjudicación no afecta al contrato, no sirve como argumento para sostener que no pueda solicitarse ante el Poder Judicial (no ante el TCA) la nulidad de los contratos con fundamento en el art. 33 inciso final del TOCAF.

Hecha esta precisión, corresponde señalar que, al aplicarse el régimen del Código Civil sobre nulidades, el contrato que es celebrado en violación al art. 33 del TOCAF será nulo absolutamente sin necesidad de impugnación o pronunciamiento judicial, que, en caso de producirse, únicamente tendrá efectos declarativos. Dicha nulidad absoluta tendrá, además, efectos erga omnes y determinará el carácter insubsanable de la misma (Gamarra, 1974, p. 131 y ss; Peirano Facio, 1957, p. 321 y ss.).

Es por ello que, si logra probarse que el proceso licitatorio fue simulado, que no existió una competencia real o que el contrato deliberadamente terminó ejecutándose o suscribiéndose en forma completamente disímil a lo ventilado en el procedimiento competitivo sin que exista una causa justificante para ello, entonces podemos decir que se violó lo dispuesto por el art. 33 del TOCAF y que, como consecuencia, el contrato celebrado es absolutamente nulo en función de la inteligencia del art. 33 inciso final del TOCAF y los arts. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil.

Si bien la prueba de la simulación siempre es difícil, existen casos, como el que se ha comentado más adelante, en que existen recaudos probatorios contundentes que demuestran que el procedimiento competitivo únicamente se simuló y que, en consecuencia, se violó el art. 33 del TOCAF obteniéndose un contrato absolutamente nulo.

Adviértase al respecto, que dicha nulidad podría poner en un problema, no solo a la Administración, sino también al co-contratista que estaría brindando prestaciones sin contrato. Ello por no ingresar en el daño a terceros, a los cuales a modo de ejemplo, se les podría haber solicitado financiamiento o garantías, en base a un contrato inexistente.

En definitiva, puede concluirse que cuando el procedimiento de contratación es simulado y logra probarse dicho extremo, entonces habrá una contravención del art. 33 del TOCAF y la consecuencia no será otra más que la nulidad absoluta del contrato en función de lo dispuesto por los art. 33 inciso final del TOCAF y los art. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil.

### 2.3 Legitimación del oferente damnificado para reclamar la nulidad de los contratos ante la Justicia ordinaria

Corresponde preguntarnos ahora si el tercero damnificado por el contrato alcanzado en contravención del art. 33 del TOCAF tiene legitimación activa para reclamar ante la Justicia ordinaria que se declare la nulidad del mismo. La cuestión se plantea, en cuanto dicho damnificado no es parte del contrato cuya declaración de nulidad se solicita.

Para resolver dicha interrogante, toma especial interés la calificación de la nulidad como absoluta hecha en el apartado anterior, en tanto, tratándose de un contrato absolutamente nulo, podrá ser reclamada por cualquiera que tenga interés en ello.

En efecto, el art. 1561 del Código Civil dispone que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez de oficio, cuando aparece de manifiesto; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, asimismo, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley, y no puede subsanarse”.

Quiere decir que, aunque el oferente damnificado sea un tercero respecto de los contratos alcanzados al cabo del procedimiento simulado, igualmente podrá solicitar

su nulidad ante la justicia ordinaria siempre y cuando invoque su interés en función de lo dispuesto por el art. 1561 del CC.

## 2.4 El problema de la prejudicialidad

Otro problema que podría plantearse es si es necesario impugnar el acto de adjudicación mediante recursos administrativos para poder acudir a la Justicia ordinaria a reclamar la declaración de la nulidad de los contratos<sup>6</sup>. Dicho de otra forma, si el hecho de no haber impugnado el acto administrativo de adjudicación mediante recursos administrativos inhibe la posibilidad de luego, presentarse ante la Justicia ordinaria a solicitar su anulación.

Sobre el particular, entendemos que la respuesta negativa se impone en tanto el haber consentido el acto administrativo de adjudicación de ninguna forma inhibe luego la competencia del Juez para apreciar la nulidad absoluta de los contratos. En efecto, el art. 1561 dice expresamente que “La nulidad absoluta **puede y debe** ser declarada por el Juez de oficio” sin condicionarla a ningún accionamiento anterior (destacado nuestro).

Por otro lado, debe advertirse que la tesis de la prejudicialidad (conforme con la cual debe impugnarse el acto administrativo para poder acudir directamente a la acción reparatoria) justamente **está pensada para un reclamo reparatorio y no para una acción de solicitud de declaración de nulidad de los contratos**. Ello es así, en tanto el art. 312, sobre el que se construye dicha posición doctrinaria, prevé una opción entre la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la acción reparatoria ante los Juzgados ordinarios con competencia en lo contencioso administrativo. Sin embargo, la solicitud de declaración de nulidad de los contratos **no es una acción de reparación**.

Es por ello, que entendemos que no podría descartarse una demanda de declaración de nulidad de contratos administrativos por no haberse recurrido el acto administrativo de adjudicación de los mismos. En efecto, dicha exigencia sería incompatible con el hecho de que muchas veces los vicios de nulidad se advierten transcurridos los plazos para interponer recursos administrativos. Lo contrario, significaría sostener que una vez firme el acto de adjudicación, el contrato ya no podría ser atacado, aunque la nulidad fuera flagrante y estuviese a la vista de todos o se hubiese presentado mucho tiempo después de vencidos los plazos para impugnar el acto de adjudicación. Rechina a cualquier operador jurídico la idea de que, constatada una nulidad absoluta en un contrato administrativo, aun cuando la misma se constate años después de la adjudicación, no exista jurisdicción alguna para poder declararla. Lo contrario, sería lisa y llanamente admitir que las nulidades advertidas durante la ejecución de los contratos administrativos están excluidas de cualquier control jurisdiccional.

6 Carlos LABAURE - “El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución”, en Revista de Derecho Público, 1998, N° 13, pág. 41 y ss. En la tesis contraria: Horacio CASSINELLI MUÑOZ - “La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional” en “Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996”, F.C.U., Montevideo, 1998; Augusto DURÁN MARTÍNEZ - “Contencioso Administrativo Montevideo”, Montevideo, 2015, 2° Edición, pág. 425 y ss.; Mariella SAETTONE - “La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL”, en Reforma constitucional 1997, Universidad Católica del Uruguay y Rev. U. de Derecho Constitucional y Político, serie Congresos y Conferencias, N° 16, Montevideo, 1977, pág. 177 y ss. Daniel Hugo MARTINS - “Algunos aspectos del reparatorio patrimonial” en Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996, F.C.U., Montevideo, 1998 y Cristina VÁZQUEZ - “Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por actos administrativos, introducidos en virtud de la reforma de 1997”, en La reforma constitucional de 1997, F.C.U., Montevideo, 1997.



Sin perjuicio de ello, a los efectos de salvar cualquier inconveniente y no dejar firme la voluntad administrativa, resultaría recomendable impugnar los actos administrativos de adjudicación siempre que ello sea posible.

## 2.5 Competencia para acumular la pretensión de reparación y anulación de los contratos

Podría plantearse la posibilidad de que el damnificado por el procedimiento simulado quisiese plantear una acumulación inicial objetiva de pretensiones (nulidad de el o los contratos y la reparación por daños y perjuicios). En este caso, correspondería preguntarse si los Juzgados Letrados en lo Contencioso Administrativo, cuya materia se encuentra determinada en la Ley N.º 15.881 de 26 de agosto de 1987, tendrían competencia para atender en dichos casos.

En efecto, el art. 1º de la Ley N.º 15.881 dispone que: “Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán, en primera instancia, en toda la materia contencioso-administrativa de reparación patrimonial, en que sea parte demandada una persona pública estatal. Esta materia comprende el contencioso de reparación por: a) Actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales el Tribunal haya reservado la acción de reparación (artículo 312 de la Constitución); b) Actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria (artículo 26 del decreto ley 15.524, 9 de enero de 1984); c) Hechos u omisiones de la administración; d) Actos administrativos revocados en vía administrativa por razón de legitimidad; e) Actos legislativos y jurisdiccionales”.

Por su parte, en el art. 2 se dispone que: “En todos los demás asuntos en que sea parte demandada una persona pública estatal, regirán las disposiciones de la ley 15.750, de 24 de junio de 1985 (Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales)”.

En consecuencia, en caso de la pretensión reparatoria por la simulación del procedimiento competitivo, no cabe duda que la competencia será de los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en tanto se demandará a una persona pública estatal (La Administración que formuló el procedimiento competitivo) por las omisiones de la Administración. Asimismo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior salvo los de competencia especializada, tendrán, en su jurisdicción, igual competencia que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, la duda se plantea cuando a dicha pretensión reparatoria se le suma la solicitud de declaración de nulidad de los contratos. En estos casos, corresponde preguntarse si la competencia la siguen conservando los Juzgados con competencia en lo contencioso administrativo o si dicha competencia pasa a ser de la Justicia Civil, la cual es la naturalmente competente en materia de nulidad contractual.

Al respecto, el art.120 del Código General del Proceso, especialmente el art. 120.1 numeral 1, regula la acumulación de pretensiones. Conforme a dicho artículo: “El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) Que se trate de pretensiones de igual materia competencial; si pertenecieren a fueros competenciales diversos, las pretensiones deberán ser conexas entre sí. 2) Que no sean contrarias entre sí,



salvo el caso en que se proponga una como subsidiaria de la otra. 3) Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento”.

Pues bien, en el caso de la acumulación de la reparación y la nulidad del contrato, parece claro que una materia corresponde a la Justicia contenciosa administrativa y la otra, a la Justicia civil. En efecto, la nulidad de los contratos corresponde a la materia civil mientras que la reparatoria a los contenciosos administrativos. Por lo que, para poder acumular ambas pretensiones, no será suficiente con la conexión subjetiva, sino que además habrá que acreditar la existencia de una conexión objetiva o causal.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad de demandar en una u otra sede se entiende que dicho aspecto **queda a criterio del actor** quien podrá elegir entre una y otra. Así lo ha dispuesto la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia N° 267/2018 de 28 de febrero de 2018 al sostener que: “Sostuvo la Corte en anteriores pronunciamientos (Sentencia No. 506/2010) que: “(...) ‘en supuestos en que la acumulación inicial de pretensiones reúna los requisitos del art. 120, es dable al actor optar por la presentación de la demanda en una u otra sede, provocando con este acto procesal la competencia de la escogida’ (cf. Tarigo, E.: Lecciones, T. 1, pág. 388). Al respecto expresaba Teitelbaum: ‘Tal sería el caso de la acumulación de dos pretensiones de diversa materia como sería la civil y la contencioso administrativa, acumulables ante la sede que elija el actor’ (‘La acumulación de pretensiones y el dilema del art. 120.1 C.G.P.’, en R.U.D.P. 1/94, pág. 46). Igual fenómeno se produce en sede de competencia por razón de territorio y en determinados casos cuando son varios los demandados y tienen el domicilio en lugares diferentes (art. 24 L.O.T.)... (Sent. No. 77/02 del 27/5/02, LJU, T. 127, año 2003, c-14.556). (...) La acumulación de pretensiones de diversa materia, habilita a quien las incoa a optar por el tribunal competente en virtud de lo edictado por el principio dispositivo y lo preceptuado por el propio art. 120: ‘El demandante podrá acumular’”.

Por **último**, si bien ello no modifica la opción competencial, debe señalarse que en la pretensión de nulidad del contrato es imperativo demandar tanto al Estado como al cocontratante, pues conforman un litisconsorcio pasivo necesario. En efecto, el contrato no puede ser declarado nulo para un parte y no para otra.

### III) CONCLUSIONES

En función de lo anteriormente expuesto puede arribarse a las siguientes conclusiones:

- a) decimos que el procedimiento competitivo es simulado cuando el mismo es llevado adelante únicamente en apariencia, pero lo que en realidad existe es una contratación directa;
- b) si bien la existencia de un procedimiento simulado puede apreciarse durante su trámite, donde más frecuentemente queda al descubierto es durante la ejecución del contrato cuando ésta se realiza en términos distintos a los que resultaron de la oferta ganadora sin que exista una justificación para ello;
- c) en estos casos, la posibilidad de acudir al tribunal de lo contencioso administrativo a reclamar la nulidad del acto de adjudicación, no parece ser la solución más eficaz en tanto puede suceder que, a la hora de advertir la simulación, ya haya vencido el

plazo para solicitar su nulidad, por lo que se impone pensar en otros remedios como pueden ser la reparación o la solicitud de declaración de nulidad de los contratos;

- d) en caso de acudir a la reparación, entendemos que la existencia de un procedimiento competitivo simulado: a) configura falta de servicio en los términos del art. 24 de la Constitución, b) el Juez ordinario tiene competencia para analizar la regularidad jurídica de lo actuado en el procedimiento competitivo, para analizar el ajuste a Derecho del acto administrativo de adjudicación y para analizar, asimismo, si la ejecución del contrato administrativo se ha apartado o no de lo ofertado y/o pactado al cabo del procedimiento de contratación; y c) que el oferente damnificado por la simulación tiene legitimación activa para entablar una acción de reparación por el daño que le generó el no haber tenido la chance de competir y resultar adjudicado;
- e) en caso de solicitar la anulación de los contratos, debe tenerse presente que el art. 33 del TOCAF es calificado por su inciso final como una norma prohibitiva (por la expresa remisión que el mismo hace al art. 8 del Código Civil) por lo que, cuando el procedimiento de contratación es simulado y logra probarse dicho extremo, entonces habrá una contravención del art. 33 del TOCAF y la consecuencia no será otra más que la nulidad absoluta del contrato en función de lo dispuesto por la inteligencia de los art. 33 inciso final del TOCAF y los art. 8, 1560, 1284, 1286 y 1288 del Código Civil;
- f) el oferente damnificado tiene legitimación activa para reclamar la nulidad de los contratos alcanzados al cabo del procedimiento simulado, aunque sea un tercero respecto de los mismos, siempre y cuando invoque su interés en función de lo dispuesto por el art. 1561 del CC;
- g) el no haber recurrido el acto administrativo de adjudicación no impide solicitar la declaración de la nulidad de los contratos ante la Sede judicial en tanto, la tesis de la prejudicialidad, está pensada para la opción entre la acción de nulidad y el procedimiento reparatorio, no siendo la declaración de nulidad de los contratos un proceso de reparación patrimonial;
- h) es posible acumular la pretensión reparatoria y la solicitud de declaración de nulidad de los contratos siempre y cuando se acredite la conexión objetiva o causal del caso concreto. En estos casos, podrá optarse por los Juzgados con competencia en reparación patrimonial o por los Civiles, debiéndose demandar no solo al Estado sino también al cocontratante pues conforman un litisconsorcio pasivo necesario.

## Referencias bibliográficas

- Berro, G. (1992). Responsabilidad objetiva del Estado. *Revista de Derecho Público*, (2).
- Brito, M. R. (1996). Responsabilidad extracontractual del Estado - administrativa, legislativa y jurisdiccional. En *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*.
- Caffera, G., & Mantero Mauri, E. (2016). *Protección extracontractual del crédito* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.

- Caffera, G. (2018). *Obligaciones* (1ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Recursos administrativos* (4ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville, J. P. (2007). *Sobre Derecho Administrativo* (Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassinelli Muñoz, H. (s.f.). Competencia del Poder Judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 71.
- Cassinelli Muñoz, H. (s.f.). Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo. *La Justicia Uruguaya*, Tomo CV.
- Cassinelli Muñoz, H. (1998). La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional. En *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Delpiazzo, C. (2006). Eficacia aplicativa de los principios generales de derecho en la contratación administrativa. *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIII-XII.
- Delpiazzo, C. (1999). *Contratación administrativa*. Universidad de Montevideo.
- Delpiazzo, C. (2021). Nulidades contractuales en el derecho público uruguayo. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (25). Universidad Externado de Colombia.
- Deus, S. (s.f.). Responsabilidad civil del Estado. *La Justicia Uruguaya*, Tomo XCIV.
- Durán Martínez, A. (1999). Contratos administrativos, vicios y juez competente para juzgarlos: El caso Caravana. En *Casos de Derecho Administrativo* (Vol. I). Ingrausi.
- Durán Martínez, A. (2015). *Contencioso administrativo* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1992). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (3ª ed., Tomo XII). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (s.f.). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Tomo XXIV, Vol. 6, Parte VII, p. 115). Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (1974). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo* (Tomo XVI). Fundación de Cultura Universitaria.
- Garrido Falla, F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo* (11ª ed., Tomo I). Tecnos.
- Giorgi, H. (1958). *El Contencioso Administrativo de Anulación*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República.
- Gordillo, A. (1999). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo 3). Fundación de Derecho Administrativo.
- Gutiérrez, A. (s.f.). Potestades de juez sobre el acto administrativo. Recuperado de <https://es.slideshare.net/24-7/potestades-del-juez-sobre-al-acto-administrativo>
- Jiménez de Aréchaga, J. (1988). *La Constitución del Uruguay de 1952* (Tomo II).
- Korzeniak, J. (1971). *Curso de Derecho Constitucional* 2º (Vol. 2).

- Labare, C. (1998). El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del artículo 312 de la Constitución. *Revista de Derecho Público*, (13).
- Laborde Goñi, M. (2016). El principio de buena fe como rector del ejercicio de la función pública. *Revista de Derecho Público*, 25(50).
- Martins, D. H. (1998). Algunos aspectos del reparatorio patrimonial. En *Reflexiones sobre la reforma constitucional 1996*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Martins, D. H. (s.f.). La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya. *Revista de Derecho Público y Privado*, 30.
- Méndez, A. (1952). Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo. Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado.
- Ochs, D. (2001). *La acción de amparo*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Ohanian, G. (2006). Juez y acto administrativo. *Revista Judicatura*, (44), Montevideo, IMPO.
- Peirano Facio, J. (s.f.). Responsabilidad del Estado. *Anales del Foro*, 2(109–120).
- Peirano Facio, J. (1957). *Curso de obligaciones* (Tomo VI).
- Prat, J. (1978). *Derecho Administrativo* (Tomo 4, Vol. 2).
- Risso Ferrand, M. (1998). *Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional* (2ª ed.).
- Saettone, M. (1977). La acción reparatoria y la prejudicialidad (artículo 312 y DTyEL). En *Reforma constitucional 1997*, Universidad Católica del Uruguay y Revista Universidad de Derecho Constitucional y Político, serie Congresos y Conferencias, (16).
- Sayagués Laso, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo* (9ª ed., Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (2004). *La licitación pública*. Banco de Fomento.
- Vázquez, C. (1995). Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina juspublicista. *Revista de Derecho Público*, (7).
- Vázquez, C. (1997). Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por actos administrativos, introducidos en virtud de la reforma de 1997. En *La reforma constitucional de 1997*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Veloso Giribaldi, N. (2018). Responsabilidad del Estado frente a un potencial oferente por contratar directamente cuando debió llamar a un procedimiento competitivo. *Revista de la Universidad de Montevideo*, (34).

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

DIANA STEFANIA MUÑOZ GÓMEZ; DANIELA ARBELÁEZ LUNA

Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida



DIANA STEFANIA MUÑOZ GÓMEZ

Universidad de La Sabana, Colombia

diana.munoz5@unisabana.edu.co

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7783-894X>

DANIELA ARBELÁEZ LUNA

Universidad de La Sabana, Colombia

danielaal@unisabana.edu.co

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9611-3311>

Recibido: 22/08/2024 - Aceptado: 25/03/2025

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

Muñoz Gómez, D. S. y Arbeláez Luna, D. (2025). Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida.

*Revista de Derecho*, 24(47), e474. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.4>

## Niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en condición apátrida

201

**Resumen:** El presente artículo aborda el análisis de la Sentencia T-232 de 2024 de la Corte Constitucional colombiana, la cual resuelve un caso de maternidad subrogada que involucró la situación de Leticia, una menor que perdió su nacionalidad debido a inconsistencias en el registro de su nacimiento. La tutela interpuesta por su padre, Boris, buscaba restituir los derechos de la menor, quien quedó en situación de apatridia. La Corte, en su fallo, reconoció el derecho de Leticia a la nacionalidad colombiana y resaltó la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales de los niños, en concordancia con las normas internacionales. Este trabajo analiza la vulneración de los derechos fundamentales de la menor y la falta de regulación en la legislación colombiana sobre la maternidad subrogada, que permitió la situación de apatridia. Además, se examina la necesidad de una legislación clara en Colombia para evitar futuras violaciones de derechos en casos similares.

**Palabras clave:** Maternidad subrogada, Nacionalidad, Apátrida, Niños y niñas.

## Children Born through Surrogacy in a Stateless Condition

**Abstract:** This article addresses the analysis of the T-232 of 2024 ruling by the Colombian Constitutional Court, which resolves a surrogacy case involving Leticia, a minor who lost her nationality due to inconsistencies in her birth registration. The legal action filed by her father, Boris, sought to restore the rights of the child, who was left stateless. The Court, in its decision, recognized Leticia's right to Colombian nationality and emphasized the State's obligation to protect the fundamental rights of children in accordance with international standards. This paper examines the violation of the child's fundamental rights and the lack of regulation in Colombian legislation regarding surrogacy, which allowed for the situation of statelessness. Furthermore, it explores the need for clear legislation in Colombia to prevent future rights violations in similar cases.

**Keywords:** Surrogacy, Nationality, Stateless, Children.

202

## Crianças Nascidas por gestação por substituição em situação de apatridia

**Resumo:** O presente artigo aborda a análise da sentença T-232 de 2024 da Corte Constitucional da Colômbia, que resolve um caso de gestação por substituição envolvendo Leticia, uma menor que perdeu sua nacionalidade devido a inconsistências no registro de seu nascimento. A ação judicial impetrada por seu pai, Boris, buscava restituir os direitos da menor, que se encontrava em situação de apatridia. Em sua decisão, a Corte reconheceu o direito de Leticia à nacionalidade colombiana e ressaltou a obrigação do Estado de proteger os direitos fundamentais das crianças, em conformidade com as normas internacionais. Este trabalho analisa a violação dos direitos fundamentais da menor e a ausência de regulamentação na legislação colombiana sobre a gestação por substituição, que possibilitou a situação de apatridia. Além disso, examina a necessidade de uma legislação clara na Colômbia para evitar futuras violações de direitos em casos semelhantes.

**Palavras-chave:** Gestação de substituição, Nacionalidade, Apátrida, Crianças.

## 1. Resumen del caso: Sentencia T-232 de 2024

En esta sentencia de tutela la Corte Constitucional colombiana estudia un caso concerniente a los derechos de una menor nacida por medio de la maternidad subrogada. Para proteger el derecho a la intimidad de los involucrados sus nombres fueron cambiados para efectos de la sentencia.

Boris, de nacionalidad ucraniana llegó a Colombia para llevar a término el convenio de maternidad subrogada suscrito con Liliana de nacionalidad colombiana (madre sustituta) y tener a su hija. El 11 de julio de 2022 nació Leticia, el material genético correspondía a Boris como padre y una donante anónima como madre. Posterior al nacimiento de Leticia, se realizó el proceso para su Registro Civil de Nacimiento, donde se estableció que la madre de la menor era la madre subrogada de nacionalidad colombiana y su padre Boris con nacionalidad ucraniana, en consecuencia, también se expidió el pasaporte de Leticia como colombiana.

El padre comitente impugnó la maternidad de Leticia adjuntando como pruebas a la demanda el acuerdo de maternidad subrogada y examen de ADN, ambos documentos fueron concluyentes para demostrar que la menor y la madre subrogada no tenía el mismo material genético, en razón a esto, el juez competente (Juzgado 31 de Familia de Bogotá) ordenó que se modificara el Registro Civil de Nacimiento de Leticia.

Posteriormente, la Notaria, entidad encargada de la modificación del Registro Civil eliminó del documento la información de la madre subrogada y con ello se estableció documentalmente que Leticia no era colombiana. Con esta información la oficina de pasaportes en el Departamento del Magdalena negó la expedición de un nuevo pasaporte colombiano, como lo solicitó el padre.

Boris ingresó a Colombia en calidad de turista, por lo tanto, tenía permiso de permanencia por un tiempo limitado. Aunado a esto, la negación en la expedición del pasaporte de Leticia los obligó a regresar a Ucrania. Realizaron una escala en España, donde les informaron que el pasaporte de Leticia había sido anulado por las autoridades colombianas, a pesar de esto, permitieron su ingreso con el Registro Civil de la menor.

Debido a esto, Boris tuvo que viajar a Hungría, donde solicitó la nacionalidad ucraniana de la menor en la embajada. No obstante, rechazaron la solicitud en razón a que su situación migratoria en Hungría era transitoria.

A causa de la situación política y social en Ucrania, Boris debía demostrar al momento de su ingreso, su calidad de padre soltero y único a cargo de la menor, de lo contrario, sería reclutado para prestar servicio militar. En razón a esto, entregó a Leticia a su madre y hermana para que ellas ingresaran a la menor a Ucrania.

Las autoridades ucranianas establecieron que Liliana, madre subrogada, podía seguir siendo considerada como la madre de Leticia por la figura de la adopción. La ley ucraniana aplicable establece que para demostrar ser padre soltero debe acreditar que la madre falleció, se ha declarado incapaz o privada de sus derechos parentales y, por tanto, no haber convivido con la menor por más de 6 meses. En este caso no se cumplen estas condiciones, así que Boris decidió iniciar proceso de tutela en Colombia contra las autoridades que en un principio negaron la nacionalidad colombiana de su hija como consecuencia del proceso de impugnación de maternidad que había realizado.

El padre comitente establece en la tutela que los derechos de su hija a la nacionalidad, identidad y libre tránsito se ven vulnerados debido a la negación de la nacionalidad colombiana, adicionalmente establece que se niega el derecho a la igualdad con respecto a los hijos de migrantes venezolanos que adquieren la nacionalidad por haber nacido en territorio colombiano.

Durante todo este proceso, Boris se radico en Australia por su trabajo, mientras la menor estaba en Ucrania, teniendo en cuenta esto el juez solicitó medidas provisionales para conceder la nacionalidad a la menor antes de dictar sentencia. El 18 de junio de 2024 la Corte Constitucional reconoció que la menor estaba en condición apátrida, vulnerándose todos los derechos incoados por su padre, por lo que se le concede la nacionalidad colombiana, en virtud de la protección a los niños y los tratados internacionales ratificados por Colombia en donde se establece el deber del Estado de garantizar la igualdad y protección para los apátridas.

## 2. La práctica de la maternidad subrogada

En la sentencia T-968 de 2009 la Corte Constitucional de Colombia estableció que la maternidad subrogada o maternidad por sustitución es definida como *“el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste”*, en este escenario la mujer gestante no aporta el material genético (Corte Constitucional, 2009).

La Corte Constitucional de Colombia reconoce la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida que tiene como objeto y fundamento solucionar problemas de infertilidad para concebir a un hijo biológico. Pese a que en Colombia no existe actualmente legislación que regule la práctica, la Corte considera que la maternidad subrogada está legitimada debido al artículo 42-6 de la Constitución Política, que a la letra dice *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes.”* (Constitución Política, 1991)

### a. ¿Cómo funciona en Colombia? Impugnación de la maternidad – modus operandi

Como se mencionó en el punto anterior, la maternidad subrogada en Colombia no está regulada y como consecuencia el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia no tiene hasta el momento conocimiento del número de casos de maternidad subrogada que se llevan a cabo en Colombia. A pesar de la falta de legislación al respecto es una práctica que está tomando relevancia en el país, múltiples entidades y agencias ofrecen el acceso a esta práctica, aspecto mencionado por el Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia en la sentencia T-232/2024.

En Colombia, las agencias que realizan el proceso acuden a la figura de la impugnación de la maternidad, contemplada en el artículo 335 del Código Civil que establece:

*“La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:*



1. El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.
2. Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.
3. La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.” (Código Civil, 1983, Art. 335)

El proceso es verdaderamente sencillo en los casos en que la madre subrogada no es quien aporta el material genético para el niño o niña, puesto que, posterior al parto se realiza el Registro Civil de Nacimiento, documento en donde se registra la información de los padres del menor, es así como la madre subrogada figura como madre biológica del menor pues fue quien lo dio a luz (Código Civil, 1983, Art. 52).

Subsecuentemente, los padres comitentes inician el proceso de impugnación de la maternidad en donde el objetivo es demostrar que la madre subrogada no es biológicamente la madre del bebe, el proceso se realiza conforme a lo contemplado en la Ley 1060 de 2006, se adelanta ante el juez competente quien practica las pruebas necesarias, en estos casos basta con el acuerdo suscrito entre los comitentes y la gestante, también se realizará una prueba de ADN.

Con base en las pruebas presentadas, el juez ordena a las entidades competentes modificar los documentos oficiales, eliminando la información de la madre subrogada e incluyendo, si corresponde, los datos de la madre biológica (comitente en estos casos). La simplicidad, brevedad y accesibilidad del proceso de impugnación de la maternidad facilitan su ejecución en Colombia, sin que existan impedimentos legales para su realización.

### 3. El derecho a la nacionalidad de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada

El derecho a la nacionalidad y ciudadanía son los principios que reconocen el vínculo jurídico entre un individuo y el Estado, otorgándole a la persona una serie de derechos y deberes asociados con su pertenencia a esa nación. Este derecho implica el reconocimiento de la ciudadanía de una persona, que le confiere derechos políticos y civiles dentro del Estado al que pertenece, así como el derecho a la nacionalidad, que establece la pertenencia legal a un país en particular.

Este derecho está consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la DUDH en su artículo 15, establece que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1948, Art. 15).

En Colombia, la Constitución Política en su artículo 96 establece que “la nacionalidad colombiana no se pierde”, salvo en los casos expresamente previstos por la ley. Asimismo, el Código Civil colombiano regula aspectos relacionados con la adquisición y pérdida de la nacionalidad colombiana, mientras que el Código Electoral establece los derechos y deberes de los ciudadanos en el ámbito político.

En el contexto transnacional de la MS, el derecho a la nacionalidad y ciudadanía se enfrenta a conflictos en su reinterpretación, dado que los niños suelen nacer en un país, generalmente el de la madre gestante, y posteriormente son llevados al país de destino de la persona o pareja comitente. En este proceso, surgen dos problemas jurídicos significativos.

En primer lugar, se cuestiona si los niños conservan o no la nacionalidad de la madre gestante, quien, por ejemplo, en Colombia es reconocida legalmente como la madre y para la entrega del niño realiza el proceso de impugnación de la maternidad, el cual tiene efectos retroactivos sobre su estado civil y, por ende, llevar a que los niños pierdan la nacionalidad colombiana.

El segundo problema jurídico se relaciona con la necesidad de otorgar la nacionalidad de la persona o de los padres comitentes al niño. Sin embargo, las legislaciones nacionales no son claras en cuanto a cómo resolver esta situación.

Lo que es claro, en el contexto de la maternidad subrogada, es que este derecho requiere una reinterpretación especial que garantice el derecho de los niños nacidos mediante esta práctica, a tener su nacionalidad y ciudadanía, con independencia de que sea la del país de origen de la madre gestante, la de los padres comitentes o la de ambos. Este es un asunto jurídico aún sin resolver y que dependerá de las regulaciones nacionales o de un instrumento internacional que lo estandarice.

#### 4. El limbo jurídico en materia de nacionalidad

La vulneración del derecho a la nacionalidad parece ser un aspecto sin resolver en la maternidad subrogada. En Colombia la presunta violación a este derecho es lo que motivó las dos últimas sentencias de la Corte Constitucional, T-232 de 2024 mencionada anteriormente y T-127 de 2024 sobre una menor concebida por maternidad subrogada a la que se le negó la expedición del pasaporte colombiano, sin embargo, la Corte concluye que su derecho a la nacionalidad no se vulneró pues le fue concebida la nacionalidad estadounidense de su padre. Ambas sentencias se refieren al derecho a la nacionalidad.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha establecido que esta situación jurídica, denominada como apatridia se trata de “«una persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado conforme a su legislación». De forma más sencilla, esto quiere decir que una persona apátrida no tiene la nacionalidad de ningún país” (ACNUR, 2014), ahora bien, actualmente ni en Colombia, ni internacionalmente existe una regulación uniforme frente al proceso de nacionalización de los menores concebidos por maternidad subrogada. En Colombia las entidades que realizan el proceso se aprovechan de los vacíos jurídicos y otras figuras como la impugnación de la maternidad y/o la adopción para realizar la filiación con los padres comitentes.

Debido a la falta de homogeneidad en la regulación y también la prohibición de la práctica en algunos países, se han presentado muchos casos donde se trasgrede el derecho a la nacionalidad de los menores. Es importante resaltar que la nacionalidad es un derecho

sombrilla<sup>1</sup>, lo que quiere decir que garantiza la protección de otros derechos, es amplio y es punto de partida para otras garantías, por lo que debido a este se generan derechos y obligaciones para con el Estado del que se es nacional, la condición de apátrida es un obstáculo para el pleno goce de los derechos humanos (Di Maio, 2015).

Actualmente, existen organismos internacionales y herramientas que buscan evitar que las personas queden en condición de apátridas. La Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961 estableció que todo país debe conceder la nacionalidad a quien nazca en su territorio, esto con el objetivo de garantizar el derecho a la nacionalidad y los derechos conexos, no obstante, la Convención también otorga la posibilidad de que cada Estado establezca algunas condiciones para acceder a la nacionalidad (Convención para Reducir los Casos de Apatridia, 1961).

La Corte Constitucional realizó un estudio respecto a la compatibilidad de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, (ambos ratificados por Colombia) con la Constitución Política. La Corte Constitucional Colombiana consideró que el artículo 1 de la Convención y el artículo 96 de la Constitución Política colombiana son compatibles. Por lo tanto, debido al bloque de constitucionalidad los Estados tienen la potestad de regular los modos de adquirir la nacionalidad. Específicamente en el caso colombiano se establece que se debe cumplir con las siguientes condiciones: (i) que al menos uno de sus progenitores tenga la nacionalidad colombiana; (ii) que, si sus padres son extranjeros, al menos uno tenga su domicilio en Colombia al momento del nacimiento.

El procedimiento vigente para el reconocimiento de la apatridia en menores nacidos en Colombia no establece plazos, lo que genera que el sistema no proporcione una solución ágil ni integral. Esto ocasiona incertidumbre jurídica y vulneración de los derechos de los niños nacidos por maternidad subrogada (Corte Constitucional, 2024).

Para el caso de estudio específico, aunque a Leticia y su padre le asistía el derecho de solicitar revisión del caso ante la Cancillería de Colombia, uno de los requisitos es estar en territorio colombiano, hecho que no se cumplía pues la menor ya estaba en Ucrania debido a que la situación migratoria en Colombia no era de larga estancia, lo que generó la vulneración de sus derechos.

Entendiendo el concepto de apatridia y el impacto que genera en los derechos humanos, ¿qué sucede en los casos de maternidad subrogada? específicamente en la sentencia de estudio, que es un reflejo de la situación de Colombia frente a la maternidad subrogada, se puede concluir que los menores nacidos mediante esta práctica no cuentan con garantías legales para el pleno goce de sus derechos, debido a que no se les reconoce la nacionalidad colombiana cuando se impugna la maternidad respecto de la madre subrogada y los padres comitentes no son residentes.

Por otro lado, aunque existen casos como la sentencia T-127 de 2024, en los que no se concedió la nacionalidad colombiana a una menor, no se consideró que estuviera en situación de apatridia, ya que, de manera inmediata, obtuvo la nacionalidad estadounidense por parte de su padre. Sin embargo, es innegable que persiste un riesgo

1 El término derecho sombrilla es usado en el ámbito de Derecho constitucional y Derechos humanos, se refiere a aquellos derechos fundamentales que cubren otros derechos conexos, según el autor Ronald Dworkin hay ciertos derechos cuya función es más amplia, tal como la dignidad humana. (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 112)

inminente para los menores, pues esta práctica se está llevando a cabo sin una ruta clara que garantice la protección de sus derechos en todos los escenarios posibles.

#### a. El caso de los niños de padres venezolanos nacidos en Colombia

A partir del 19 de agosto de 2015, debido a la sentencia T-025 de 2015 los niños de ciudadanos venezolanos nacidos en territorio colombiano se les concede la nacionalidad colombiana. Partiendo de esto, Boris el padre de Leticia argumentó en el escrito que presentó a la Corte que a su hija se le estaba dando un trato desigual al no conceder la nacionalidad.

Colombia implementó una política y un plan de acción llamado “Primero la Niñez,” que otorga la nacionalidad colombiana por nacimiento a los niños nacidos en su territorio cuyos padres son venezolanos y que no cumplen con el requisito de residencia. En estos casos, el Registro Nacional de Estado Civil (RNEC) incluye la nota “válido para demostrar nacionalidad” en el acta de nacimiento. Esta medida se adoptó como una respuesta al alto número de migrantes venezolanos, con el objetivo de proteger los derechos de los menores. Al garantizar la nacionalidad, se asegura también el acceso a derechos fundamentales como la salud, la educación y la asistencia por parte del Estado. No obstante, los hechos materiales de estos casos son sustancialmente distintos a la casuística generada en los casos de maternidad subrogada.

## 5. Otros derechos en juego (Derecho a la identidad familiar).

El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar el pleno cumplimiento del artículo 44 de la Constitución Política, donde están consagrados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los que, grosso modo se encuentran el derecho a la identidad, nacionalidad, salud, protección de toda clase de explotación y violencia, tener una familia y derecho a la educación.

Las dos últimas sentencias de la Corte Constitucional buscan principalmente resolver conflictos sobre el derecho a la nacionalidad de los menores. No obstante, también abordan otros derechos que están en riesgo en la práctica de la maternidad subrogada. Doctrinalmente, las consecuencias de esta práctica en la vida de los menores están en constante estudio y revisión.

El derecho a la identidad familiar, por ejemplo, es uno de aspectos que más debate ha generado, constituye un derecho fundamental para los niños y niñas, debido a que permite el acceso a los bienes y servicios proporcionados por el Estado, como el derecho a la salud, la protección y en general a todos sus derechos básicos garantizados (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2023).

*“Artículo 25. Derecho a la identidad. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.” (Ley 1098 de 2006, 2006, Art. 25)*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió a este aspecto en repetida jurisprudencia (Valero, 2019), en la sentencia del 26 de junio de 2014, en el caso *Mennesson contra Francia* y *Labasse contra Francia*, llegó a la conclusión de que el derecho de los menores a su vida privada, concretado en el derecho a su propia identidad, se vulnera por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación, generando así la vulneración de los demás derechos conexos.

Los intereses de los menores, quienes representan la parte más vulnerable en los contratos de subrogación, están en riesgo inminente debido a las consecuencias jurídicas y psicológicas que surgen de este proceso. Entre estas consecuencias se encuentran la separación de la madre gestante, la percepción de haber sido objeto de una transacción, la imposibilidad o limitación para conocer sus orígenes biológicos, y los problemas de identidad asociados (Garibo, 2017). Todo esto puede culminar en una afectación significativa a su derecho a la salud, entendida no solo como la ausencia de enfermedad, sino también como el bienestar mental, emocional y afectivo de los niños. Así, la subrogación plantea serias interrogantes sobre el respeto y protección de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

## 6. Conclusiones

La sentencia objeto de este comentario, junto con la T-127 de 2024, constituyen un precedente fundamental tanto para Colombia como para la región, al destacar la urgencia de establecer una regulación clara y exhaustiva sobre la maternidad subrogada. El fallo de la Corte Constitucional y el exhorto dirigido al Congreso Nacional se centran en el estado civil de los niños y las complejas implicaciones jurídicas del proceso. Sin embargo, la preocupación va más allá del formalismo legal, abordando también los derechos en riesgo tanto de las madres gestantes como de los menores nacidos a través de estos acuerdos.

Uno de los puntos críticos que la Corte y otros organismos han señalado es el peligro de que la maternidad subrogada pueda derivar en prácticas de trata de personas, dada la percepción de transacción y comercialización de los niños y niñas nacidos mediante esta práctica. La ausencia de una legislación específica en Colombia ha permitido que la maternidad subrogada se realice sin límites ni garantías para las partes involucradas. Este vacío normativo, sumado a la falta de regulación en muchos otros países, ha convertido a Colombia en un destino atractivo para la subrogación, facilitando la realización de estos acuerdos en condiciones que podrían ser perjudiciales para las partes más vulnerables.

Desde la sentencia T-968 de 2009, la Corte ha instado al Congreso a regular la maternidad subrogada, pero el debate continúa dividido. Cada día que pasa sin una legislación adecuada, más mujeres se ven involucradas en contratos de subrogación sin la debida protección legal. En las sentencias más recientes, T-232 de 2024 y T-127 de 2024, la Corte reiteró su exhorto al Congreso para que legisle en este ámbito, con el objetivo de salvaguardar el interés superior de los menores y garantizar los derechos de todos los involucrados en estos procesos.

## Referencias bibliográficas

- ACNUR. (2014). ¿Qué es la apatridia?. *IBelong*. <https://www.unhcr.org/ibelong/es/que-es-la-apatridia/>
- Código Civil Colombiano. (1983). *Código Civil Colombiano*. Editorial Legis. (Art. 335).
- Código Civil Colombiano. (1983). *Código Civil Colombiano*. Editorial Legis. (Art. 52).
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 42. Recuperado de <https://www.constitucioncolombia.com/articulo-42>
- Constitución Política de Colombia, Art. 44. (1991). Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. <https://www.constitucioncolombia.com/constitucion-politica-colombia>
- Convención para Reducir los Casos de Apatridia. (1961). <https://www.unhcr.org/ibelong/what-is-statelessness/1961-convention-reduce-statelessness/>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-968. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-232 de 2024. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-232-24.htm>
- Di Maio, C. (2015). Los “niños fantasma de la República”: La nacionalidad francesa y el delicado tema de la maternidad subrogada. *Civitas Europa*, 2015(2), 263-265. <https://doi.org/10.3917/civit.035.0263>
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Garibo Peyró, A. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII(2), 245-259. <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223008.pdf>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2023). Todos los niños y niñas tienen derecho a una identidad. *ICBF*. <https://www.icbf.gov.co/noticias/todos-los-ninos-y-ninas-tienen-derecho-una-identidad#:~:text=La%20identidad%20es%20un%20derecho,a%20todos%20sus%20derechos%20fundamentales>
- Ley 1098 de 2006, 2006. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [https://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](https://www.secretariase-nado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, 43, 421-440.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): 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.

D.S.M.G. ha contribuido en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y D.A.L. en: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14.

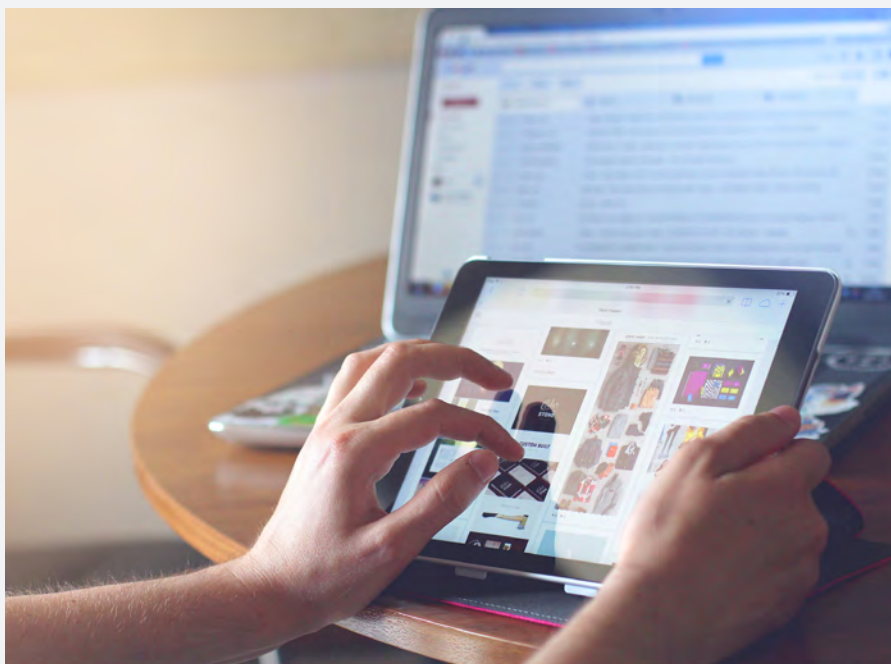
Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio se encuentra disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/buscadord-jurisprudencia>

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









## INFORMACIÓN DE LA FACULTAD

Noticias de grado y posgrados



### Se entregaron más de 100 becas a la excelencia para comenzar a estudiar en la UM

*El 25 de noviembre, en el edificio del Parque de Innovación del LATU de la UM, autoridades de todas las facultades entregaron en total más de 100 certificados de becas a la excelencia*



215

La entrega, de más de una centena de certificados, fue dirigida a alumnos de 31 liceos y diez departamentos del país que obtuvieron un rendimiento académico excelente en bachillerato. Esto implica que como requisitos deban tener un promedio igual a 9 o superior en su escolaridad, que sean menores de 19 años y que además hayan aprobado la prueba de aptitud académica de la UM con al menos 80 puntos.

Al inicio del evento el rector Enrique Etchevarren y la directora de Admisiones María José Frontini ofrecieron unas palabras de bienvenida a todos los presentes. Luego se continuó con una exposición sobre la visión internacional de la UM y las últimas novedades en cuanto a acuerdos y convenios internacionales de la Universidad por parte de Victoria Whitelaw, encargada de Programas académicos y Desarrollo internacional.

Además, Adrián Santilli, director de alumnos de la Facultad de Ingeniería, moderó un panel donde Agustina Bigatti, *alumni* de la Facultad de Ciencias Empresariales y Economía (FCEE), y Federico Capó, alumno avanzado de la Facultad de Ingeniería (FIUM), contaron a los futuros alumnos sobre su experiencia en la UM.

Finalmente, en representación de todas las facultades acudieron las siguientes autoridades para entregar los certificados y felicitar a los alumnos: Sofía Montero, coordinadora de Comunicación Estratégica de la Facultad de Comunicación; Miguel Casanova, decano de la Facultad de Derecho; Alejandro Cid, decano de la FCEE; Francisco O'Reilly, decano de la Facultad de Humanidades y Educación; Rafael Soltelo, decano de la FIUM y María José Soler, directora del Centro de Estudios de Psicología.

## Vías para estudiar en la UM

En la actualidad, la Universidad cuenta con siete tipos de becas para ayudar con la financiación de la carrera a futuros alumnos:

- **Becas mérito:** son becas de apoyo económico que se dan a alumnos con talento, de todo el país y de todos los contextos sociales. Estas becas son financiadas por familias y empresas que apuestan a la educación universitaria en Uruguay.
- **Becas a la excelencia:** son concursables y premian a estudiantes que hayan obtenido un excelente rendimiento académico en bachillerato. Comienzan a darse a partir de abril de cada año y van del 70 al 40%, dándose las más altas a principio de año.
- **Becas a la excelencia deportiva:** dirigidas a deportistas de alto rendimiento. Estas becas pueden ser de hasta el 80%.
- **Becas deportivas:** son del 25%, dirigidas a estudiantes que realicen una actividad deportiva de destaque.
- **Becas de liceos públicos:** becas del 80%, pueden aplicar estudiantes de liceos públicos de Montevideo y zonas metropolitanas.
- **Beca UM:** es una beca de hasta el 70%, dirigida a todos los estudiantes y abierta a todos los promedios.
- **Beca Interior:** es una beca de hasta el 40%, dirigida a estudiantes de colegios y liceos del interior. Esta beca es acumulable con descuento al interior, del 20%.

09/12/2024

## Se presentó el libro “Código penal uruguayo y leyes complementarias comentadas”

*La Facultad de Derecho (FDER) presentó el libro “Código penal uruguayo y leyes complementarias comentadas” este jueves 5 de diciembre, donde importantes autoridades de la Facultad y figuras políticas estuvieron presentes*



En el evento se destacó la importancia de la nueva edición del código penal anotado, que integra avances recientes en legislación y doctrina, y reafirma el compromiso de la



UM con la excelencia académica y la formación de juristas técnicamente preparados. A través de un panel integrado por el decano de la FDER Miguel Casanova, el doctor Europaeus Pedro Montano, el doctor Jorge Barrera y el abogado Santiago Peluffo (quien fue el maestro de ceremonia), se reconoció el legado de figuras clave en el ámbito jurídico uruguayo, como el Dr. Miguel Langón (1943-2018) y el impacto de esta obra en la comunidad legal.

Asimismo, entre los espectadores se encontraban el ex ministro y senador electo Pedro Bordaberry, junto a docentes y *alumni* de la FDER, entre otros tantos perfiles.

## El decano Miguel Casanova

Casanova inauguró el evento destacando la relevancia de esta nueva edición del código penal anotado. Subrayó que es un homenaje al profesor Miguel Langón, quien marcó una influencia duradera en la Facultad de Derecho de la UM. La edición actualizada incluye reformas legislativas recientes, avances doctrinales y nuevas interpretaciones jurisprudenciales, gracias al trabajo de un equipo liderado por Pedro Montano y Jorge Barrera.

Este código busca equilibrar seguridad jurídica y protección de derechos, siendo una herramienta clave para los operadores del derecho. Además, agradeció a la Fundación de Cultura Universitaria por su colaboración editorial y a Pedro Montano, a quien se le rindió un especial homenaje por su trayectoria académica y reciente retiro como catedrático de la UM.

## Pedro Montano

Montano compartió su experiencia trabajando junto a Miguel Langón, destacando su legado como catedrático y jurista influyente. Relató su evolución profesional como fiscal y académico, incluyendo su participación en institutos y cursos internacionales como el Instituto Max Planck en Alemania. Reconoció la importancia del código penal anotado, no solo como una herramienta de estudio sino también como una guía práctica para la docencia y el ejercicio profesional.

## Jorge Barrera

Barrera reflexionó sobre la democratización del saber penal en la sociedad actual, mencionando que el derecho penal se ha convertido en un tema de interés cotidiano. Subrayó la necesidad de formar profesionales con un conocimiento profundo y técnico que sustente discusiones rigurosas y evite opiniones sin fundamento. Además, enfatizó el compromiso de la UM con una enseñanza basada en la dogmática penal como pilar de la formación jurídica. Barrera también compartió su emoción personal al haber sido parte de la UM desde 2007, donde inició su trayectoria como docente y líder en programas de posgrado.

## Un libro hecho por y para la comunidad

El evento destacó la importancia de la nueva edición del código penal anotado, que integra avances recientes en legislación y doctrina, y reafirma el compromiso de la UM con la excelencia académica y la formación de juristas técnicamente preparados. A través de cada intervención se reconoció el legado de figuras clave en el ámbito jurídico uruguayo y el impacto de esta obra en la comunidad legal.







11/12/2024

## Segundas Jornadas de Construcción: debates clave sobre contratos y jurisprudencia

*La Facultad de Derecho (FDER) de la UM llevó a cabo las Segundas Jornadas de Construcción y concluyó las actividades académicas del año en esta área*



219

El evento coordinado por los doctores Eliás Mantero Mauri y Aparicio Howard se celebró el 3 y 4 de diciembre y reunió a especialistas, docentes y profesionales del sector para abordar las últimas tendencias, desafíos y problemáticas en materia de construcción.

El primer día comenzó con la apertura a cargo del decano de la FDER, el Dr. Miguel Casanova, quien destacó la relevancia del encuentro para el sector. A continuación, Edgardo Ettlin presentó sobre las tendencias de la jurisprudencia civil en materia de la construcción, seguido por el Dr. Aparicio Howard, quien discutió sobre el plazo en los contratos de construcción, incluyendo temas como ritmo de ejecución, causales de extensión y penalidades por retardo.

Una vez finalizado, Alfredo Frigerio abordó el tema de los seguros en contratos de construcción e hizo énfasis en el seguro todo riesgo construcción. Tras un espacio para preguntas y un *coffee break*, Alejandro Santi profundizó en el arbitraje en contratos

de construcción, mientras Renzo Gatto se refirió a las cláusulas preventivas de responsabilidad del constructor.

El miércoles 4, la segunda jornada inició con la presentación de Guzmán López Montemurro sobre las tendencias jurisprudenciales en responsabilidad decenal. Más adelante, Elías Mantero Mauri habló sobre los problemas asociados a las promesas de compraventa en el pozo, seguido por Hillary Marks, quien exploró la venta de unidades en el pozo y los contratos de adhesión.

Después del *coffee break*, Carlos de Cores Damiani expuso sobre el fideicomiso como herramienta para el desarrollo de proyectos inmobiliarios. Seguidamente, Leandro Iglesias destacó la importancia de la adecuada distribución de riesgos en contratos PPP y mostró ejemplos de su materialización práctica. Alfredo Arocena cerró las jornadas con una exposición sobre el financiamiento en los contratos de construcción internacional y subrayó su impacto en proyectos de gran escala.

## Jornadas de interés no solo para los profesionales del Derecho

Consultado al respecto, el doctor Aparicio Howard respondió las siguientes preguntas.

**Si tuvieras que explicarle de forma sintética a alguien que no está instruido en el Derecho por qué estas Jornadas son importantes, ¿qué le dirías?**

La industria de la construcción tiene una enorme importancia económica y social. El contrato de construcción es el instrumento mediante el que se llevan a cabo obras que permiten satisfacer una necesidad habitacional, comercial o industrial, así como también obras de infraestructura de la más variada índole (viales, ferroviarias, portuarias, aeroportuarias, etc.). El profesional del Derecho se enfrenta frecuentemente con la temática de la construcción, desde la negociación y redacción de contratos de construcción, los distintos negocios sobre unidades en el pozo o el recurrir a la figura del fideicomiso para desarrollar un proyecto inmobiliario. Estas jornadas son de interés para el profesional del Derecho, pero también para arquitectos, ingenieros y otros agentes vinculados a esta temática, porque se expone sobre las distintas responsabilidades que les puede caber derivada del otorgamiento de un contrato de construcción o figuras afines.

**A nivel personal, ¿qué aspecto valioso de estas Jornadas subrayas?**

Estas Jornadas tienen dos aspectos sumamente valiosos: la variedad de los temas tratados y el enfoque interdisciplinario de los expositores. En relación a esta última cuestión, participaron en las Jornadas distintos docentes de la Universidad, jueces, abogados y escribanos con amplia experiencia en la materia.

## Fundamento de las Segundas Jornadas

Las Segundas Jornadas de Construcción no solo ofrecieron un espacio de reflexión y aprendizaje sobre temas cruciales del sector, sino que también marcaron el cierre de un año de actividades académicas en la Facultad de Derecho; de esta forma se consolidó su compromiso con el desarrollo del conocimiento en áreas especializadas.





## Lucy y Martín: Dos experiencias de intercambio con sello UM

*Lucy Fainermann y Martín Susaeta, alumnos de la UM, eligieron destinos distintos para su intercambio académico, pero comparten una experiencia transformadora. Desde la Newcastle University en Reino Unido hasta la Universidad de Navarra en España, ambos relataron cómo esta vivencia ha ampliado sus horizontes académicos y personales*



Lucy, estudiante de la Licenciatura en Administración y Dirección de Empresas, buscaba una universidad de prestigio en Europa que le permitiera viajar y desenvolverse en un idioma que dominara. “Hice una lista de todos los países que me interesaban y analicé los pros y contras de cada uno. Busqué información sobre las universidades y revisé el ranking QS para priorizar las mejores opciones”, explicó.

Por su parte, Martín, estudiante de Abogacía, eligió la Universidad de Navarra atraído por la posibilidad de estudiar en una institución reconocida y experimentar la vida en una ciudad más pequeña y tranquila. “Dudé entre Madrid y Pamplona, pero me gustó la idea de poder moverme caminando y conocer toda la ciudad. Además, aunque pensé en Inglaterra para mejorar mi inglés, acá hay muchos estudiantes internacionales con quienes puedo practicarlo todos los días”, comentó.

### Diferencias académicas y desafíos de adaptación

Los sistemas educativos de ambas universidades presentaron diferencias respecto a la UM. En Newcastle, Lucy destaca que las clases están organizadas en distintos formatos, como seminarios y lecturas, y que las evaluaciones dependen en su mayoría de ensayos finales. “Las clases también son más grandes y no hay una relación tan directa con los profesores como en la UM”, señaló.

Martín, en Navarra, notó que la evaluación se basa más en *tests* intermedios o trabajos grupales en lugar de parciales estructurados. «Es un sistema que da más flexibilidad, pero también exige una organización rigurosa», afirmó.

La adaptación a la vida en otro país trajo desafíos inesperados. Para Lucy, el clima frío y los horarios de comidas y anochecer en Newcastle fueron un cambio drástico. “Me costó adaptarme al frío viniendo del verano y todavía me sorprende que oscurezca a las



16:00”, dijo. Por otro lado, Martín enfrentó el reto de independizarse por completo: “Pasar de vivir con mis padres a manejar mi casa, comida y dinero en un entorno desconocido fue un cambio desafiante, pero también una gran lección de autonomía”.

## Crecimiento académico y personal

Ambos coincidieron en que la experiencia del intercambio va más allá de lo académico. Lucy destacó la oportunidad de convivir con personas de diferentes culturas, lo que le ha permitido ampliar su visión del mundo. Por su parte, Martín valoró la posibilidad de cursar materias como *“Skills for the Global Lawyer: Transactional Practice”* y *“Entrepreneurship”*, que le han dado una nueva perspectiva sobre el derecho y los negocios.

## Recomendaciones para futuros estudiantes

Como ellos, en el momento hay cerca de 50 alumnos repartidos por 12 países, como por ejemplo Australia, Hungría, Portugal, Italia, el Reino Unido y España. Estos dos últimos destinos los más elegidos por el alumnado.

Lucy y Martín recomendaron sin dudar sus destinos a otros estudiantes. Newcastle, según Lucy, ofrece una experiencia universitaria completa en una ciudad accesible con tecnología de punta. Para Martín, Pamplona combina la calidad académica de la Universidad de Navarra con un entorno universitario dinámico.

Para quienes estén considerando un intercambio, ambos coinciden en la importancia de investigar bien las opciones y estar abiertos a los desafíos. Martín comentó que “si tiene la idea en mente, que lo haga”. “Desde mi perspectiva de estudiante no me daba cuenta lo mucho que iba a aprender. Es una experiencia que no se repite otra vez en la vida, 6 meses en los que podés abocarte completamente a ser un estudiante y adaptarte a un entorno nuevo desde cero”, concluyó.

223

20/03/2025

## Se celebraron las Primeras Jornadas de Derecho Laboral Empresarial

*La Facultad de Derecho (FDER) realizó las Primeras Jornadas de Derecho Laboral el 17 y 18 de marzo con el fin de brindar herramientas y conocimientos que permitan a las empresas crecer de manera sostenible y responsable*



El lunes 17 de marzo, en sede central, la Jornada comenzó a las 18:00 con una presentación del decano de la FDER, Miguel Casanova. Luego se dio lugar al primer panel de oradores bajo el nombre de “Desafíos ante el cambio de gobierno”, el cual fue conformado por el Dr. Matías Pérez del Castillo (quien coordinó además el evento), la Dra. Laura Bajac, directora general de Secretaría del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y el Dr. Mario Arizti, exministro de Trabajo y Seguridad Social.

En este bloque temático Bajac repasó las políticas laborales de la nueva administración y Arizti comentó sobre algunas de las propuestas y dio cuenta del camino recorrido en los últimos cinco años. Por otra parte, Pérez del Castillo planteó desafíos del Gobierno relacionados con los Consejos de Salarios, desafíos de los legisladores para armonizar los anuncios legislativos en torno a las ocupaciones de lugares de trabajo, la reducción de la jornada y los despidos causados, y una serie de retos empresariales.

“Prevención y gestión del conflicto individual” fue el siguiente bloque y se llevó a cabo tras un *coffe break*. Lo integró el Dr. Alejandro Castello, la Dra. Florencia Di Segni y el Dr. Santiago Madalena. En este se abordó la prevención y gestión del conflicto individual de trabajo. Castello dio recomendaciones para gestionar el personal a nivel de empresa y Madalena profundizó en el tópico de los bonos. Finalmente, Di Segni trató cuestiones prácticas relacionadas con la terminación de contratos de trabajo. De esta forma, concluyó el primer día de evento.

El tercer panel, titulado “Negociación y resolución del conflicto colectivo” se desarrolló al día siguiente y sus oradores fueron el Dr. Leonardo Slinger, el Dr. Federico Daverede y el Prof. Daniel Paredes. El diálogo trató sobre la negociación y resolución de los conflictos colectivos.

Slinger analizó la importancia de la negociación bipartita de empresa y dio cuenta de relevantes cuestiones prácticas. Luego, Paredes explicó la dimensión “más blanca” de la relación colectiva del trabajo, donde resaltó el rol del asesor laboralista. Por último, Daverede incursionó en aspectos estructurales de la negociación y el conflicto colectivo.

El último panel: “Tecnología y trabajo” lo presentaron el Dr. Juan Raso, la Dra. Verónica Raffo y el Dr. Felipe Lasarte. El foco estuvo puesto en poner sobre la mesa temas vinculados con la tecnología y el trabajo: la inteligencia artificial, el trabajo en base a aplicaciones, el teletrabajo y la videovigilancia.

*“Las Jornadas parten de la convicción que el empresariado es el motor que impulsa el desarrollo económico y social”*

El evento estuvo dirigido a abogados laboralistas, internos de empresas, personal de gestión humana, dirigentes gremiales y asesores en general con el fin de “brindar herramientas y conocimientos que permitan a las empresas crecer de manera sostenible y responsable, bajo dos premisas: el cumplimiento de las normas y de los acuerdos, y la promoción de las mejores condiciones de trabajo posibles y las mayores tasas de empleo posibles” explicó Pérez del Castillo.

Asimismo, consultado al respecto de la importancia de estas Jornadas, el coordinador de las mismas concluyó lo siguiente: “Nacen con el firme propósito de abordar el derecho laboral desde una perspectiva práctica y enfocada en la realidad empresarial. Parten de la convicción de que el empresariado es el motor que impulsa el desarrollo económico y social. Sin empresas sólidas y prósperas, no hay trabajo ni trabajadores”.









19/05/2025

## Natalia Veloso publicó la edición 2025 de “Estudios de Derecho Administrativo Sancionador”

*Se lanzó de forma gratuita en la web de la UM “Estudios de Derecho Administrativo Sancionador”, obra de la doctora Natalia Veloso*



227

“Estudios de Derecho Administrativo Sancionador”, de la doctora Natalia Veloso, está disponible desde abril de 2025 para descargarse de forma gratuita en la sección de libros del catálogo de publicaciones de la UM. Esta obra integra la línea de investigación de tres generaciones del Máster en Derecho Administrativo Económico y busca ampliar el acceso a recursos especializados en la materia.

Veloso decidió apostar por un formato digital al “entender que cada vez más se cita el material disponible en internet” y que, al tratarse de un libro extenso, la versión en papel resultaría menos accesible. “De esta forma aumentamos su difusión, que es el fin académico con el que intentamos cumplir”, explicó.

La obra recoge los trabajos más destacados de las últimas dos generaciones del Máster en Derecho Administrativo Económico, centrados en estudios aplicados del derecho sancionador. Como coordinadora, Veloso seleccionó y clasificó los trabajos de los

maestrands, elaboró una pauta editorial y solo incluyó aquellos que se ajustaron a sus criterios de calidad.

Entre los capítulos más novedosos de esta edición 2025 se encuentran los referidos a la potestad sancionatoria de las personas públicas no estatales. “Se trata de un tema poco estudiado, sumamente complejo y de gran relevancia práctica para el derecho administrativo”, señala la autora.

Para quienes no están familiarizados con la disciplina, Veloso resume así el contenido del libro: “Se trata del régimen bajo el cual el Estado y las entidades paraestatales pueden imponer sanciones a los particulares”. El público objetivo incluye estudiantes, abogados y funcionarios públicos.

Veloso destaca que hay pocas publicaciones especializadas en derecho administrativo sancionador y considera que este libro “es valioso precisamente por esa escasez de recursos en la materia”. Socia en Delpiazzo Abogados y profesora agregada de Derecho Administrativo en la UM, confía en que esta versión digital contribuya a enriquecer la práctica profesional y académica en Uruguay.

29/05/2025

## Alumnos fueron premiados en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos

*Siete estudiantes de la Facultad de Derecho (FDER) viajaron a Washington para participar en la trigésima edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos y obtuvieron el primer premio al mejor memorial de la representación del Estado en español*



Una delegación de siete alumnos de la FDER participó entre el 18 y el 23 de mayo en Washington D.C. de la trigésima edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos: el único certamen trilingüe (inglés, español y portugués) dedicado a entrenar a estudiantes de Derecho en el uso del Sistema Interamericano como instancia legítima para reparar violaciones de derechos humanos.

Con el tema “Trata de Personas y Derechos Humanos”, más de 65 universidades de todo el mundo debatieron un caso hipotético mediante memoriales escritos y alegatos orales ante expertos que actuaban como jueces de la Corte.



## Una actuación premiada

La UM viajó al concurso con un equipo de siete estudiantes (Jerónimo Uriarte, Sofía Borrelli, Rosina Deleón, Julieta Palermo, Lara Delfino, Valeria Baldassini y Fermín Alonso), guiados por los *coaches* Pablo Donnangelo y Sofía Maruri. Jerónimo y Sofía fueron elegidos oradores oficiales y compitieron en audiencias contra delegaciones de Colombia, India y México. Su esfuerzo se coronó con el primer premio al mejor memorial en español por la representación del Estado.

Para Jerónimo, “representar a la UM y, por ende, a Uruguay, en un concurso con alrededor de 60 universidades, fue un orgullo inmenso. La Universidad demuestra una y otra vez que está a nivel internacional”. Sobre la preparación de sus alegatos orales, contó: “Intentamos enfocar los alegatos como un discurso, con todos los recursos retóricos y persuasivos necesarios para convencer al Tribunal. Fue muy interesante ir adaptando nuestros alegatos luego de cada ‘partido’, porque demuestra que cada intervención nuestra y de la contraparte, al igual que cada pregunta de los jueces, fue una oportunidad para aprender y profundizar en los pormenores del caso”.

Sofía recordó cómo dividieron sus roles y se apoyaron mutuamente: “Ensayamos un montón y dividimos los argumentos según las fortalezas de cada uno; practicamos con los *coaches* y el resto del equipo, quienes nos hacían preguntas para prepararnos de cara al interrogatorio de los jueces. Escribimos y reescribimos los alegatos (incluso en Washington después de cada partido) y revisamos cada detalle, desde el contenido hasta el lenguaje corporal”.

Su mayor aprendizaje, afirmó, fue entender que “el Derecho no es solo teoría, sino una herramienta de impacto real” y que incluso bajo la presión internacional “con preparación, compromiso, trabajo en equipo y pasión se puede sostener una posición jurídica con seguridad”.



El caso sobre el que trabajaron se publicó en diciembre, y desde entonces los estudiantes y sus asesores se reunieron semanalmente para preparar su intervención en el concurso.

Julieta, otra de las alumnas de la delegación, fue suplente y se enteró que iba a participar apenas una semana antes del viaje. “Fue una oportunidad que me apareció y en el momento decidí aprovecharla y no me arrepiento en absoluto. Me lo demostró el recibimiento de mis compañeros y de los profesores al momento de incluirme”, explicó.



Rosina Deleón también formó parte del grupo y su rol consistió en colaborar en la etapa de análisis del caso, así como en la investigación y redacción de los memoriales. “También apoyé activamente en la preparación de los oradores titulares, ya que integraba el equipo como oradora suplente. El proceso de preparación fue exigente, pero sumamente enriquecedor. Además de ser una etapa que me permitió profundizar y perfeccionar mi conocimiento acerca del sistema interamericano de derechos humanos, se formó un muy buen grupo de trabajo: nos apoyamos mutuamente, nos reímos mucho incluso en los momentos de más presión y logramos construir un ambiente de compañerismo que hizo que todo el esfuerzo valiera la pena”, afirmó.

## Más allá de la competencia

La delegación aprovechó su estadía para visitar el Capitolio, la Casa Blanca, la Suprema Corte de Justicia y la Biblioteca del Congreso. También tuvieron un encuentro privado con Jean Michel Arrighi, secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA, quien les ofreció un recorrido por la sede de la organización y compartió su experiencia de tres décadas en el Sistema Interamericano. “Nos parecía mentira que nosotros, simples estudiantes, nos sentáramos junto a él, a pocas cuadras de la Casa Blanca, para hablar de Derecho”, concluyó Jerónimo.

Con este galardón, la UM confirma su compromiso con la formación práctica en Derechos Humanos y el nivel de excelencia de sus estudiantes en escenarios globales.

30/05/2025

## Cuartas Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo Prof. Dr. Mariano Brito

*Se realizaron las Cuartas Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo, Prof. Dr. Mariano Brito. Los paneles se centraron en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, aprobado por la ley N° 20.333*

Los días 27 y 28 de mayo, la Facultad de Derecho de la UM celebró las Cuartas Jornadas Montevideanas de Derecho Administrativo, Prof. Dr. Mariano Brito. En esta edición, los paneles se centraron en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, aprobado por la ley N° 20.333, que entró en vigencia el 24 de diciembre de 2024.



Organizadas cada año para profundizar en temas de actualidad, las Jornadas de Derecho Administrativo reunieron a docentes de la UM, así como a los destacados juristas que integraron la Comisión redactora del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo.

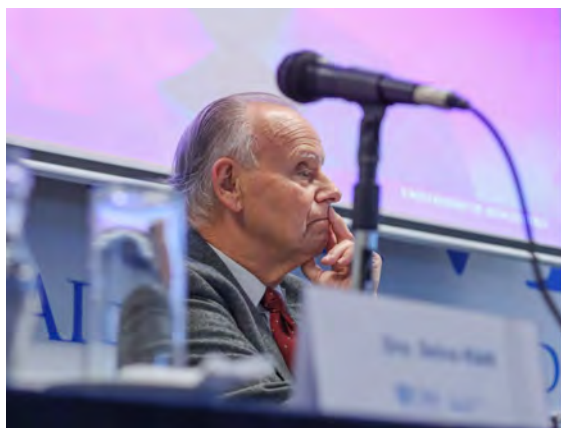
El acto de apertura contó con la participación del decano de la Facultad de Derecho, Dr. Miguel Casanova, y de la Dra. Rossi. Luego se desarrollaron cuatro bloques temáticos distribuidos en dos jornadas. Durante las exposiciones se abordaron los principios generales que inspiran el nuevo Código, el acceso a la justicia, los presupuestos de la acción anulatoria, la estructura del proceso contencioso administrativo, los efectos de la sentencia y su cumplimiento, entre otros temas previstos en el nuevo cuerpo normativo.

“La motivación para la concurrencia es el abordaje de temas de interés no solo académico, sino también profesional, cuya sistematización será recogida, como es tradición, en un libro con los contenidos de las Jornadas”, explicó el Dr. Carlos Delpiazzo, profesor de la UM y organizador de las Jornadas.

Además del espacio de formación y discusión, el encuentro incluyó un homenaje al Dr. Felipe Rotondo, quien culminó su ciclo como director de la Maestría en Derecho Administrativo Económico. Se destacó su trayectoria académica y los logros alcanzados durante su gestión, como la consolidación de un cuerpo docente especializado y la ampliación de la proyección profesional del posgrado.









02/06/2025

## Defensa de Tesis de Juan Pablo Novella Heilmann

*Novella Heilmann obtuvo la máxima calificación en su tesis de Derecho Procesal, en la que realizó trascendentes propuestas de mejora de las prácticas de la abogacía y la judicatura*



El 27 de mayo pasado, el Dr. Juan Pablo Novella Heilmann defendió la tesis de Master en Derecho LLM titulada «La verdad a juicio. Repensando la intermediación frente a la complejidad de la prueba testimonial». Este trabajo, tutelado por la codirectora de la Maestría de Derecho Procesal y Litigación de la UM, Prof. Margarita de Hegedus, ha sido calificado con A, *Suma Cum Laude*.

La tesis de Novella Heilmann aborda la importancia de la intermediación en los procesos judiciales, y especialmente en relación con la prueba testimonial, destacando cómo este principio incide en el acercamiento a la verdad de los hechos y a la calidad de la justicia. El autor evalúa el impacto de la intermediación en la toma de decisiones judiciales, aportando transparencia y confianza al sistema judicial, y -fundado en los estudios de la psicología del testimonio- trabaja en profundidad en desmitificar que la intermediación permita que, de manera razonada, el juez atribuya a la prueba testimonial mayor o menor valor atendiendo a aspectos distintos al contenido del testimonio.



El estudio se centra en analizar los diversos aspectos de la prueba testimonial. Centrándose en el rol de la memoria y sus limitaciones, y analizando cómo inciden distintos factores en el recuerdo de los hechos objeto del proceso que el testigo reconstruye en audiencia, Novella Heilmann realiza trascendentes propuestas de mejora de las prácticas de la abogacía y la judicatura.

El tribunal, compuesto por el codirector de la Maestría de Derecho Procesal de la UM, Prof. Santiago Pereira Campos, y los profesores Virginia Barreiro e Ignacio Soba, ha valorado positivamente el trabajo, asignándole la máxima calificación y recomendando su publicación.

La Universidad de Montevideo felicita a Juan Pablo Novella Heilmann por su destacado logro y espera que su investigación contribuya significativamente al campo del Derecho Procesal.



## La verdad a juicio: Repensando la inmediación frente a la complejidad de la prueba testimonial

Dr. Juan Pablo Novella Heilmann

05/06/2025 | 12:00

## Estudiantes representaron a la UM en la competencia de arbitraje internacional VIS

*Un grupo de cuatro alumnas de la Facultad de Derecho (FDER) viajó a Viena para representar a la Facultad de Derecho de la UM en la competencia de arbitraje internacional VIS*

Virginia Laxalde, Agustina López Valenzuela, Belén Rega y Paulina Cassoni viajaron acompañadas de sus docentes y entrenadores, Martín Rosati, Soledad Díaz y Sofía Klot a Viena en abril para representar a la UM en una de las competencias más prestigiosas del mundo en arbitraje comercial internacional: el *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*.

Se prepararon durante más de seis meses para participar en un evento que se celebra anualmente. Este año fue en la capital de Austria y convocó a más de 380 equipos de universidades provenientes de diversos países. Antes de llegar a la fase principal en Austria, las estudiantes participaron también del XVII *Pre-Moot* del Abierto de Belgrado, organizado por el *German Arbitration Institute*, donde compartieron audiencia con equipos universitarios de gran trayectoria y recibieron devoluciones de árbitros internacionales.





Para Victoria, estudiante de quinto año de la carrera, sumarse al equipo fue una decisión motivada por el perfil internacional de la Universidad: “Desde que elegí dónde estudiar, la UM me llamó la atención por su enfoque internacional: la posibilidad de hacer intercambios o participar en competencias como esta, que te permiten ver el Derecho desde otras culturas y prácticas jurídicas”, explicó.

Respecto al proceso de preparación, detalló: “Fue una experiencia muy desafiante. No solo aprendimos cuestiones técnicas del arbitraje comercial y el derecho uniforme, sino que desarrollamos herramientas de redacción jurídica en inglés, argumentación oral, y trabajo en equipo. Además, tuvimos la oportunidad de poner a prueba nuestros conocimientos ante árbitros de primer nivel y recibir devoluciones que nos ayudaron a mejorar”.

Agustina concluyó que, de toda la experiencia, destaca el nivel internacional de la Universidad: “Ir a la UM te prepara para ir a competencias de tal calidad y enfrentarte con instituciones que uno ve en películas, como Stanford o Yale; y les hacés competencia y les podés ganar. Todo porque la preparación es muy buena. Es por eso que yo animo a todos a que se anoten a estas competencias, es solo cuestión de animarse”.

## La participación histórica de la UM

La competencia Willem C. Vis Moot tiene como objetivo fomentar el estudio del Derecho Comercial Internacional y del arbitraje como método de resolución de conflictos. Cada año, equipos de universidades de todo el mundo deben preparar y presentar escritos de demanda y contestación, además de participar en audiencias orales simuladas ante tribunales arbitrales compuestos por expertos del sector.

La participación de la UM en esta competencia desde hace más de 10 años es parte de una estrategia institucional que promueve la excelencia académica y la formación integral de sus estudiantes. A través de estos desafíos, la Universidad busca que sus futuros profesionales adquieran herramientas clave para desempeñarse en un mundo jurídico cada vez más globalizado, y construyan redes con colegas y referentes de distintas partes del mundo.

La experiencia de Agustina, Belén, Paulina y Victoria refleja el espíritu con el que la UM encara estas oportunidades: con profesionalismo, dedicación y una clara vocación de crecimiento.



11/06/2025

## Sofía Maruri participó en un congreso internacional sobre maternidad subrogada

*Sofía Maruri, docente e investigadora de la Facultad de Derecho (FDER), participó en la III Conferencia de Casablanca por la abolición de la maternidad subrogada que se realizó en Lima, Perú*



La docente de la FDER, Sofía Maruri, viajó a Universidad de Piura, en Lima, Perú, el 4 y 5 de junio para participar en la III Conferencia de Casablanca por la abolición de la maternidad subrogada. Además, formó parte del comité organizador y fue una de las expositoras del evento, que reunió a especialistas de toda Iberoamérica para abordar las implicancias jurídicas, éticas y sociales de esta práctica.

El Congreso, organizado por la Declaración de Casablanca, el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y el Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad de Piura, centró esta edición en el papel de la mujer latinoamericana frente al avance del mercado global de la maternidad subrogada. Reunió a juristas, académicos, funcionarios públicos y comunicadores que trabajan activamente por su abolición a nivel internacional.





Maruri integró una de las mesas más destacadas del encuentro, dedicada a las aproximaciones jurídicas, bioéticas y antropológicas a la maternidad subrogada. Compartió panel con profesoras de Argentina, Colombia, Perú y Chile, con quienes reflexionó sobre el sentido profundo de esta práctica, más allá de su marco normativo. Asimismo, mantuvo una reunión de trabajo con el viceministro del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú, junto al equipo técnico encargado de políticas sobre derechos de las mujeres.

Desde la Universidad de Montevideo, Maruri lidera un proyecto de investigación comparado sobre maternidad subrogada en Iberoamérica, junto con docentes de universidades de ocho países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, México, Perú y Uruguay. En esta iniciativa también colaboran tres estudiantes de Derecho: Agustina Méndez, Agustina López Valenzuela y Rosina Deleón. El estudio analiza las legislaciones vigentes, los proyectos de ley en curso y las sentencias más relevantes sobre la temática.

La participación de la UM en este tipo de espacios académicos internacionales consolida su compromiso con la investigación de temas jurídicos complejos y contemporáneos, y fortalece los vínculos con redes de expertos que trabajan en defensa de los derechos humanos y la dignidad de las personas.



## Presentación de “Cuestiones de Dogmática Penal”: Jorge Barrera actualizó el debate sobre libertad, seguridad y garantías individuales

*El 17 de junio, la Facultad de Derecho (FDER) de la UM Montevideo fue sede de la presentación del libro *Cuestiones de Dogmática Penal*, una obra producida por el Dr. Miguel Langón y el Dr. Jorge Barrera*



El 17 de junio se presentó el libro *Cuestiones de Dogmática Penal*, coescrito por el Dr. Jorge Barrera, actual docente de Maestría en la institución y reconocido abogado penalista, y el fallecido Miguel Langón, antiguo docente de la Facultad. Se realizó en la sede central de la UM a las 18:30 y pretendió homenajear el aporte que Langón le hizo a la UM y al país en la materia de Derecho penal.

Contó con la apertura del decano, Dr. Miguel Casanova, quien destacó la trayectoria académica y profesional de Barrera. Luego tomó la palabra el invitado especial Dr. Carlos González Guerra, catedrático de la Universidad Austral de Buenos Aires, y finalmente habló el autor.

La publicación (que ya va por su segunda edición) busca ofrecer una actualización con base en la legislación vigente, en especial a partir de los cambios introducidos por la Ley de Urgente Consideración (LUC). “Es una puesta a punto de todas las normas. La intención es que sea un aporte concreto para operadores del derecho: fiscales, jueces, abogados defensores. Que se pueda llevar a la praxis cotidiana el debate académico sobre los grandes institutos del derecho penal y sobre delitos específicos como el lavado de activos”, explicó Barrera.

En el libro se abordan distintos núcleos temáticos dentro de la teoría del delito, entre ellos la legítima defensa, la omisión impropia o comisión por omisión y el lavado de activos. “La legítima defensa es un tema central hoy en el debate penal, no solo en la

academia, sino también en lo cotidiano. Basta con leer cualquier medio de prensa para ver que es un aspecto central: ¿cuáles son los límites?, ¿qué es la legítima defensa presunta?, ¿hasta dónde se puede impedir un daño o repeler una agresión?, ¿qué significa agresión ilegítima?”, señaló el autor. A su vez, añadió que el libro “condensa distintas posturas sobre la legítima defensa”, y sistematiza el nuevo marco normativo nacional.

Otro de los temas destacados es el de la comisión por omisión: “Cuando alguien puede ser castigado por haber omitido una conducta debida. El caso típico es: ¿hasta qué punto no amamantar a un hijo constituye una omisión? Porque esa omisión puede equivaler a un homicidio. En definitiva, se equipara cometer con omitir”.

Durante su exposición, Barrera reflexionó también sobre el contexto que motivó la escritura del libro: “Como dice el catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Jesús María Silva Sánchez: estamos en tiempos de derecho penal. Existe en el mundo una expansión del derecho penal tal que él lo denomina ‘populismo punitivo’, que lleva a discutir si realmente se solucionan los problemas de seguridad pública aumentando penas o tipos penales”.

“Cuestiones de Dogmática Penal” intenta, justamente, posicionarse en esa discusión desde una mirada equilibrada: “Este libro propone una puesta a punto de dónde estamos hoy en Uruguay y en el mundo respecto a ese debate. Intenta aportar una visión de equilibrio entre libertad y seguridad, entre garantías individuales y eficacia en la represión del delito. Es importante tener como objetivo la seguridad pública y la represión del delito, pero sin rebajar garantías individuales ni constitucionales”.

Barrera también valoró especialmente la participación de González Guerra en el evento: “Es uno de los profesores latinoamericanos de mayor destaque en la dogmática penal”. Además, destacó el prólogo del libro, escrito por el profesor Guillermo Iacobucci, director del Departamento Penal de la Universidad Austral, quien, según expresó, “nos distinguió con sus palabras, lo cual enaltece la figura de quien queríamos homenajear: el catedrático Miguel Langón, quien desde la fundación de la Universidad de Montevideo estuvo a la vanguardia del pensamiento liberal en materia penal”.















## TESINAS DE MASTERS

LUCÍA TECHERA TEALDI

¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley,  
un nuevo tipo de servicio público?



LUCÍA TECHERA TEALDI

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

lucia.techeraa@hotmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-1220-9311>

Recibido: 27/05/2025 - Aceptado: 21/06/2025

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

Techera Tealdi, L. (2025). ¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público?

*Revista de Derecho*, 24(47), Artículo e4710. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.10>

## ¿Son las actividades declaradas de interés general por la ley, un nuevo tipo de servicio público?\*

245

**Resumen:** En este Trabajo Final de Máster se realiza un breve análisis sobre algunas actividades comerciales e industriales declaradas por el legislador como de “interés general” a los efectos de determinar si éstas pueden implicar una nueva categoría dentro de la clasificación de cometidos estatales de Sayagués Laso.

Para ello, el trabajo aborda de forma sucinta, conceptos relevantes para entender qué implica esta declaración legal, tales como: interés general, interés público, bien común, etc. A la vez, se analiza (de forma conceptual y a través de ejemplos) si las características que poseen este tipo de actividades las asemejan a la categoría de cometidos estatales de “regulación de la actividad privada a cargo del Estado” o a la de “servicio público” de forma de comprender qué régimen jurídico les aplica.

Finalmente, como reflexión final, pero a modo de puntapié inicial para continuar con el estudio del tema, se concluye que estas actividades reúnen características de ambas categorías, pero se asemejan más a un servicio público (sin declaratoria legal) por la regularidad, continuidad, etc., con la que se prestan y podrían alterar la clasificación de Sayagués y ser consideradas como un “servicio público impropio”.

**Palabras clave:** interés general; servicio público; actividad privada; cometidos estatales; regularidad; continuidad; declaración; servicio público impropio.

\* Trabajo final de carrera presentado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo. Director: Graciela Ruocco. Montevideo, Uruguay, 2024..

## Are activities declared by law to be of general interest a new type of public service?

**Abstract:** In this Master's Final Project, a brief analysis is conducted on certain commercial and industrial activities designated by the legislator as being of "general interest," with the aim of determining whether these can imply a new category within the classification of State functions proposed by Sayagués Laso.

To this end, the project succinctly addresses relevant concepts to understand what this legal declaration entails, including: general interest, public interest, common good, and others. At the same time, it analyzes (in general and through examples) whether the characteristics of these activities align them more closely with the category of State functions involving "regulation of private activity by the State" or with that of "public services," in order to determine the applicable legal framework.

Finally, as a final reflection, and also serving as a starting point for further study of the topic, it is concluded that these activities possess characteristics of both categories but more closely resemble a public service (without formal legal declaration) due to their regularity, continuity, etc., with which they are carried out. As such, they could alter Sayagués's classification and potentially be considered as an "improper public service."

**Keywords:** general interest; public service; private activity; state functions; regularity; continuity; declaration; improper public service.

## As atividades declaradas de interesse geral por lei constituem um novo tipo de serviço público?

**Resumo:** Neste Trabalho de Conclusão de Curso de Mestrado, é realizada uma breve análise sobre algumas atividades comerciais e industriais declaradas pelo legislador como de "interesse geral", com o objetivo de determinar se estas podem implicar uma nova categoria dentro da classificação das funções estatais de Sayagués Laso. Para isso, o trabalho aborda de forma sucinta, conceitos relevantes para entender o que esta declaração legal implica, tais como: interesse geral, interesse público, bem comum, etc. Ao mesmo tempo, analisa-se (de forma conceitual e por meio de exemplos) se as características dessas atividades as aproximam da categoria de funções estatais de "regulação da atividade privada a cargo do Estado" ou da de "serviço público", a fim de compreender qual regime jurídico lhes é aplicável. Por fim, como reflexão final — mas servindo como ponto de partida para o aprofundamento do tema — conclui-se que essas atividades apresentam características de ambas as categorias, mas se assemelham mais a um serviço público (sem declaração legal), em razão da regularidade, continuidade, entre outros aspectos, com que são prestadas, podendo alterar a classificação de Sayagués e ser consideradas como um "serviço público impróprio".

**Palavras-chave:** interesse geral; serviço público; atividade privada; funções estatais; regularidade; continuidade; declaração; serviço público impróprio.



# 1. Introducción

## 1.1 Objetivos

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un breve análisis sobre las características de ciertas actividades comerciales o industriales que han sido declaradas por las leyes que las regulan como “actividades de interés general”, con el fin de entender si las mismas pueden constituir un nuevo tipo de cometido estatal, dentro de la clásica clasificación de cometidos estatales realizada por Sayagués Laso.

En particular, el interés central que motiva este trabajo es saber si las actividades mencionadas *ut supra*, ingresan dentro de la categoría de cometidos “regulación de la actividad privada a cargo del Estado” o si, por el contrario, sus características exceden dicha categoría y se asemejan a los “servicios públicos”.

Para el caso de que se concluya que dichas actividades se asemejan a los servicios públicos, se analizará si pueden ser incluidas dentro del clásico concepto de servicio público acuñado, en nuestro país, por Sayagués Laso, o si, por el contrario, estamos en presencia de un nuevo “tipo” de servicio público.

## 1.2 Metodología e interés del trabajo

Para lograr lo anterior, el análisis estará organizado de la siguiente forma. Primero, se realizará una aproximación al concepto de “interés general”, con las limitaciones que un concepto de tal envergadura supone. Segundo, se hará un breve repaso de la clásica clasificación de cometidos estatales sostenida por Sayagués Laso, a la vez que se tratarán los aportes realizados por otros encumbrados autores, tales como Delpiazzo y Durán Martínez, sobre el tema. Tercero, se abordarán algunos conceptos utilizados en ordenamientos jurídicos comparados o aportados por doctrina comparada que pueden ser útiles para este estudio. Cuarto, se analizarán las características comunes que algunas de las actividades declaradas de interés general poseen; puntualizando algunos ejemplos concretos. Finalmente, una reflexión final, de acuerdo con todas las nociones abordadas.

El tema elegido para este estudio tiene motivo en el ejercicio profesional que quien escribe desarrolló durante años. En efecto, habiendo trabajado en una multiplicidad de casos donde la creciente regulación del Estado de diversas actividades privadas ha hecho que su régimen, en los hechos, sea tan exigente como el que poseen los servicios públicos, y que el límite entre ambos tipos de cometidos sea borroso, quien escribe se ha cuestionado qué tipo de cometido son en realidad estas actividades, y, por ende, qué régimen jurídico les resulta aplicable.

Como consecuencia de ello, mediante el presente, se busca entender qué consecuencias jurídicas pueden generarse a partir de la declaración del legislador de que una determinada actividad es de “interés general”.

Se busca generar un puntapié inicial para saber si existe una nueva tendencia a dejar de declarar actividades como servicio público, y en lugar de ello, sancionar leyes que incluyan la declaración de “interés general” mencionada.

Partiendo de la base de que el Derecho es una herramienta para solucionar, regular, prevenir, fomentar, desestimular, etc., determinadas conductas y actividades, una vez realizado el análisis mencionado, se reflexionará sobre si esas condiciones de la realidad, han hecho que el legislador encuentre una “nueva forma” de mantener un intenso control sobre determinado tipo de actividades, que considera esenciales para la sociedad, para asegurarse que las mismas sean prestadas en determinadas condiciones y bajo sus lineamientos.

## 2. Cuestiones preliminares

En primer lugar, en cuanto al alcance de este trabajo, cabe aclarar que el mismo no pretende ser un análisis acabado del tema, dada la complejidad, vastedad y envergadura que posee, sino simplemente un tímido comienzo, para continuar discutiendo sobre esta realidad jurídica a la que nos enfrentamos como profesionales del Derecho y también, como administrados.

En segundo lugar, vale transparentar que, si bien este estudio referirá a los conceptos de “interés general” o similares, lo hará basándose en los aportes realizados por valiosa doctrina y jurisprudencia al respecto, pero no estará enfocado en desentrañar el significado propio y conceptual de estas nociones y todo lo que ellas conllevan.

En tercer lugar, corresponde mencionar qué normas se han utilizado como punto de partida del presente análisis. En este sentido, tal como se adelantó, una serie de leyes han declarado que determinadas actividades reguladas por el Estado son de “interés general”.

A través del mecanismo establecido en la Ley N°18.381, se realizó una petición ante la Cámara de Senadores, solicitando acceso a un listado de leyes que incluyen la declaratoria de “interés general” o “interés nacional” desde el año 2000 hasta la fecha de presentación de dicho acceso (29 de diciembre de 2023).

El mencionado listado no contiene la totalidad de leyes existentes con dicha declaración, por lo que, al mismo, se le agregaron otras leyes que quien escribe conoce con motivo del ejercicio de su profesión y que resultan de particular interés para este estudio.

En este trabajo no se mencionarán ni tratarán todas las leyes contenidas en dicho listado, en tanto, luego de un análisis preliminar se concluyó que muchas de ellas no refieren a la temática que se tratará; ya sea porque la declaración de “interés general” que realiza el legislador no refiere a una actividad comercial o porque la norma no regula (en el sentido de limitar) la actividad en cuestión, sino que se centra en fomentarla, regulando los beneficios que el Estado asignará a la misma y la forma de obtenerlos.

En otros casos, lo que se declara de “interés general” son cuestiones accesorias a la actividad. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la Ley N°19.666 mediante la cual se declara de “interés general” la designación de centros de referencia en salud para patologías complejas, entre otras; o se faculta al Poder Ejecutivo y otras entidades a hacer diversas declaraciones de interés general, pero no hay en la ley, una declaración particular.

Por estos y otros motivos, el listado inicial se vio reducido a unas cuantas leyes que efectivamente realizan esta declaratoria con relación a actividades comerciales o

industriales, y que, como consecuencia de dicha declaración, prevén una regulación de la actividad, ya sea en referencia a las condiciones de prestación, precios, condiciones de ingreso, control, etc., de las mismas, determinando a la vez, severas limitaciones a derechos fundamentales.

Ejemplo de esto son, por mencionar algunas, la Ley N°17.598, que, en el marco de la determinación de las competencias de la URSEA, establece que el aprovechamiento de los recursos provenientes de los hidrocarburos, energía eléctrica y agua es de interés general, o la Ley N°15.939 que hace lo propio con relación al mejoramiento, ampliación, creación de los recursos forestales, desarrollo de las industrias forestales y, en general, de la economía forestal, entre otras. Sobre estas y otras leyes volveremos más adelante.

En cuarto lugar, si bien la petición de acceso se realizó de forma amplia, contemplando no sólo las declaratorias de “interés general” sino también aquellas que refieren al “interés nacional”, luego del análisis preliminar mencionado, se identificó que la declaración de “interés general” parecería ser diferente a la de “interés nacional” (en la mayoría de los casos), ya que esta última no hace referencia, en general, a actividades comerciales que por su relevancia deban seguirse de un determinado régimen regulatorio, sino más bien a determinadas áreas, aspectos o proyectos a los cuales el Estado quiere mostrar su apoyo, resaltar su importancia, conmemorarlas o fomentarlas, por ejemplo, a través de exoneraciones tributarias. Por ello, la mayoría de estas leyes no serán tratadas, con excepción de algunas pocas.

A vía de ejemplo, la Ley N°19.713 declara de “interés nacional” los 100 años del Palacio Legislativo, la Ley N°20.210 hace lo propio con relación a los actos conmemorativos de los 150 años del Liceo N°1 del Departamento de Salto y la Ley N°20.219 lo hace con respecto al desarrollo de proyectos científicos que se presenten por medio de clubes de ferias o ciencia con participación del Ministerio de Educación y Cultura y la Administración Nacional de Educación Pública.

Sin perjuicio de lo que viene de decirse, en el estudio de aquellas leyes que sí serán tratadas aquí, el análisis no se limitará al concepto de “interés general”, ya que, en muchas ocasiones, en las discusiones parlamentarias de las mismas, se utilizan estos conceptos como sinónimos; como es sabido, dichas discusiones no siempre se limitan a conceptos técnico-jurídicos.

### 3. Análisis

#### 3.1 Sobre las nociones de interés general, interés público y similares.

Como se verá a continuación, en términos generales, la doctrina tiende a diferenciar los conceptos de “interés público”, “bien común” e “interés general”, por nombrar algunos.

Con relación al interés público, Durán Martínez (2017) entiende que se relaciona con la dimensión social y política, que trasciende lo meramente privado (pp. 171).

Respecto a este interés, sostiene Ruocco (2021) que se identifica: “con los intereses secundarios [de la doctrina italiana] reservando la expresión interés público para referirnos -entre otros- al interés del Estado. En este sentido identificamos este último

término con las finalidades concretas que deben realizar los órganos y entes públicos” (pp. 140).

Rotondo (2019) por su parte, ha expresado:

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas, de manera regular y continua, pero en virtud de principios y normativa constitucional, tal satisfacción debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno... Tal el interés ‘primario’ al cual debe estar dirigido el interés directo de la propia entidad estatal, que es un interés público ‘secundario’ (pp. 87-102).

Con relación al bien común, Durán Martínez (2017) sostiene que es un estado de hecho base para el desarrollo integral de cada quién, que no coincide con el fin de cada entidad estatal, aunque se relacionan (pp. 146).

Así, se ha sostenido que:

La satisfacción del interés público y privado, se logra a través de la creación de una situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana, esto es el bien común; que no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales. De manera que es de interés general el logro del bien común, que este no es otra cosa que el ‘conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección’ ... El bien común debe comprender el conjunto de los valores humanos compartidos por la sociedad, incluyendo los derechos y deberes (Durán Martínez, 2017, como se cita en Ruocco, 2021, pp. 43).

De las sentencias y opiniones consultivas de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) surge que el criterio utilizado por ésta para definir al “bien común” es coincidente con lo que explican los autores citados, en tanto la CIDH entiende que refiere a condiciones de la vida en sociedad, que permiten el desarrollo de los individuos y grupos que la conforman (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 6, 1986).

Ahora bien, el interés general por su parte, según Durán Martínez (2017) vendría a ser el motor y límite del actuar administrativo (pp. 171).

Ruocco define el interés general determinado lo que claramente no es, lo que claramente sí es, y brindando lineamientos para acercarnos a la zona gris que lo rodea.

Ruocco define al interés general determinando lo que claramente no es, lo que claramente sí es, y brindando lineamientos para acercarnos a la zona gris que lo rodea.

En referencia a lo que no es, sostiene:

La antigua forma de concebir al interés general de forma aritmética, es decir, mediante la suma de los intereses individuales de la sociedad, no debe ser considerada ya válida... tampoco es el interés o deseo de la mayoría. Tampoco es el interés de una parte de la sociedad, por importante o relevante que sea, ni siquiera es el interés de la mayoría social política. Tampoco es el que pertenece a la mayoría que hace posible un gobierno

determinado. No sería correcto identificar al interés general con las decisiones que toma la autoridad pública (Ruocco, 2021, pp. 38).

Con relación a lo que sí es, la autora explica que en tanto el centro de todo el sistema y sus herramientas reposa en la protección de los derechos de las personas, es de interés general la protección del sistema único e integral de derechos humanos. Además, entiende que ese núcleo de certeza positiva, como lo llamaba García de Enterría (1996, pp. 82) está compuesto por los valores contenidos en la Constitución, y por los derechos y garantías fundamentales, como se mencionó precedentemente; y que, en definitiva, la cuestión del interés general es una cuestión de interpretación<sup>1</sup>.

En la misma línea se expresa Risso (2005):

La exigencia de razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad (pp. 12).

Rotondo (2015) relacionando también el interés general con la protección de los derechos fundamentales, ha dicho:

El Derecho administrativo no se enfoca hoy como el Derecho del poder o de su organización o de los servicios públicos, sino que se centra en la prosecución del interés general, el cual es realmente operativo si se respetan los derechos fundamentales de las personas en su vida cotidiana. El Estado es instrumental para dicho interés y sobre todo y, ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas (pp. 87- 102).

Así, Ruocco (2021) para poder construir un acercamiento al concepto, sobre todo respecto de su zona gris (propia de un concepto jurídico indeterminado) expresa que el interés general posee una estructura general (valga la redundancia) en el sentido de que posee contenidos que aplican para cualquier sistema jurídico político y otros elementos que califica como variables (pp. 54).

Sostiene que, en términos muy generales, este concepto puede ser definido como:

El conjunto de condiciones de la vida en el seno de una sociedad, que permiten a cada uno de los individuos que la integran y a las organizaciones que la componen, alcanzar su mayor desarrollo posible, de acuerdo a sus propios patrones antropológicos y culturales. Podríamos además definirlo como una síntesis de los derechos individuales y no simplemente como la sumatoria de ellos...Siguiendo a Risso Ferrand, construimos la noción de interés general respetando en primer lugar los principios generales de Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que las razones de interés general no pueden destruir los grandes principios (Ruocco, 2021, pp. 54)

1 Cuyo mecanismo puede variar dependiendo de la postura filosófica del operador jurídico que realice la operación interpretativa, ya sea que se trate del positivismo jurídico extremo, pospositivismo o iusnaturalismo. No se ahondará en estas diferencias, en la medida en que no es el objetivo del trabajo y la extensión de éste, no lo hace posible.

A nivel comparado, en España, Rodríguez Arana (2020) ha entendido que:

El interés general en el Estado social y democrático de Derecho tiene un significado que ayuda a comprender su alcance y funcionalidad en el entero sistema del Derecho Administrativo. Entre sus características se encuentran la participación social, la transparencia o la publicidad, la motivación, la precisión y, por su puesto, su destino a la protección de los derechos fundamentales... En el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Esta precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de Derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad en virtud de normas que permiten laborar a la Administración pública. El interés general, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembros de la sociedad en que el funcionamiento de la Administración público repercuta en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos (párrafo primero).

A nivel jurisprudencial, nuestra Suprema Corte de Justicia (SCJ) ha seguido diversas posturas. Podría decirse que antes del año 2016, entendió que el interés general no puede definirse como el interés de toda la colectividad, sino que hay que atender a los sujetos o categorías de sujetos, a los que la ley (dictada por razones de interés general) refiere.

Asimismo, la SCJ analiza en sus sentencias la razonabilidad del motivo por el cual se limita el derecho (invocando esas razones de interés general) y no la conveniencia o razonabilidad de la ley misma. Agrega la Corte en sus fallos, que para determinar si existe o no interés general, debe atenderse también a los hechos sociales o exigencias naturales que llevan a dictarla.

En el mismo pronunciamiento, la Corporación expresó: “varían con la evolución de cada medio y cada época, de ahí que las soluciones legislativas no resulten coincidentes, y lo que importa, en definitiva, es que las nuevas disposiciones consulten el interés general del momento en que se dictan, ajustándose a las condiciones políticas, económicas y sociales existentes” (Suprema Corte de Justicia, Sentencias 12, 2018, 69, 1982, 404, 1985, 237, 1987, 234, 1995).

A partir del año 2016, la SCJ comienza a utilizar el principio de proporcionalidad (además del de razonabilidad) a la hora de examinar si se cumplen con esas razones de interés general, para limitar derechos (Suprema Corte de Justicia, Sentencias 12, 2018, 69, 1982, 404, 1985, 237, 1987, 234, 1995).

La ya mencionada CIDH (1986) por su parte, ha expresado que se trata de un concepto jurídico indeterminado peligroso porque se ha prestado para ser interpretado como garantía de los derechos humanos o para limitar los mismos, pero que debería ser siempre visto en el primero de los sentidos y no como una habilitación al legislador para cercenar derechos (Opinión Consultiva 6, 1986).

Por su parte, englobando y analizando todos los conceptos antes mencionados y considerándolos como sinónimos, Cajarville (2013) ha explicado:



En doctrina se ha señalado la existencia de dos tradiciones en cuanto a la concepción del interés público... La tradición angloamericana considera el interés público como una combinación de los intereses particulares de todos los ciudadanos, de todos los habitantes... Por otro lado se señala la existencia de una tradición europeo continental, que concibe el interés público como un interés diferente, y además superior, a la mera combinación de los intereses privados... ciertos intereses existen porque la comunidad existe, que en ese sentido pueden decirse intereses de la colectividad o de la comunidad... no estamos hablando de un interés de una entidad colectiva, transpersonal, sino de intereses coincidentes de todos los individuos que forman parte de la colectividad: el interés que todos los individuos tenemos precisamente en formar parte de la colectividad... Es así que, por esta doble vía, se satisface la inquietud de Gordillo, que Rotondo ayer recogía, cuando sostiene que el interés público o bien común 'es sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes' y que 'el 'interés público' en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falacia'... El cotejo con todos estos autores, que son las cumbres que más respeto, nos lleva a una conclusión: todos ellos coinciden en que siempre subyace al interés general, lo sustentan y constituyen, los intereses de la generalidad de los miembros de la colectividad, individual y subjetivamente considerados, intereses personales de cada uno de ellos como partícipes del interés general. A todas estas concepciones... se aplica la conclusión que Bandeira de Mello extrae de la suya, que traduzco casi literalmente; dice Bandeira de Mello que esta concepción permite 'fácilmente desenmascarar el mito de que los intereses calificados como públicos son insusceptibles de ser defendidos por particulares (salvo en acción popular o civil pública) aun cuando su desatención produzca agravio personalmente sufrido por el administrado, pues aniquila el pretendido sustento teórico que le proporcionaría: la indebida suposición de que los particulares son extraños a tales intereses' (pp. 139-156).

De la doctrina y jurisprudencia citada emerge que existen al menos tres conceptos diferentes (sin perjuicio de la salvedad hecha por Cajarville), todos vinculados con el bienestar del Estado (en sentido amplísimo) o de alguna parte del mismo: el interés general, el interés público y bien común.

Existen también, conforme veremos a continuación, otros conceptos que parecerían ser similares o que podrían subsumirse en alguno de éstos, utilizados por el legislador (no siempre técnicamente), tales como el interés nacional, la utilidad pública, etc.

De acuerdo a los desarrollos precedentes, podríamos decir que el interés público vendría a coincidir con los cometidos que cada entidad estatal tiene asignados. Estos cometidos, y, por ende, el interés asociado a ellos, puede variar de acuerdo a diversas condiciones históricas, culturales, sociales y a las políticas fijadas por el Poder Ejecutivo para el país; está directamente relacionado con el interés general, puesto que (aunque sea) de forma mediata, las entidades públicas deben defenderlo y procurarlo. Ello, visto desde una óptica actual que coincide con la evolución de la concepción del Estado y la Administración, entendiendo a éstos como un medio, como instituciones instrumentales, serviciales, en pos del interés general y no como fines en sí mismos.

El bien común por su parte, radicaría en un estado de hecho, objetivo, la base imprescindible para que todas las personas puedan realizarse por sí, y como parte de

los grupos a los que pertenecen. Este concepto también está vinculado al interés general, puesto que es de interés general, la protección de los derechos humanos y para su satisfacción, como se mencionó, es necesario que previamente exista ese estado de hecho objetivo que permita su pleno desarrollo.

Cuando pensamos en interés general, inmediatamente pensamos en el artículo 7 de la Constitución, en la medida que establece que la única forma de limitar el goce de los derechos fundamentales allí mencionados (puesto que no todos se pueden limitar), es a través de una ley dictada por razones de interés general. De aquí la importancia de poder acercarnos a su definición, puesto que es necesario saber qué es, para determinar si las limitaciones que realiza el legislador de diversos derechos y actividades son jurídicamente válidas.

En este sentido, podría afirmarse que el interés general es un concepto jurídico indeterminado evolutivo (al igual que los que vienen de referirse), y como tal no puede ser conceptualizado a priori o en abstracto, puesto que adquiere determinación en el caso concreto y, por ende, puede variar dependiendo el tiempo y el lugar.

Asimismo, es relevante distinguirlo, como concepto jurídico indeterminado qué es, de la discrecionalidad; a diferencia de ésta, que implica la existencia de un abanico de opciones, todas jurídicamente válidas, el concepto jurídico indeterminado contiene una única solución válida, pero resulta extremadamente complejo saber cuál es.

Lo que si puede sostenerse es que resulta de interés general la protección de los derechos fundamentales puesto que no son éstos los que están subordinados al interés general, sino todo lo contrario. La solución siempre está orientada hacia los derechos humanos:

La solución de principio es la protección de los derechos... ‘Razones de interés generales un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido será definido desde la Constitución, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los principios generales, de los valores, del sistema único de derechos humanos. Las razones de interés general implican aquellas razones que son necesarias para asegurar la eficacia de todo el sistema de derechos humanos. No es un concepto a que arbitrariamente se decida limitar un derecho u otro, sino que el horizonte tiene que ser siempre la protección del sistema único e indivisible (Ruocco, 2021, pp. 49).

De la mano con lo que viene de decirse y con los prestigiosos autores que vienen de citarse, es posible expresar que para construir la noción de interés general también debe atenderse al postulado de que no alcanza con la existencia de una finalidad a cumplir; para poder decir que ese interés general existe y, en consecuencia, limitar el derecho, esa finalidad debe estar en consonancia con la Constitución.

A la hora de acercarnos a una definición de este concepto, también debe acudir al principio de razonabilidad, en la medida que las “razones de interés general”, son eso, razones; si no hay razonabilidad, la limitación no será válida.

Asimismo, cuando hablamos de limitaciones realizadas en pos de ese interés general, éstas deben ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad, de forma de determinar si la limitación cumple con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dicho principio implica, tal como ha expresado nuestra SCJ al analizar las limitaciones legislativas:

Toda limitación o restricción legal de derechos fundamentales debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad... Son tres las manifestaciones del principio mencionado: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva o limitativa ... La idoneidad supone que la restricción es apta para alcanzar el fin perseguido por la ley que la contempla; es un criterio fáctico en el sentido de que debe existir un cierto grado de probabilidad de que, mediante la restricción, se logre el objetivo de la ley restrictiva ... La necesidad, apunta Casal Hernández, se satisface cuando no existe una medida alternativa menos gravosa para el derecho, que sea a la vez idónea para alcanzar, con igual grado de efectividad, el objetivo propuesto ... La proporcionalidad en sentido estricto conduce a un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista considerada en su globalidad, mediante la ponderación de la limitación o restricción sufrida por el derecho, por un lado, y del fin que se busca alcanzar, por el otro. Si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por consiguiente, ilícita. De ahí que el juicio sobre la proporcionalidad en sentido estricto se centre en la relación medio-fines, que debe ser balanceada o proporcionada (Suprema Corte de Justicia, Sentencia 576, 2016).

Tal como se indicó al comienzo de este trabajo, todo el desarrollo anterior es importante para entender a qué refiere el legislador cuando declara una actividad de interés general, con las limitaciones explicadas en el Capítulo 2 “Cuestiones preliminares” del presente

### 3.2 Breve referencia a las clasificaciones nacionales tradicionales y modernas de cometidos estatales y concepto de servicios de interés económico general.

Para comenzar, se hará referencia a la clásica y siempre vigente clasificación de cometidos estatales diseñada por Sayagués Laso (2010), universalmente adoptada, según la cual aquellos pueden ser sistematizados en las siguientes categorías: cometidos esenciales, servicios públicos, servicios sociales, actuación estatal en el campo de la actividad privada y regulación de la actividad privada por parte del Estado (pp. 71).

En opinión de quien escribe, no puede dudarse de la utilidad de esta clasificación, la que, además, desde el punto de vista didáctico, continúa siendo la más clara a los efectos de que los estudiantes puedan entender y diferenciar los diversos cometidos, porque de ello depende su régimen jurídico. Sin perjuicio de lo dicho, desde el estudio de la práctica profesional y considerando nueva normativa que se ha dictado con el paso del tiempo, reconocidos autores nacionales como Cajarville, Delpiazzi y Durán Martínez han realizado contribuciones muy valiosas a esta clasificación de Sayagués Laso.

Considerando el objeto de este trabajo, sólo referiremos a las categorías de servicios públicos y a regulación de la actividad privada por parte del Estado.

En cuanto a los servicios públicos, Sayagués (2010) los definió (en sentido restringido; no utilizaremos la acepción amplia de la doctrina francesa), como el: “conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas imposterables mediante prestaciones suministradas directa e

inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (pp. 70). En cuanto a sus rasgos esenciales, explica el autor que:

En los estados liberales las necesidades de los individuos son satisfechas corrientemente por el esfuerzo particular, desenvolviéndose en el campo de la libertad de trabajo, industria y comercio. Pero en ciertos casos la satisfacción de dichas necesidades tiene tal trascendencia que se convierte en una tarea de interés general, requiriendo procedimientos especiales que aseguren su realización en todo momento. Aparece así la noción del servicio público como medio de satisfacer una necesidad colectiva de gran interés social...Dada la naturaleza y trascendencia de las necesidades colectivas que satisfacen, los servicios públicos deben prestarse en todo momento en forma continua, ininterrumpida. La paralización de los servicios públicos puede acarrear grave daño a la colectividad y por ello se sanciona severamente todo acto tendiente a su interrupción parcial o total (Sayagués Laso, 2010, pp. 68).

directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (pp. 70). En cuanto a sus rasgos esenciales, explica el autor que:

En los estados liberales las necesidades de los individuos son satisfechas corrientemente por el esfuerzo particular, desenvolviéndose en el campo de la libertad de trabajo, industria y comercio. Pero en ciertos casos la satisfacción de dichas necesidades tiene tal trascendencia que se convierte en una tarea de interés general, requiriendo procedimientos especiales que aseguren su realización en todo momento. Aparece así la noción del servicio público como medio de satisfacer una necesidad colectiva de gran interés social...Dada la naturaleza y trascendencia de las necesidades colectivas que satisfacen, los servicios públicos deben prestarse en todo momento en forma continua, ininterrumpida. La paralización de los servicios públicos puede acarrear grave daño a la colectividad y por ello se sanciona severamente todo acto tendiente a su interrupción parcial o total (Sayagués Laso, 2010, pp. 68).

Asimismo, indica el autor que estos cometidos se encuentran regulados por normas de derecho público porque las normas de derecho privado por si solas, no son útiles para satisfacer una necesidad de estas características, y nombra algunos ejemplos de las potestades que deben concederse a los órganos públicos que las regulan o realizan, entre las que se encuentran las limitaciones a la propiedad, potestad de imponer sanciones administrativas, etc. (Sayagués Laso, 2010, pp. 69).

Con relación a la forma de prestación de la actividad, expresa que:

La noción de servicio público debe incluir la intervención estatal como uno de sus elementos esenciales. Esto no significa que sea forzosa la explotación directa por una entidad estatal pues caben diversas formas de ejecución (v. infra, N.º 34). Pero corresponde a las entidades estatales competentes, asegurar por una u otra vía el correcto cumplimiento de dichos servicios (Sayagués Laso, 2010, pp. 70).

Continúa el autor indicando que:

Los servicios públicos deben prestarse con regularidad, en condiciones razonables de buen funcionamiento. Precisamente, si se acude al régimen de derecho público, es para

asegurar la correcta actuación del servicio... está dirigido directa e inmediatamente al público, pudiendo todas las personas utilizarlo en igualdad de condiciones...pero debe mantenerse estricta igualdad para todos los que estén en una misma situación. La prestación del servicio es una obligación, debiendo efectuarse sin distinción de personas (Sayagués Laso, 2010, pp. 59).

Con respecto al cometido de regulación de la actividad privada por parte del Estado, Sayagués (2010) explica que:

Para que sea posible la convivencia social es indispensable la existencia de normas que regulen dicha actividad privada de los particulares, delimitando la esfera de acción de cada cual y precisando el alcance de sus respectivos derechos... Generalmente el Estado no se limita a la mera formulación de normas reguladoras de la actividad privada, sino que realiza ciertas tareas concretas, prácticas, con el propósito de controlar, encauzar, etc., esa misma actividad. Es una actividad complementaria de la regulación de la actividad privada y requerida para obtener el mejor resultado (pp. 59).

Continúa el autor ejemplificando cómo el Estado regula la actividad privada:

Así, con fines de constatación crea registros y exige la inscripción de ciertos actos realizados por los particulares; algunas veces, con propósitos de estímulo acuerda privilegios, subvenciones, primas, etc.; en otros casos, para lograr determinada orientación de la actividad privada, establece procedimientos diversos: controles, autorizaciones, etc.; asimismo, por razones de fiscalización condiciona el ejercicio de la actividad individual al previo cumplimiento de ciertos requisitos: autorizaciones, inspecciones, etc. (Sayagués Laso, 2010, pp. 60).

257

De estas definiciones, es posible observar que, si bien Sayagués refería a la posibilidad de limitar determinados derechos y actividades, lo hacía enfocándose en el fomento o control de las mismas, pero no incluía como características de este cometido, la regularidad, calidad, continuidad, eficiencia, igualdad, obligatoriedad, etc., como si sucede en el caso de los servicios públicos.

Delpiazzo por su parte, al estudiar este tema, refiere a la imposibilidad de distinguir teóricamente a los servicios públicos de los sociales, en tanto se desdibujan en ciertos casos sus diferencias y su categorización puede, muchas veces, quedar en manos del legislador. En este sentido, reflexiona sobre la idea de servicio universal y de servicio de interés económico general.

Esta dificultad de distinción que menciona Delpiazzo (2015) se produce, en buena medida, porque existe una tendencia en las regulaciones actuales a no declarar como servicio público ciertas actividades y dejarlas en el ámbito privado, lo que además puede generar confusión, en tanto:

Mientras que la actividad de carácter netamente económico asumida por la Administración no pierde por ello su condición original de privada cumplida originariamente por particulares en el ámbito de la libertad, la actividad prestacional ordinariamente responde a fines públicos concretos y descansa - con independencia de

su forma de gestión (directa o indirecta) – en un régimen jurídico público, que a veces se despliega en régimen de concurrencia con la iniciativa privada (pp. 579-580).

Esta tendencia o como lo llama Delpiazzo (2010): “apertura de los servicios a la competencia ya las leyes del mercado” (pp. 583) se caracteriza según el autor:

Básicamente por las siguientes notas: a) la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto... b) el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo...c) la sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por uno abierto a la entrada en el sector ... y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas a garantizar determinadas prestaciones mínimas al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica (pp. 583-584).

Tal como sostiene el referido autor, en la actualidad y desde hace varios años, existe una tendencia a extraer del ámbito público determinadas actividades, o que, al regularlas por primera vez, se las mantenga dentro del ámbito privado (Delpiazzo, 2010, pp. 583-584). Sin perjuicio de que jurídicamente se puedan analizar las características de dichas actividades para saber qué naturaleza deberían tener, debe tenerse presente que muchas veces, es el legislador el que establece a través del dictado de las normas, qué tipo de cometido serán, siguiendo también la política pública fijada por el Poder Ejecutivo para cada sector de actividad.

En virtud de ello, la doctrina ha ahondado en conceptos como el servicio universal y los servicios de interés económico general, de forma de poder explicar por qué actividades que reúnen características para ser servicio público, normativamente no lo son.

En este sentido, Delpiazzo (2010) expresa con relación al servicio universal:

El disfrute de los servicios de interés general (tanto públicos como sociales) por todos los ciudadanos debe ser garantizado sobre la base de principios como la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que éstas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho. No puede ser distinta la situación de una familia radicada en la ciudad a la de otra que vive en el medio rural, ni en orden al acceso al servicio de energía eléctrica ni respecto al acceso a la escuela para sus hijos (pp. 583).

Con relación al concepto de servicio de interés económico general, expresa el autor:

Singularizado por tratarse de actividades comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades competentes y sujetas por ello a que su prestación se realice con continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia, es decir, cumpliendo los atributos del servicio público, pero sin ‘publicatio’ y sin exclusión de la competencia (Delpiazzo, 2010, pp. 583).



Durán Martínez (2015), con su usual claridad, refiere a estos nuevos conceptos de la siguiente forma:

Por eso y por las nuevas ideas impulsadas por el neoconstitucionalismo que han configurado un nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, no es de extrañar que se hable de crisis de la noción de servicio público y se procure una nueva terminología. Servicios de interés económico general o servicios económicos de interés general es una terminología que tiende a imponerse en Europa en lugar de la clásica expresión servicio público... De esta observación se desprende que estos servicios responden a necesidades colectivas que deben ser satisfechas mediante prestaciones *uti singuli*, y que actúan en el mercado, sin que importe si el prestador posee o no ánimo de lucro y cuál es el titular de la actividad. De la enumeración efectuada por Díez-Picazo se percibe que estos servicios comprenden actividades que en la concepción de Sayagués Laso configuran servicios públicos en sentido estricto (actividades de naturaleza privada por su origen pero que la ley torna estatales y solo son susceptibles de ser prestadas por particulares mediante concesión), servicios sociales (actividades de naturaleza privada que puede asumir el Estado en ayuda de los particulares pero sin desplazarlos) y actividades privadas a cargo del Estado (actividades de naturaleza privada, normalmente de carácter industrial o comercial, que el Estado asume en concurrencia o excepcionalmente en forma monopólica) (pp. 45).

Cajarville (2012) por su parte, refirió a estos conceptos y a su vinculación con el concepto doctrinario clásico y normativo de “servicio público”, realizando la siguiente aclaración:

Por supuesto, la ley puede limitar la libertad de comercio, industria y trabajo por razones de interés general... Existiendo para ello razones de interés general, se trate o no de actividades cumplidas por entidades estatales, la ley puede someter cierta actividad cumplida por particulares a un régimen jurídico con algunas o todas las características que la doctrina dominante atribuye al de los que llama ‘servicios públicos’, sin relación alguna con esa noción... Así, puede condicionar la posibilidad de desempeñar ciertas actividades al dictado de actos estatales discrecionales (autorizaciones, permisos o concesiones); puede someter actividades libradas a la competencias a regulación y control y a potestades de dirección de entidades estatales, imponiéndolo directamente en la ley, o por la vía de someterlas a concesiones, autorizaciones o permisos condicionados, o discrecionalmente revocables, o bien por vía convencional, puede imponer el principio de prestación regular, continua, igualitaria y de calidad, en actividades libradas a la competencia; puede someter las tarifas o precios de actividades en competencia a fijación o aprobación por la Administración. Soluciones como las expuestas, han estado o están vigentes en nuestro derecho para determinadas actividades ... todas en libre competencia. Todo ello, sin depender de que esas actividades sean o no desempeñadas además por entidades estatales, ni por supuesto de su adecuación a la definición de ‘servicio público’ de la doctrina dominante. Denominar a las actividades así reguladas ‘servicio público’, ‘servicio público competitivo’, ‘servicio de interés público’, ‘servicio universal’ o de alguna otra manera más o menos ingeniosa que se imagine, es desde el punto de vista doctrinal cuestión meramente terminológica... Cuando cualquiera de esas denominaciones se utilice por el derecho positivo, se trata de interpretar debidamente el régimen jurídico consagrado en cada caso (pp. 219-220).

También respecto a la relación entre el clásico concepto de servicio público y los servicios de interés económico general, el autor explica de forma muy clara que la causa de los mismos se halla en el modelo de Estado actual, en la servicialidad de la Administración y en el principio de subsidiariedad. Todo ello implica que el foco no esté en el órgano prestador del servicio sino en los usuarios y por tanto en las características de la prestación que éstos reciben y que está dirigida a satisfacer sus necesidades. Esto, de la mano con las fases positiva y negativa del principio de subsidiariedad, podría explicar la existencia de nuevas actividades que, si bien no son servicio público, reúnen muchas de sus características y siguen estando en la esfera de la actividad privada.

En este sentido, sostiene el autor:

El usuario se ha convertido en el centro de atención del tratamiento jurídico. Es que la persona es el principal protagonista del mundo del derecho... Por eso se comprende la receptividad que ha tenido la conceptualización del derecho administrativo de González Navarro como el derecho del poder para la libertad... El principio de subsidiariedad tiene una faz positiva que lleva a la acción del Estado y otra negativa, la de principio, que impide o limita su actuación, con lo que el equilibrado ejercicio de la acción estatal en función de estas facetas, conforme a las concretas circunstancias, revelan la presencia de la solidaridad (Durán Martínez, 2015, pp. 49).

En el mismo sentido, Ruocco (2019) explicó:

El principio de subsidiariedad es un principio de división de la competencia entre el Estado y los particulares, que se expresa en un doble sentido: negativo, porque el Estado no debe ejercer aquellos roles que pueden realizar las sociedades intermedias o los individuos; y positivo, porque al Estado le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, controlar, fomentar, estimular, ayudar, coordinar, integrar y hasta suplir a los particulares cuando exigencias del bien común así lo imponen (pp. 95-119).

Al respecto, Ferrés (2008) destaca que lo que debe tenerse presente cuando se habla del viejo concepto de servicio público y de todas las nuevas modalidades del mismo, es que necesariamente se trata de actividades prestacionales y nombra como ejemplos, algunas de las que pueden verse en las leyes mencionadas en el capítulo anterior: agua potable, hidrocarburos, etc. (pp. 344).

De lo que viene de verse, surge que por diversas razones asociadas a cambios sociales, económicos y jurídicos (la globalización, la crisis del Estado benefactor, etc.), se han dictado y continúan dictándose regulaciones que tienden a referir a actividades prestacionales, dejando a muchas de ellas en el ámbito de la iniciativa privada, permitiendo la libre competencia, la financiación privada, pero asociándolas con el antiguo concepto de servicios públicos, es decir, exigiendo que se presten en condiciones de igualdad, accesibilidad, eficiencia, regularidad, continuidad, etc., e imponiendo severas responsabilidades y sanciones a quienes incumplen estas obligaciones.

En este sentido, Ferrés (2008) expresa que:

En el nuevo escenario, las empresas (públicas, privadas o mixtas) que tengan a cargo la prestación de un servicio en régimen de libre competencia deberán cumplir con determinadas obligaciones de servicio público que son necesarias para proteger el

interés general. En efecto, el carácter obligatorio de la prestación, la prestación en forma regular y continua deben seguir siendo características indispensables en el nuevo servicio público (pp. 354).

Así, por decirlo en términos coloquiales, se obtiene lo mejor de los dos mundos. Se abre el camino para captar capitales privados, se apuesta a la eficiencia en el sentido de que el particular piensa su negocio con “cabeza empresaria” y a su vez, se asegura que la actividad se va a cumplir con las características antes descriptas, en pro de la satisfacción de los derechos de las personas.

### 3.3 Breve referencia a las clasificaciones de la doctrina comparada sobre cometidos estatales

Esta crisis de la noción de servicio público a la que hacen referencia los autores nacionales antes citados, trasciende fronteras porque viene de la mano de un cambio en la concepción del Estado.

En México, Cortiñas Pelaez (1986) reflexionó sobre los cometidos estatales denominados por él como *‘cometidos del Poder Público’*.

Específicamente con relación a los servicios públicos, siguiendo la línea de Sayagués, sostuvo que:

Siguiendo casi puntualmente los requisitos de la doctrina y Derecho comparados, el Derecho de la Administración Pública mexicana estatuye que serán características de la prestación de los cometidos de servicio público, la continuidad, la uniformidad, la regularidad, la permanencia y la satisfacción de necesidades de carácter colectivo, las cuales son irrenunciables porque la prestación de estos servicios es de interés público... La concesión de un cometido de servicio público será regida por vigilancia y reglamentación intensas por parte de la autoridad administrativa... (pp. 156-157).

261

Salvando las distancias referidas a la forma de organización estatal y política de México y nuestro país, el autor indicó: “la determinación de que un cometido del Poder Público constituye un servicio público, sólo puede efectuarse respecto de la Administración Pública mexicana mediante un acto legislativo, ley federal o ley estadual o local, según los casos” (Cortiñas Peláez, 1986, pp. 157)”.

En Argentina, por ejemplo, la doctrina ha analizado el concepto clásico de servicio público comparándolo con la situación actual. En este sentido, han expresado que:

En su acepción clásica, el servicio público como herramienta o técnica jurídica tiene sustento en la idea de asegurar una prestación de un servicio esencial bajo condiciones abiertas, continuas, regulares y sujetas a control permanente de precios y calidad por parte de la autoridad estatal. Estos caracteres, que históricamente han sido notas diferenciadoras, en la actualidad se encuentran en conflicto y en muchos servicios públicos declarados como tales, alguno incluso no se presenta ... Gordillo ha sostenido que la definición de servicio público deviene formal, puesto que no resulta posible definirlo por su esencia o por sus notas funcionales de manera independiente a la declaración formal de reconocimiento como tal por parte del Estado (Stinco, 2018, pp. 1).

Cassagne (2002) por su parte, en términos coincidentes, afirma que:

La historia del servicio público...demuestra que, si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acechan, la técnica que, en definitiva, configura su régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica... El servicio público, como construcción dogmática no es un producto de ciencias exactas, sino de la realidad y, como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor o menor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas y por ser una institución que se apoya en la realidad antes que en la ideología ha podido subsistir y evolucionar, sin que se resienta su contenido esencial, que es, en definitiva, la satisfacción de las necesidades que una comunidad considera primordiales o esenciales, sometiéndolas a un régimen jurídico especial (pp. 472).

Pérez Hualde (2017) haciendo referencia a la doctrina italiana señala que:

Por su parte desde la doctrina italiana, SCOTTI expresa una idea más cercana a nuestra percepción; así las obligaciones de los SP o universales corresponden a prestaciones que la comunidad o los Estados miembros tienen como objetivo garantizar a los ciudadanos independientemente de las condiciones del mercado y según un programa determinado por las autoridades públicas – con respecto a la prestación, a su calidad y a sus tarifas y toda otra condición de la oferta considerada relevante (pp. 16- 17).

El autor basándose en las consideraciones anteriores, propone una serie de lineamientos para dilucidar si estamos en presencia de un régimen propio de los servicios públicos:

Como consecuencia de estas reflexiones, proponemos las siguientes notas como pautas que indican la presencia del régimen propio del SP...1) Decisión de naturaleza política de inclusión socioeconómico- cultural con consecuencias jurídicas de imposición. La decisión como dijimos, es estrictamente política y de alta significación jurídica, pero no se agota en la sola formulación normativa y continúa haciendo referencia a las notas de continuidad, regularidad, igualdad, generalidad, obligatoriedad, calidad y eficiencia (Pérez Hualde, 2017, pp. 18-45)

Asimismo, analizando la jurisprudencia, indica que, en algunos países como Perú, se ha hecho énfasis al definir a los servicios públicos, en la obligación de garantizar el servicio a los usuarios y no en la titularidad estatal del servicio, lo cual va de la mano con lo expresado por la doctrina nacional moderna:

Alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha señalado, con acierto, el rol del Estado frente a los SP; así, ‘lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado... de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población’ (Pérez Hualde, 2017, pp. 33)

Balbín (2008) ahonda en las clasificaciones de los servicios públicos y en particular, en lo que interesa a este trabajo, menciona a los servicios públicos propios e impropios:

Otros autores han intentado dar mayor precisión conceptual sobre este objeto, y en tal sentido han distinguido entre los servicios públicos propios e impropios “entendiendo por servicio público propio aquel que presta el Estado directamente o por concesionarios y por servicio público impropio aquel que tiene de común con el propio la satisfacción, más o menos continua, de necesidades colectivas, pero no es el Estado quien lo presta ni lo concede sino que tan sólo lo reglamenta”...Por su parte, el servicio impropio supone un derecho preexistente de las personas, y el Estado sólo debe darles un permiso con el objeto de que puedan ejercer entonces los derechos ya reconocidos por el ordenamiento jurídico (pp. 907).

Asimismo, Balbín (2008) diferencia los elementos o componentes subjetivos y objetivos de los servicios públicos, indicando que el único elemento vivo luego de la revolución que ha sufrido, es el del interés público que se persigue:

Veamos cómo se desató esa crisis. Por un lado, el elemento subjetivo, es decir el sujeto estatal, fue claramente desvirtuado por la transferencia de los servicios públicos en términos de gestión y prestación hacia el sector privado por medio de la concesión de aquéllos, tal como ha ocurrido en casi todos los países y en diferentes momentos históricos y políticos. Por otro lado, el servicio público no supone, según nuestro criterio, un régimen exclusivo de Derecho Público; sin desconocer que ciertos aspectos sí están regulados necesariamente por el Derecho Administrativo. Por ejemplo, cuando el servicio es prestado por el Estado mediante las empresas del Estado y no por el propio ejecutivo, entonces, el Derecho Privado irrumpe con fuerza, aunque luego termine replegándose frente al Derecho Público ... Entonces, ¿cuál de los elementos constitutivos del servicio público quedó enteramente en pie? El interés público (pp. 908).

Incluso, el ya citado autor Cortiñas Pelaez (1986), hace décadas destacó que existen determinadas actividades desarrolladas por particulares que revisten una importancia mayor para el Estado. Si bien las incluyó dentro de los “cometidos privados”, subrayó que, en un futuro, probablemente serían estudiadas como un cometido independiente; las llamó “*actividades individuales de interés público*” y las caracterizó de la siguiente forma:

En el conjunto de estas actividades, las hay las que intereses meramente individuales y otras que llenan necesidades colectivas más intensas o que por sus características propias ponen en juego intereses más trascendentales... Dada la importancia de estas actividades individuales, además de su intervención directa mediante los organismos o empresas públicas competentes, el Estado las somete a una regulación y fiscalización más intensas determinando minuciosamente la forma cómo deberán ser ejercidas, preceptuando condiciones técnicas, efectuando severos controles, imponiendo regímenes sistemáticos de aprobación y aún de autorización, etc.... El régimen jurídico especial de estas actividades justificará, quizás con el tiempo, que se las examine separadamente, distinguiéndolas de los cometidos privados corrientes de la Administración. En este sentido, se ha sugerido, atendiendo a los intereses generales colectivos que afectan, que se las califique como actividades individuales de interés público (pp. 165).

Y continua, aclarando que esta denominación:

Destaca la posición de los particulares que explotan estas actividades, la cual es algo diversa de los cometidos puramente privados, pero sin que quepa de modo alguno equipararlas a la especie de los cometidos de servicios público. En efecto, los particulares que actúan en este tipo de negocios, lo hacen en el ejercicio de un derecho constitucional de libertad individual, cualquiera sea la severidad de las condiciones y limitaciones a las que los someta la Administración Pública (Cortiñas Peláez, 1986, pp. 165).

Si bien podría pensarse que el autor está haciendo referencia a la categoría de cometidos diseñada por Sayagués y llamada “regulación de la actividad privada por parte del Estado”, las notas caracterizantes que resaltan, van más allá de la mera orientación y fomento a que hacía referencia Sayagués Laso.

### 3.4 Referencia a algunas actividades declaradas de “interés general” o similar, por la ley 21

En base a lo que viene de reseñarse, parecería que en la actualidad no sería acorde a la realidad jurídica, definir a los servicios públicos de la forma en que lo hacíamos hace algunos años atrás. La clásica definición de servicio público sigue siendo por demás útil para dos situaciones: (i) para las actividades declaradas como servicio público ya hace algunos años y cuyo régimen jurídico no haya cambiado (como puede ser hoy en día, el ejemplo del suministro de agua potable, de acuerdo al artículo 47 de nuestra Constitución) y (ii) para las actividades que en el futuro se declaren servicio público y cumplan las notas típicas del mismo. Podríamos llamar a estos, servicios públicos propios si seguimos la doctrina comparada antes citada.

Sin embargo, varios autores señalan que, desde hace algún tiempo, la evolución de la concepción de Estado, ha impactado en el concepto de servicio público; esto ha determinado que el Estado no vea como compartimentos estanco dos ideas que son esenciales para la sociedad: (i) la prestación de actividades económicas a cargo de quien está en mejores condiciones de prestarla (que en ocasiones suelen ser los particulares) y

(ii) que dichas prestaciones cumplan con determinadas exigencias de calidad, accesibilidad, eficiencia, igualdad, regularidad, continuidad, etc., por la importancia que revisten. Si conjugamos ambas ideas obtenemos a los servicios públicos impropios: actividades que continúan en el ámbito privado, que implican un derecho preexistente de los particulares, pero cuyo ejercicio se encuentra supeditado no a una concesión (como en el servicio público tradicional) sino a autorizaciones o habilitaciones. Pero para conceder dichas autorizaciones, el Estado exige el cumplimiento de altos estándares, y, además, el control de la actividad por parte de los entes competentes es continuo, siendo cualquier incumplimiento severamente castigado.

Las preguntas que se imponen son dos. La primera: ¿en Uruguay, las actividades declaradas de interés general cumplen con estas condiciones? Y la segunda: ¿Estas actividades pueden ser categorizadas como un nuevo tipo de cometido estatal o quedan incluidas dentro de los conceptos transversales de “servicio universal” y “actividad de interés económico general ya señalados?



Corresponde ahora, en honor a la tan valiosa y mundialmente aplicada clasificación de cometidos de Sayagués Laso, analizar dónde y cómo caben las actividades declaradas de interés general por la ley.

### 3.4.1 Algunos ejemplos

Sólo por nombrar algunas, encontramos las siguientes leyes. La Ley N°16.811 declara de interés nacional la obtención, producción, circulación y comercialización interna y externa de las semillas y creaciones fitogenéticas. Ley N°16.858 por su parte, declara de interés general el riego con destino agrario, la Ley N°17.283 que declara tal, la protección del medioambiente, la Ley N°17.598 realiza la misma declaración respecto del aprovechamiento de hidrocarburos, energía eléctrica y agua, la Ley N°18.593 hace lo propio con relación al uso eficiente de la energía eléctrica, la Ley N°19.253 para la actividad turística y la Ley N°19.784 en referencia a la actividad desarrollada en los parques industriales y parques científico-tecnológicos, entre otras.

Todas estas leyes son diversas ya que algunas regulan directamente actividades económicas o empresariales, otras protegen derechos de tercera generación como el medioambiente, etc. Pero todas tienen elementos en común: directa o indirectamente contienen limitaciones a esos u otros derechos, o regulaciones que al final del día restringen la forma en que se ejercen determinadas actividades comerciales, siendo, además, intensamente reguladas por el Estado.

Incluso aquellas que a primera vista podrían parecer más alejadas del área económica, como las leyes de protección del medioambiente, incluyen previsiones que refieren a aspectos económicos, lo cual es acertado si consideramos que el actual concepto de “desarrollo sostenible” engloba aspectos sociales, culturales y económicos, tal como sostiene Ruocco (2018):

Ello deja en evidencia que el concepto se origina a partir de las preocupaciones relativas al medio ambiente, pero en la actualidad no se circunscribe al Derecho Ambiental. Proyectado a nuestros días, comprende también el desarrollo económico y el desarrollo social –en los que incluimos la administración del territorio y la protección de áreas que se ven amenazadas-, además de la salvaguarda del medio ambiente... es indudable que el Desarrollo Sostenible es un verdadero principio general de Derecho, inherente a la personalidad humana que se traduce en importantes prescripciones y mandatos ordenados hacia un nuevo paradigma de la sostenibilidad, en sus diversas facetas ambiental, social y económica (pp. 155-175).

Veamos las leyes en cuestión:

La Ley N°17.283, llamada “Ley de protección del medioambiente” en su artículo 7 establece como instrumento de gestión ambiental, el “sistema de áreas protegidas” y el artículo 14, bajo el nombre de “Medidas Complementarias” establece que el Ministerio de Ambiente (antes Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente) podrá, entre otros: “Dictar los actos administrativos y realizar las operaciones materiales para prevenir, impedir, disminuir, vigilar y corregir la depredación, destrucción, contaminación o el riesgo de afectación del ambiente”.

Dentro de estos actos, se encuentra por supuesto, la competencia de dictar reglamentos. Un ejemplo de ello es el Decreto N°60/2020 dictado por el Poder Ejecutivo, para ampliar un área, dentro del Sistema de Áreas Protegidas (SNAP). En el artículo 2 de este reglamento, se indican los padrones que quedan comprendidos en dicha ampliación y en el artículo 3, se prevén medidas de protección para el área señalada.

Entre estas medidas se encuentran la urbanización, determinadas construcciones, instalación de parques eólicos y tendidos de alta tensión, plantaciones forestales de especies exóticas, introducción y reproducción de determinadas especies de flora y fauna, feedlot, emisión de determinados niveles de ruido o intensidad de luz, entre muchas otras.

Estas medidas de protección conllevan limitación de una serie de derechos tales como la propiedad, la libertad, etc., en la medida en que, en aras de proteger el medio ambiente, se limita la posibilidad de los propietarios de los padrones definidos en el artículo 2 de disponer y explotar libremente sus inmuebles. Esto, a la vez que la actividad se ha vuelto intensamente regulada y que cualquier incumplimiento acarrea graves sanciones.

En efecto, es posible observar que si bien la Ley N°17.283 regula cuestiones vinculadas al medioambiente, de forma indirecta regula, restringe o limita otras actividades comerciales y derechos fundamentales y su relación con el medioambiente.

Si bien referiremos a varias de estas leyes en el transcurso del trabajo, a continuación, nos centraremos en la Ley N°17.598 y sus posteriores modificaciones, porque contiene todos los elementos necesarios para poder realizar el análisis propuesto.

### 3.5 La Ley N°17.598 y la regulación estatal sobre el funcionamiento del mercado de combustibles

Ahora bien, centrándonos en la actividad de comercialización y distribución de combustibles, la Ley N°17.598, en su redacción actual prevé:

Declárase de interés general el aprovechamiento de los recursos provenientes de los hidrocarburos, energía eléctrica y agua, a los efectos de su utilización o consumo de forma eficiente, con el objetivo de contribuir con la competitividad de la economía nacional, la inclusión social y el desarrollo sostenible del país (artículo 1).

En el mismo artículo, se crea la actual URSEA que hoy en día tiene naturaleza de servicio descentralizado, y se le asigna competencia en las materias relativas a la energía eléctrica, gas natural, comercialización y distribución de agua potable, petróleo y sus derivados, agrocombustibles, etc.

Asimismo, el artículo 2 asigna una serie de poderes jurídicos a la URSEA, entre los que se encuentran los de establecer requisitos a cumplir para el desarrollo de actividades vinculadas a las materias definidas en el artículo 1, dictaminar preceptivamente en los procedimientos de otorgamiento de “concesiones, autorizaciones, permisos u otros actos jurídicos habilitantes para la prestación de servicios comprendidos dentro de su competencia”, controlar el cumplimiento de estos requisitos, ejercer la potestad normativa mediante el dictado de actos administrativos, determinación técnica de tarifas, fiscalizar, aplicar sanciones, entre otros.

El artículo 15 por su parte, establece que la URSEA podrá:

- C) En materia de petróleo, de combustibles, de otros derivados de hidrocarburos y agrocombustibles: 1) Velar por el cumplimiento de las normas sectoriales específicas. 2) Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar. 3) Fijar las condiciones mínimas para la autorización de la prestación con seguridad de actividades del sector, tanto por entidades públicas como por empresas privadas, controlando su cumplimiento.
- 4) Regular el mercado, contemplando las políticas que pueda encomendarle el Poder Ejecutivo... posible fijación de precios máximos intermedios, posibles limitaciones de participación en más de una de las etapas de la distribución de combustibles, así como plazos máximos en las vinculaciones entre agentes, u otras condiciones de estructuración o prestación que razonablemente lo justifiquen conforme al interés público.

Muchas de estas competencias han sido asignadas por leyes posteriores, y siempre con tendencia a incrementarse.

De la lectura de estos artículos se advierte que la URSEA tiene intensos poderes jurídicos con relación a las materias que comprenden su competencia. En particular, dada la potestad normativa, sancionatoria, de fijación de precios que la ley le ha otorgado y los actos administrativos que ha dictado, se puede ver con total claridad como esta actividad se vuelve cada vez más regulada o intervenida por el Estado; y como las exigencias para la prestación de la misma aumentan.

Para entender cómo se ha ido incrementando e intensificando la intervención estatal en esta actividad, corresponde hacer una breve mención al funcionamiento del mercado de combustibles y a los actos administrativos dictados por la URSEA y el Poder Ejecutivo respecto de éste, en los últimos años.

En el mercado de combustibles, pueden identificarse tres etapas claras:

Una primera etapa dada por la adquisición de combustible de las distribuidoras mayoristas a la Administración Nacional de Combustibles, Alcoholes y Portland (ANCAP), ya que éstas sólo lo pueden obtener el combustible de dicho ente estatal puesto que tiene el monopolio de importación y refinación del mismo (dejamos afuera el combustible de aviación que tiene un régimen diferente).

Una segunda etapa o tramo que refiere a la venta de dicho combustible por parte de las distribuidoras mayoristas a las distribuidoras minoristas, que son los llamados puestos de venta o estaciones de servicio de cada sello comercial.

Y una tercera y última etapa, en la que se produce la venta de ese combustible a los consumidores, por parte de las distribuidoras minoristas.

Quien fija la política nacional de hidrocarburos es el Poder Ejecutivo, en la medida en que se trata de un cometido esencial inherente al Estado en su condición de tal.

El ente regulador y fiscalizador de esta actividad es, como se adelantó, la URSEA.

ANCAP que antes también fijaba una serie de reglas para la actividad (sobre todo a través de contratos que celebraba con las distribuidoras mayoristas), actualmente (además

de tener el monopolio de la importación y refinación) pasó a ser una parte más dentro de este mercado, es decir que ejerce la actividad en régimen de libre competencia con el resto de las distribuidoras de combustible privadas (DUCSCA – Distribuidora Uruguaya de Combustibles S.A, es sociedad anónima constituida en un 99,77 % por ANCAP y en un 0,23 % por Petrouuguay S.A.U). De hecho, las estaciones de servicio de su cadena llevan el sello ANCAP. A continuación, se nombrarán algunas de las normas dictadas por el Estado para regular cada una de estas etapas, que van desde aspectos de seguridad y suministro hasta la fijación de precios. En todas ellas, se hace expresa referencia a Ley N°17.598.

En cuanto a las previsiones en materia de seguridad y suministro, la URSEA dictó la Resolución N°164/2019 mediante la cual se aprobó el Reglamento de Seguridad de Instalaciones y Equipos Destinados al Expendio de Combustibles Líquidos.

En este reglamento se prevén una serie de obligaciones y responsabilidades de gran intensidad a cargo de las distribuidoras mayoristas y minoristas referentes a las condiciones que deben cumplir las instalaciones, el despacho y distribución de combustible, lo que implica por supuesto, grandes inversiones. Regula desde las instalaciones edilicias y mecánicas, hasta la señalización que deben tener las estaciones de servicio, la capacitación de sus empleados, las maniobras para la carga y descarga de combustible, la documentación con la que deben contar, etc.

A vía de ejemplo, el artículo 7 establece que los distribuidores mayoristas serán responsables en su cadena de distribución por los incumplimientos al reglamento. El artículo 8 por su parte, expresamente impone a las distribuidoras mayoristas, la obligación de abstenerse de suministrar combustible a sus puestos de venta si se constataran incumplimientos muy graves a la reglamentación, de realizar controles “*propios, oportunos y razonables*”, de conceder permisos, etc.;

En la Sección IX, titulada “CRITERIOS DE EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA URSEA” se establece la posibilidad por la parte de la reguladora de imponer sanciones que van desde apercibimiento, hasta multas de 4.000.000 Unidades Indexadas y cuyos criterios de aplicación no resultan claros de la normativa.

En relación a los precios, en el primer tramo de la cadena, el Estado ha dictado normativa en base a la cual, ha fijado el llamado Precio Ex Planta (PEP) que es aprobado por el Poder Ejecutivo<sup>2</sup> y refiere al precio por el cual las distribuidoras mayoristas adquieren el combustible de ANCAP.

Una vez obtenido el combustible por la distribuidora mayorista, ésta lo vende a las estaciones de servicio de su red (distribución secundaria). Allí tenemos un segundo precio: el PI, que también es fijado por el Estado (URSEA) de conformidad con lo dispuesto por el Decreto N°137/020 y el artículo 4° del Decreto N°201/021 dictado por el Poder Ejecutivo. Este Precio Intermedio (PI) en una primera instancia es fijado de forma transitoria, que es el Precio Máximo Intermedio Transitorio (PMIT). Ambos, ya

2 Ley N°19889, Resolución de Directorio de URSEA N°227/020, Resolución de Directorio de URSEA N°257/020, Resolución de Directorio de URSEA N°258/020, Resolución de Directorio de URSEA N°260/020, Decreto del PE N°137/021, Decreto N°201/2021 dictado por el PE, Decreto N°205/2021 dictado por el PE, Decreto N°245/2021 dictado por el PE, Resolución N°141/2021 de la URSEA, Resolución N°142/2021 de la URSEA, entre otros. clausuras de los puestos de venta.

sea de forma definitiva o transitoria, constituyen el precio al que la distribuidora vende el combustible a sus estaciones de servicio.

Cuando las estaciones de servicio reciben el combustible de las distribuidoras mayoristas, lo venden al público con la finalidad de abastecer a la población. Aquí hay un tercer precio relevante: Precio de Venta al Público (PVP), que sería el tercer precio fijado por el Estado (Poder Ejecutivo).

Por tanto, es el Estado quien determina toda la cadena de precios del mercado de combustibles; es él también quien ha establecido una serie de normas que inciden en las inversiones y costos que deben asumir quienes desarrollan la actividad (condiciones de las instalaciones, capacitaciones, etc.).

A su vez, recientemente, la URSEA dictó la Resolución N°246/2022 mediante la cual se aprobó el Reglamento de Suministro de Información Contable con Fines Regulatorios del Sector de Distribución de Combustibles Líquidos. En este reglamento, nuevamente, la URSEA asigna a las distribuidoras mayoristas y minoristas una serie de obligaciones y responsabilidades, esta vez referidas a cuestiones contables, económicas y de facturación determina una serie de sanciones aplicables.

En el año 2022, la URSEA también aprobó el Reglamento de Condiciones de Suministro de Combustibles Líquidos mediante el cual se regula la venta, suministro y despacho de combustibles.

También, en el mismo año, la URSEA dictó la Resolución N°377/22 que complementa la Resolución N°141/21 y regula las solicitudes, autorizaciones, aperturas, traslados y A todos estos actos administrativos debe sumarse, entre otros, el Reglamento de Especificaciones Técnicas de Calidad de Combustibles Líquidos vigente desde el año 2008.

Basta una simple lectura de estas normas para concluir que absolutamente todos los aspectos de esta actividad están regulados por el Estado y que las exigencias para la prestación de la actividad son muy intensas.

Si bien esta ley es, al entender de quien escribe, el ejemplo moderno más claro en nuestro país, de la forma en que el Estado regula estas actividades, es sólo una de las tantas actividades de interés general que se caracterizan por estar altamente reguladas, como ya se ilustró.

Asimismo, en las leyes antes mencionadas que utilizan el término “declaración de interés nacional” o “declaración de utilidad pública” como sucede con la Ley N°15.939 o la Ley N°19.253, entre muchas otras, se pueden observar las mismas características, con mayor o menor intensidad.

### 3.6 Algunas de las características de la actividad de comercialización y distribución de combustibles

Hasta aquí las referencias a la regulación de cometidos y poderes jurídicos que han ido en aumento conforme hemos descrito. Ahora corresponde analizar la actividad de prestación, su naturaleza y alcance, para lo que debe advertirse que actualmente la ley, en general, ya no establece en forma expresa que la actividad que regula es –o no– servicio público. Ello impone analizar la regulación en sí misma, para definir si estamos o no frente a un servicio público en la clasificación de Sayagués.



Para comenzar, la Ley N°17.598 en su artículo 1, al declarar de interés general la actividad, establece que el uso de los hidrocarburos y demás mercados regulados debe hacerse de forma eficiente y competitiva.

El artículo 2 continúa diciendo que uno de los aspectos que la URSEA deberá regular y controlar es la “extensión y universalización del acceso a los servicios”.

La misma disposición establece que la prestación de esta actividad debe hacerse de forma “igualitaria, con regularidad, continuidad, calidad y eficiencia de los servicios”.

En el numeral 8 de este artículo, se establece además que la prestación del servicio debe hacerse de forma segura. En el artículo 15, literal c), la ley establece que en materia de petróleo y sus derivados, la URSEA deberá: “2) Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios, así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar”.

Por otra parte, el ya mencionado Reglamento de Condiciones de Suministro de Combustibles Líquidos que se basa en la ley antes citada, establece en sus artículos 3 y 4, al regular la figura del suministrador de combustible, que:

La venta y suministro de Combustibles Líquidos en las plantas de despacho ... requerirá de la suscripción de los contratos respectivos entre las partes. Los cuales, deberán ajustarse a lo dispuesto en la presente reglamentación, no quedando condicionada la aplicabilidad de la misma a la suscripción de los referidos contratos...El Suministrador deberá realizar la venta, así como prestar el servicio de suministro de Combustibles Líquidos en sus Plantas de Despacho, con base en principios de eficiencia (como ser, minimizar los tiempos de espera y los trámites a ser realizados en las plantas de despacho), regularidad, seguridad y continuidad, en condiciones no discriminatorias en cuanto a su calidad, oportunidad, cantidad y precio.

En esta norma, así como las restantes mencionadas, se establecen poderes jurídicos en cabeza de la URSEA para requerir información vinculada a sus mercados regulados y la obligación de los sujetos que desarrollan la actividad, de brindarla.

Asimismo, algo curioso, es que la Ley N°17.598 regula con la misma intensidad y de forma casi idéntica, actividad y mercados diferentes. En otras palabras, la misma regula de la misma forma actividades que son servicio público (suministro de agua potable, transmisión de energía eléctrica, etc.) y otras que son actividad privada (comercialización de hidrocarburos y gas).

De las normas que vienen de reseñarse surge que la comercialización y distribución de combustible debe ser prestada de forma regular y continua, debe ser accesible, universal, las prestaciones deben cumplir determinados estándares de calidad y que no es posible excepcionarse de la normativa dictada por el Estado a través de la celebración de contratos entre las partes, la cual se aplica aun ante la ausencia de éstos.

Los poderes de fiscalización y control del organismo regulador son muy intensos y no se limitan a cuestiones técnicas, sino que engloban incluso, aspectos contables, tarifarios, edilicios, medioambientales, de protección de los usuarios, etc., y las sanciones por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes mencionadas, pueden llegar a ser muy severas. Tan es así que pueden implicar la suspensión de la actividad o clausura del establecimiento o incluso la “revocación de la autorización o concesión”.



Un hecho relevante y que reafirma la importancia de la prestación continua de la actividad es que, sobre finales del año 2023, ante medidas sindicales (no muy extensas), la URSEA resolvió suspender la vigencia<sup>3</sup> de la Resolución N°517/2023 que establecía la metodología de cálculo del PMI.

Sin embargo, también corresponde destacar que no es un sector de actividad donde se experimenten medidas sindicales frecuentes o donde haya lapsos sin prestación del servicio, justamente, por las características antes referidas y las sanciones que existen en caso de incumplimiento.

En resumen, esta actividad presenta exactamente las regulaciones propias de un servicio público. La diferencia central radica en que no existe una declaración legal en ese sentido.

Si bien la titularidad en esta actividad es del particular (a diferencia del clásico servicio público), los controles del Estado son muy intensos, existiendo un intervencionismo regulatorio extremo; parecería que estamos ante lo que la doctrina argentina cataloga como “servicio público impropio”.

### 3.7 Actividades declaradas de interés general, a la luz del principio de subsidiariedad y del neoconstitucionalismo

Considerando los aportes antes mencionados y partiendo de la clasificación de Sayagués Laso, diríamos entonces que existen los cometidos esenciales, los servicios públicos propios, los servicios públicos impropios (o servicios de interés económico general, como se los quiera llamar), los servicios sociales, la actividad privada a cargo del Estado y la regulación de la actividad privada.

Los servicios públicos propios serían los clásicamente definidos por Sayagués como servicios públicos “a secas”.

Los servicios públicos impropios serían actividades que, como vimos, cuentan con las mismas exigencias del servicio público propio en la actividad de prestación, aunque no cuentan con una declaración como tales por la ley ni la exigencia de contar con concesiones para ejercerlos.

El cometido de regulación de la actividad privada quedaría ceñido a aquellos casos en que el Estado regula, pero con la finalidad de promocionar o desestimular determinada actividad, o incluso, de controlarla, pero no exige que su prestación cumpla con los estándares de calidad, seguridad, universalidad, accesibilidad, regularidad, etc.; por ende, los poderes del Estado no son tan intensos ni las sanciones tan extremas.

En Argentina, Cassagne (2006) con su clara visión, lo adelantaba:

La idea objetiva del servicio público, postulada por un calificado sector de nuestra doctrina, se combina con dos aspectos complementarios que permiten configurar el llamado servicio público propio, a saber: a) la declaración legislativa que una actividad de prestación configura un servicio público (publicatio), y b) las notas que perfilan los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público). En rigor, todo servicio público (ya sea propio o

3 Resolución N°722/2023 del Directorio de la URSEA

impropio) consiste en una prestación obligatoria y concreta, de naturaleza económica social, que satisface una necesidad básica y directa del habitante (correos, transportes, electricidad, etc.) (pp. 411-412).

Cabe aclarar que como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, el concepto de servicio de interés económico general es consistente con el de servicio público impropio (tal vez la diferencia radique en la referencia a las intensas potestades que se les otorgan a los órganos reguladores).

Sin perjuicio de ello, lo que aquí se propone es que la clasificación de Sayagués adopte estos conceptos tan valiosamente tratados por la doctrina más moderna (como Delpiazzo y Durán Martínez) para reformarla. No se trata de negar la indudable utilidad y valía de esta clasificación sino de hacerle honor y adecuarla a los tiempos que corren.

Por ende, en la humilde opinión de quien escribe, lo correcto es agregar una nueva categoría de cometidos ya que éstos son los “servicios públicos” de la modernidad y como tal, debemos reconocerlos.

Además, esto es enteramente consistente con todos los principios que la doctrina moderna y la jurisprudencia (con excepciones en ambos casos) propugnan.

El principio de subsidiariedad implica que el Estado no debe participar activamente en aquellas actividades que pueden ser más eficientemente realizadas por los particulares (siempre controlándolas) y que sólo debe prestarlas cuando no hay particulares interesados en hacerlo o cuando éstos no están en condiciones de hacerlo.

Si bien lo que se propone es que estas actividades conformen una categoría independiente, continúan estando dentro de la clasificación de cometidos estatales de Sayagués Laso. Por ello y porque se trata de actividades prestadas tanto por los particulares como por el Estado en libre concurrencia y que satisfacen necesidades colectivas, están sometidas a regulaciones y controles intensos, justamente para asegurar que las características *ut supra* mencionadas se cumplan.

Ya lo decía Rodríguez Arana (2005), en relación a la Constitución española, pero plenamente aplicable a este trabajo: “surge una nueva perspectiva... lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender a los intereses generales y por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos (pp. 94)”.

Brito (1990) por su parte, fue muy claro al respecto:

La noción de servicio público viene presidida por la primacía del elemento teleológico – el fin del servicio – destinado según la noción uniformemente admitida por la doctrina y la jurisprudencia uruguayas a la satisfacción de necesidades colectivas impostergables... a su respecto, el Estado desembarazado de su prestación directa monopólica reasumirá con independencia los roles de su actividad esencial: la regulación para el aseguramiento y garantía del goce efectivo y el control de la prestación y de la organización empresarial aplicada desenvuelta en una economía concurrente (pp. 189).

Esto que fue sostenido por Brito pensando en la noción tradicional de servicio público y sus concesiones, aplica a estas actividades calificadas de servicio público impropio,

con la salvedad de que siguen siendo actividades propias del campo privado y que sólo pueden ser prestadas por el Estado cuando los particulares no están en condiciones de prestarlas o cuando no tienen interés en ellas.

Si analizamos las definiciones o consideraciones de alguna de la doctrina moderna más encumbrada, veremos cómo definen al servicio público sin hacer hincapié en la titularidad de la prestación o la declaración del legislador. Así, Marienhoff (1993) explicó que el servicio público es:

Toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el presupuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal (pp. 55).

Incluso, Comadira (2004) sin decirlo, hace referencia al principio de subsidiariedad al estudiar los servicios públicos:

El servicio público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa...indirecta...o privadamente a través de terceros para desarrollarlas subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su poder de policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común (pp. 29).

273

## 4. Reflexión final

Me gustaría, simplemente a modo de reflexión y como puntapié inicial para continuar estudiando el tema, concluir este trabajo con las palabras de la Prof. Ruocco (2023):

Una visión neoconstitucionalista acerca de lo que debe ser la Administración y la función administrativa, evidencia una realidad plural y compleja que no puede entenderse dirigida de forma uniforme desde la ley, y en la que el Estado no es el único actor. La Administración se desprende de algunos cometidos y asume otros nuevos. Su función de garantía de las prestaciones básicas de los habitantes pasa a un lugar destacado. Y estas nuevas funciones requieren nuevos instrumentos...siguiendo a Durán Martínez, el neoconstitucionalismo ha situado a la persona en el centro de preocupación del derecho administrativo...El desarrollo de su dignidad como persona es la razón de ser del poder público y el ejercicio de dicho poder está vinculado a sus derechos fundamentales (pp. 24).

Y esto son las actividades privadas de interés general, un nuevo instrumento, adaptado a los nuevos tiempos. La forma en que el Estado se “rehace” para alcanzar sus fines.

El Estado “resigna” terreno, pero continua, en aras de la protección de los derechos humanos, controlando que las actividades que resultan esenciales para la vida en sociedad e individualmente, se presten siempre, sean accesibles, y contengan determinados niveles

de calidad; pero, si identifica desinterés de parte de los particulares o insuficiencias de éstos para prestarlas, reasume su rol y las presta de forma directa.

Hoy, parece ser que este tipo de cometido llegó para quedarse y así debe ser tratado, como un cometido específico, no como un servicio público tradicional, no como un servicio social, no como actividad privada, sino como actividad de interés general.

De los propios antecedentes parlamentarios de la Ley N°17.598 que utilizamos como ejemplo en este análisis, surge que esta fue la intención del legislador:

En tal sentido, el marco regulador del sector abarca bastante más que la existencia o no de los monopolios. Estos son un elemento capital, pero la fijación de los precios finales, la relación entre los distintos actores del negocio, las normas que refieren a la distribución, los subsidios a ciertos productos y otros temas importantes, deben regularse tomando como base el interés general y protegiendo los eslabones más débiles de la cadena (Cámara de Representantes, 2001, pp. 6).

## Referencias bibliográficas

- Arana, R. (18 de abril de 2020). *Interés general y límites*. Obtenido de rodriguezarana.com: <https://rodriguezarana.com/interes-general-y-limites/>
- Balbín, C. (2008). *Curso de Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Brito, M. (1990). La desmonopolización de los servicios públicos prestados por el Estado. *Anuario de Derecho Administrativo Tomo III*.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2013). Conferencia Magistral sobre conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor, relaciones entre derecho subjetivos, interés legítimo e interés general. En *Revista de Derecho Público* N°43, Año 22. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cámara de Senadores. (2001). Exposición de Motivos. Diario de Sesiones. *Tercera sesión extraordinaria. XLV legislatura.*, (pág. 6). Montevideo.
- Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Cassagne, J. C. (10 de octubre de 2023). *Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos*. Obtenido de Cassagne Abogados: [cassagne.com.ar](http://cassagne.com.ar)
- Comadira, J. (2004). El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público. Servicio Público, Policía y Fomento. *Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*.
- Cortiñas Pelaez, L. (1986). Teoría General de los cometidos de poder público. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* N°15.
- Delpiazzo, C. (2015). *Derecho Administrativo Especial* (Vol. 1). Montevideo: AMF.
- Durán Martínez, A. (2015). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Forum Ltda.

- Durán Martínez, A. (2017). *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. Montevideo: La Ley.
- Ferrés Rubio, R. (2008). Hacia un nuevo concepto de servicio público: liberalización y competencia. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*. Montevideo: FCU.
- García de Enterría, E. (1996). Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. En *Revista Española de Derecho Administrativo* N°89. Madrid.
- Humanos, C. I. (1986). *Opinión Consultiva* N°6.
- Marienhoff, M. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pérez Hualde, A. (2017). *Concesión de servicios públicos*. Buenos Aires: Astrea.
- Risso Ferrand, M. (2005). Los intereses individuales y el interés general en la Constitución. En *Tribuna del Abogado* N°143. Montevideo.
- Rodríguez Arana, J. (2005). La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* N°7.
- Rotondo, F. (2015). Derechos fundamentales y Derecho Administrativo. En *Revista de Derecho Público*. Año 4. Número 47. (págs. 87-102). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rotondo, F. (2019). *Actividad administrativa de limitación, servicios públicos y los órganos jurisdiccionales Tomo XLIX*. Montevideo: CADE.
- Ruocco, G. (2018). Patrimonio Natural y Desarrollo Sostenible en Uruguay. *Estudios de Derecho Administrativo* N°17.
- Ruocco, G. (2019). Suministro y gestión del agua potable en Uruguay. En *Estudios de Derecho Administrativo* N°19. Montevideo: La Ley.
- Ruocco, G. (2021). *El interés general como límite de los límites*. Montevideo: La Ley.
- Ruocco, G. (2023). Buena Administración e interés general. *Estudios de Derecho Administrativo* N°25.
- Sayagués Laso, E. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo: FCU.
- Sayagués Laso, E. (2022). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. (C. y. Delpiazzo, Ed.) Montevideo: FCU.
- Stinco, J. (2018). *Tarifa justa y razonable*. Buenos Aires: Astrea.
- Suprema Corte de Justicia. (1981). *Sentencia* N°12. Suprema Corte de Justicia. (1982).
- Suprema Corte de Justicia. (1985). *Sentencia* N°404. Suprema Corte de Justicia. (1987). *Sentencia* N°237. Suprema Corte de Justicia. (1995). *Sentencia* N°234. Suprema Corte de Justicia. (2016). *Sentencia* N°79.

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](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)







## MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

**MANUELA CASTELLANOS LEGUISAMO**

Municipios: aproximación a los gobiernos locales  
y debate acerca de su naturaleza jurídica



MANUELA CASTELLANOS LEGUISAMO

Universidad de Montevideo, Uruguay

manucaste30@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-2980-3408>

Recibido: 03/05/2025 - Aceptado: 20/05/2025

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:**  
Castellanos Leguisamo, M. (2025). Municipios: aproximación a los gobiernos locales y debate acerca de su naturaleza jurídica. *Revista de Derecho*, 24(47), e475. <https://doi.org/10.47274/DERUM/47.5>

## Municipios: aproximación a los gobiernos locales y debate acerca de su naturaleza jurídica

279

**Resumen:** En la actualidad, existen más de cien Municipios en Uruguay, pertenecientes al tercer nivel de gobierno y administración, los cuales se constituyen como órganos de gobernanza esenciales para que el Estado pueda lograr el bien común, -en una escala más reducida- como lo son las comunidades vecinales. En este sentido, su objeto es satisfacer las necesidades y el bienestar integral de los habitantes de la comunidad, configurándose de esta forma, como “gobiernos de cercanía”.

Por lo expuesto, resulta importante adentrarse en su estudio, destacando los puntos más relevantes de su estructura. Así, se tomará como punto de partida a la descentralización, entendida a tales efectos, como un tipo de modalidad de organización administrativa, con un enfoque abocado en la descentralización territorial. Ello, para posteriormente ingresar en la esfera del organigrama de los gobiernos departamentales y dentro de éste, los gobiernos locales, esto es, los Municipios.

Para finalizar, una vez que sea plasmado el marco normativo de referencia, el estudio se centrará en uno de los temas más discutidos por la doctrina nacional: la naturaleza jurídica de los Municipios. Ya que, aún se discute si son considerados órganos descentralizados del ejecutivo departamental, o en realidad, si se configuran como órganos desconcentrados del Gobierno Departamental.

**Palabras clave:** descentralización territorial; municipios; naturaleza jurídica.

## Municipalities: their closeness to local governments and the debate about their legal nature

**Abstract:** Currently, there are more than one hundred Municipalities in Uruguay. These belong to the third level of government and administration, and are essential governance bodies that enable the State to pursue the common good—on a smaller scale—within local communities. In this sense, their purpose is to meet the needs and ensure the comprehensive well-being of the community's inhabitants, thereby establishing themselves as “*governments of proximity*.”

For these reasons, it is important to delve into their study, highlighting the most relevant aspects of their structure. As a starting point, decentralization will be addressed, understood in this context as a form of administrative organization focused on territorial decentralization. Subsequently, attention will turn to the organizational structure of Departmental Governments and, within them, local governing entities, namely the Municipalities.

Finally, after outlining the relevant legal framework, the analysis will focus on one of the most debated topics in the academic literature: the legal nature of Municipalities. This remains a matter of discussion, as it is still unclear whether they should be considered decentralized bodies (non-subordinate bodies with transferred legal Powers) or, rather, deconcentrated bodies (subordinate bodies within the hierarchical structure with delegated legal powers) of the Departmental Government.

**Keywords:** territorial decentralization; municipalities; legal nature.

280

## Municípios: considerações sobre os governos locais e o debate em torno de sua natureza jurídica

**Resumo:** Atualmente, existem mais de cem Municípios no Uruguai, pertencentes ao terceiro nível de governo e administração, os quais se constituem como órgãos de governança essenciais para que o Estado possa alcançar o bem comum — em uma escala mais reduzida — como são as comunidades locais. Nesse sentido, seu objetivo é satisfazer as necessidades e garantir o bem-estar integral dos habitantes da comunidade, constituindo-se, assim, como “*governos de proximidade*”.

Portanto, torna-se importante aprofundar o estudo sobre esses órgãos, destacando os pontos mais relevantes de sua estrutura. Assim, tomar-se-á como ponto de partida a descentralização, entendida, para esses efeitos, como uma modalidade de organização administrativa com foco na descentralização territorial. A partir disso, será analisado a estrutura organizacional dos governos departamentais e, dentro dela, os governos locais, ou seja, os Municípios.

Por fim, uma vez plasmado o marco normativo de referência, o estudo se concentrará em um dos temas mais discutidos pela doutrina: a natureza jurídica dos Municípios. Isso porque ainda se discute se são considerados órgãos descentralizados do executivo departamental, ou na realidade, se configuram como órgãos desconcentrados do governo departamental.

**Palavras-chave:** descentralização territorial; municípios; natureza jurídica.

## 1. Descentralización

Ensayaba el prestigioso autor Aparicio Méndez al analizar la teoría del órgano, que un sistema orgánico está constituido por “la serie de órganos enlazados en virtud de un orden que pone los componentes al servicio del todo en consideración a tareas específicas” (Méndez, 1973).

Los elementos determinantes y que se encuentran presentes en todos los sistemas orgánicos, son el centro y la relación, ya que permiten identificar a cada sistema según la norma constitucional o legal que los regula. Así, cada órgano tendrá una tarea específica y cada una de esas tareas las hará en ordenación al todo, es decir, al sistema que pertenece.

Su estudio puede enfocarse desde dos perspectivas, por un lado, desde un punto de vista meramente político enfocado en la estructura del Estado, identificando de esta forma: Estados unitarios y federales<sup>1</sup>. Y, por otro lado, se sitúa el enfoque de mayor relevancia para nuestra materia, asociado a las **modalidades de organización administrativa**. Conviene destacar que, las modalidades de organización pueden desenvolverse tanto en el plano de una organización de tipo unitaria, como en un plano federal.

Es esta oportunidad, nos ocupa centrarnos en el segundo enfoque ya que el punto de debate está, justamente, en determinar cómo esas unidades de gobierno local se relacionan con las de gobierno departamental. En palabras del autor precitado, dichas modalidades son las “*formas de organización para el logro del ejercicio de los poderes jurídicos, sin destruir la unidad étática*”. Así, se distinguen tres modalidades o tipos de sistemas orgánicos: Centralización, Acentralización y Descentralización.

La centralización, para el autor ya aludido, entrega la totalidad de las funciones públicas a las entidades estatales, con dependencia de un poder gubernativo único. Se caracteriza por la existencia de un centro único en el que se concentran todas las competencias del sistema y dotado de con jerárquica, permitiendo de esta forma, regular la actividad de las unidades componentes (órganos).

El maestro Sayagués (1987), al referirse a la centralización administrativa señalaba que es posible utilizar la expresión en un doble sentido: (i) al analizar la organización administrativa de un país, cuando el conjunto de órganos administrativos está enlazado bajo la dirección de un órgano central único, jerarca de la administración y (ii) para referirse a la vinculación y coordinación entre sí de los diversos órganos que dependen de un mismo jerarca.

La modalidad de acentralización, en palabras de Méndez, refiere a una articulación compleja, la cual admite la posibilidad de comprender más de dos sistemas. Agrega, que en vez de centros permanentes, dispone de centros variables y transitorios que desenvuelven en base a relaciones de ordenamiento externo para cada uno de ellos pero internas en cuanto traducen la acción del sistema. En esas condiciones ninguno de los sistemas o de sus órganos componentes puede presidir la actividad de modo permanente o ejercer potestades que alteren la situación de igualdad o equivalencia institucional. Justamente, dependiendo del momento del proceso o acción que están llamados a desarrollar, será uno u otro el que adquiera “relevancia” o primacía institucional.

<sup>1</sup> Aparicio Méndez explicaba que un “Estado Unitario es caracterizado por disponer de poderes únicos, competentes en todo el territorio. Mientras que, el Estado federal, en sus múltiples formas con órganos generales o comunes que actúan paralelamente a los de cada Estado miembro” (vr. 1).

El tercer sistema orgánico es la descentralización y, a los efectos de delimitar la órbita de estudio del presente, es menester enfocarnos de manera profunda en esta modalidad.

Este modo de organización administrativa, admite para Mendéz el ejercicio de ciertas funciones mediante personas o entidades con determinados poderes propios de decisión, se trata de un sistema compuesto. En esencia, según el autor, se manifiesta como una relación entre dos: el primario y el secundario, integrando ambos el sistema. Agregando con respecto a la jerarquía que, este supuesto *“no se configura mediante tipos rígidos sino gradualmente, partiendo de una articulación mínima o reducida para llegar a la máxima, autonomía”*.

Por su parte, Sayagués Laso sostiene que al referirnos a la descentralización administrativa se abarcan todas las etapas del proceso mediante el cual se retiran poderes de administración de la autoridad central, para distribuirlos en múltiples órganos que adquieren así capacidad de autodeterminación más o menos amplia. Para este autor, el sistema descentralizado está conformado, únicamente por el que recibe esos poderes de autodeterminación (que, en la posición de Mendéz, vendría a ser el secundario).

En síntesis, en nuestro medio, cuando hablamos de descentralización nos referimos a un sistema orgánico compuesto, integrado por un centro administrativo primario y otro secundario, ambos permanentes y con un rol determinado. En esta modalidad se sustituye el poder jerárquico por el control y la coordinación. Caracterizado entonces por (Rotondo, 2021): (i) la transferencia de poderes de administración del centro primario al secundario, (ii) ruptura del vínculo jerárquico, (iii) personificación del centro secundario y (iv) control ejercido por el centro primario sobre el secundario por razones de juridicidad o de mérito -Mendéz- o únicamente de legitimidad -Sayagués, según lo dispuesto en artículos 309 y 317 de la Constitución-.

La doctrina se encarga de distinguir *“unánimemente”* según Sayagués Laso, la descentralización y la desconcentración. Debido a que, esta última consiste en confiar poderes de decisión a agentes locales del poder central, es decir que se trata de una modalidad de la centralización caracterizada por la asignación de competencia a un órgano subordinado. En cambio, la descentralización implica *“una transferencia de poderes más enérgica”*, encontrándonos fuera de la centralización y, por ende, fuera de la jerarquía.

Del mismo modo, los autores han distinguido la descentralización funcional y la descentralización territorial. La primera, se desarrolla en relación a un “giro” especialmente delimitado e incide solamente en la actividad administrativa. La segunda, surge a partir del nacimiento de los departamentos y las comunas locales; atiende a razones geográficas y de niveles de gobierno.

Aníbal Cagnoni expresaba que “en la descentralización territorial el elemento territorio es esencial a su existencia. En la descentralización por servicios, el territorio es sólo una cuestión de operatividad”. Asimismo, señalaba que “la descentralización territorial califica la organización del Estado, mientras que la descentralización funcional se relaciona con un sector o área de la organización y funciones del Estado, es decir con la Administración” (Cagnoni, 1998, pp. 146-147).

En el apartado siguiente, intentaremos exponer los aspectos de la descentralización territorial, resaltando aspectos vinculados con el objeto municipal.



## 2. Administración descentralizada territorial

### 2.1 Conceptualización

Explica el profesor emérito Carlos. E. Delpiazzo, que los Gobiernos Departamentales son “personas jurídicas públicas (porque están reguladas principalmente por normas de Derecho público), estatales (porque pertenecen a la organización jurídica de la colectividad que llamamos Estado en sentido amplio) y menores (por oposición al Estado en sentido estricto como persona pública mayor, que se manifiesta básicamente a través de los tres clásicos Poderes de gobierno” (Delpiazzo, 2006, p.139).

Más adelante, continúa expresando el autor que la división del territorio nacional en Departamentos se remonta a la época colonial. Identificando en este sentido, al artículo primero de la Constitución de 1830 el cual se encarga de definir al Uruguay como “*la asociación política de todos los ciudadanos comprendidos en los nueve Departamentos actuales de su territorio*”.

Ahora bien, es pertinente indicar que la propia Constitución de la República se encarga de diferenciar de manera expresa la materia departamental de lo municipal. Así, el artículo 262 señala que el Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente, pudiendo existir una autoridad local en toda población que reúna los requerimientos que fije la ley. A su vez, ensaya que la ley establecerá la materia departamental y la municipal, dejando claro de esta forma que la noción de Gobierno Departamental y la de Municipios no se condicen entre sí.

No sólo la Constitución se encargó de delimitar la materia, sino que también la Ley N° 18.567 de 2009 hizo alusión a la misma, determinado en los artículos 6 a 8, los asuntos que corresponderían a la materia departamental y a la materia municipal. Asimismo, la vigente Ley N° 19.272 de 2014 precisó de mayor forma la denominada materia municipal, llegando incluso a derogar disposiciones contenidas en la Ley N° 9.515, conocida por Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales de 1935.

Gross Espiell manifestaba que “hablar de materia departamental y de materia municipal, supone necesariamente una clara determinación de la diferencia conceptual en nuestro Derecho, entre el departamento y el municipio”. Añadiendo en este sentido, que “El departamento, sistema de división del territorio en el Estado unitario uruguayo, es algo que aparece ya en el inicio de nuestra evolución constitucional”. En cambio, “El Municipio, a diferencia del departamento, es un fenómeno urbano. La idea de municipio en la historia y en la doctrina del Derecho Público, está unida al concepto de población, de urbe, es antinómico con la existencia del fenómeno rural. Es decir que municipio y ciudad, villa, poblado, localidad urbanizada, son elementos que recíprocamente se explican y que tienen una relación entrañable” (Gross Espiell, 2000, p. 255).

### 2.2 Organigrama del gobierno departamental

Para el estudio de la organización de las personas jurídicas Gobiernos Departamentales, es posible tomar como punto de partida el art. 262 de la Constitución, a cuyo tenor el gobierno y la administración de los Departamentos: “*serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente*” (inc. 1°), sin perjuicio de que “*podrá haber una autoridad*

local en toda población que tenga las condiciones mínimas que fijará la ley” (inc. 2º) y de que “habrá un Congreso de Intendentes” (inc. final) (Delpiazzo, 2010, p. 21).

La autoridad local a la que hace referencia dicho artículo, es reconocida posteriormente por el art. 1 de la Ley N° 18.567 como “Municipio”, quienes configurarán el tercer nivel de gobierno y administración.

Así, en la medida que la Constitución diferencia lo departamental de lo local o municipal y manda a la ley a establecer “la materia departamental y la municipal, de modo de delimitar los cometidos respectivos a las autoridades locales” (art. 262 inc. 3º), la noción de Gobierno Departamental no puede identificarse actualmente con la de Municipio. (Delpiazzo, 2025, p. 285)

## 2.3 Evolución histórica de los gobiernos locales

En lo referente a su evolución histórica, relata Gutiérrez que *“hablar de la historia del Gobierno Municipal en el Uruguay no es correcto, pues en verdad es la historia del Gobierno Departamental. La historia de nuestros Municipios, como órgano de gobierno local, casi no existe”*.

De esta forma, en opinión de este último, el Municipio como órgano de tercer nivel de gobierno en nuestro país, se creó recién con la Ley N° 18.567 del 13 de setiembre de 2009. Señalando, que en algunos países de Europa su existencia tiene cientos de años; en América lo situamos recién a principios del siglo XX, salvo en Uruguay, donde se institucionalizó este órgano en la primera década del siglo XXI.

No obstante ello, entendemos que deben resaltarse diversas reformas constitucionales que se han suscitado en la historia de nuestro país, y han sido claves en el proceso de descentralización territorial-local.

En este sentido, la **Constitución de 1830** por ejemplo, estableció las “Juntas Económicas Administrativas” en los pueblos principales de los Departamentos, integrada por los vecinos que en ocasión, hayan sido elegidos popularmente. Así, bajo este germen descentralizador se dictaron diversas normas como el reglamento orgánico de la “Junta Económico Administrativa de Montevideo” de 1891, la “Ley de Juntas” de 1908 y la Ley de Intendencias N° 3.417 de 1908, las cuales propulsaron la lucha por la autonomía local.

Del mismo modo, la **Constitución de 1918** estableció los 19 departamentos que conocemos en la actualidad y aludió por primera vez al *“Gobierno y Administración Local”*, permitiendo de esta forma la existencia de uno o más concejales de Administración autónomos con función administrativa y la Asamblea Representativa con función legislativa, ambos electos por el cuerpo electoral. De esta forma, se consagró una autonomía política, administrativa, presupuestal, tributaria y financiera de los gobiernos locales. Así, bajo este período se concretó el dictado de la Ley Orgánica de los Gobiernos Locales N° 7.072 de 1919. Sin embargo, no se establecieron “Municipios” sino “Administraciones departamentales”.

Más adelante, la **Constitución de 1934** también previó una detallada Sección sobre el *“Gobierno y la Administración de los Departamentos”* -ya no local-, determinado un sistema de descentralización departamental regulado con mayor detalle que en las Cartas anteriores. Bajo esta constitución se dictó la Ley Orgánica de los Gobiernos Departamentales N° 9135 de octubre de 1935.

Por su parte, la **Constitución de 1942** no introdujo variantes de significación en materia de descentralización territorial. Únicamente, aumentando el número de miembros de las Juntas Departamentales.

Seguidamente, la **Constitución de 1952** se destaca -entre tanto- por el establecimiento de órganos colegiados, sustituyendo las Intendencias por Concejos Departamentales y las Juntas Locales por Concejos Locales. A su vez, se vio incrementada la autonomía financiera de los Gobiernos Departamentales sin llegar al extremo de la Constitución de 1918.

Finalmente, la **Constitución de 1967** estableció el régimen vigente, sumado a las posteriores modificaciones introducidas en la **reforma constitucional de año 1997**; Se destaca de esta última reforma, la enfatización en la distinción entre lo departamental y lo municipal, la creación del Congreso de Intendentes, separación de elecciones departamentales y locales de las nacionales, entre otros.

Esta última reforma, dispuso en palabras de Gutiérrez (2010):

- a) Ampliar desde el punto de vista orgánico, la estructura de las autoridades locales; y con ese fin, prescribió la posibilidad de que tales autoridades locales fueran unipersonales o pluripersonales, y que pudieran estar radicadas fuera de la capital departamental o dentro de la capital departamental. (Art. 262 inc. 2°).
- b) Cometer al legislador la creación y delimitación de la materia departamental, que estaría a cargo del Intendente y de la Junta Departamental; y la creación y delimitación de la materia municipal, que estaría a cargo de las Autoridades Locales. (Art. 262 inc. 3°).
- c) Crear una nueva forma de delegación de cometidos, facultando al Intendente, con acuerdo de la Junta Departamental, la posibilidad de delegar en las autoridades locales, “la ejecución de determinados cometidos, en sus respectivas circunscripciones territoriales” (Art. 262 inc. 4°).<sup>2</sup>

A partir de los cambios sustanciales impulsados en esta última etapa de transformación constitucional, es que en 2009 se promulgó la Ley de Descentralización Política N° 18.567. Observaremos al analizar la naturaleza jurídica de los Municipios, diversas discusiones, en la medida que se considera que no estamos ante un órgano verdaderamente descentralizado, sino desconcentrado de la figura del Intendente.

Sin perjuicio de que en las siguientes secciones se profundizará en su estudio, resulta importante destacar datos de la actualidad. Así, a la fecha, existen en nuestro país una totalidad de 125 Municipios, según consta del sitio web<sup>3</sup> de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto “OPP” de nuestro país. Éstos, se encuentran divididos de la siguiente forma:

2 Este punto, en opinión de autor “contiene una redacción de la norma no es técnicamente precisa, y agrava la falta de coherencia técnica de nuestra Constitución, lo cual ya habíamos señalado oportunamente, pues en el art. 168 Nral. 24 y 181 Nral. 9° se dice delegar “atribuciones”; en la disposición transitoria letra “E” se autoriza la delegación de “competencias”; en el art. 278 se refiere a la delegación de “facultades”, en el art. 262 inc 4° y 280 se refiere a la delegación de cometidos, y ahora, se refiere a la delegación en la “ejecución de determinados cometidos”.

En ese sentido, afirmamos que compartíamos la opinión del Prof. Correa Freitas, entendiendo que “la terminología correcta es “delegación de atribuciones”, la que debe ser realizada mediante un acto administrativo del Intendente con acuerdo de la Junta Departamental, que crea un precepto jurídico de alcance particular, y que va dirigido al órgano que tiene expresa autorización para ser delegatario”.

3 Fuente consultada: <https://municipios.gub.uy/municipios>

- **Departamento de Artigas (3):** Baltasar Brum, Bella Unión y Tomás Gomensoro.
- **Departamento de Canelones (30):** 18 de Mayo, Aguas Corrientes, Atlántida, Barros Blancos, Canelones, Ciudad de la Costa, Empalme Olmos, La Floresta, La Paz, Las Piedras, Los Cerrillos, Migueles, Montes, Nicolich, Pando, Parque del Plata, Paso Carrasco, Progreso, Salinas, San Antonio, San Bautista, San Jacinto, San Ramón, Santa Lucía, Santa Rosa, Sauce, Soca, Suárez, Tala y Toledo.
- **Departamento de Cerro Largo (15):** Aceguá, Arbolito, Arévalo, Bañado de Medina, Cañas, Centurión, Cerro de las Cuentas, Fraile Muerto, Isidoro Noblía, Plácido Rosas, Quebracho, Ramón Trigo, Río Branco, Tres Islas y Tupambaé.
- **Departamento de Colonia (11):** Carmelo, Colonia Valdense, Florencio Sánchez, Juan Lacaze, La Paz, Miguelete, Nueva Helvecia, Nueva Palmira, Ombués de Lavalle, Rosario y Tarariras.
- **Departamento de Durazno (2):** Sarandí del Yí y Villa Durazno.
- **Departamento de Flores (1):** Ismael Cortinas.
- **Departamento de Florida (3):** Casupá, Fray Marcos y Sarandí Grande.
- **Departamento de Lavalleja (4):** José Batlle y Ordoñez, José Pedro Varela, Mariscala y Solís.
- **Departamento de Maldonado (8):** Aiguá, Garzón, Maldonado, Pan de Azúcar, Piriápolis, Punta del Este, San Carlos y Solís Grande.
- **Departamento de Montevideo (8):** Municipio A, Municipio B, Municipio C, Municipio CH, Municipio D, Municipio E, Municipio E y Municipio G.
- **Departamento de Paysandú (7):** Chapicuy, Guichón, Lorenzo Geyres, Piedras Coloradas, Porvenir, Quebracho y Tambores.
- **Departamento de Río Negro (3):** Nuevo Berlín, San Javier y Young.
- **Departamento de Rivera (3):** Minas de Corrales, Tranqueras y Vichadero.
- **Departamento de Rocha (4):** Castillos, Chuy, La Paloma y Lascano.
- **Departamento de Salto (6):** Belén, Colonia Lavalleja, Mataojo, San Antonio, Valentín, Villa Constitución.
- **Departamento de San José (4):** Ciudad del Plata, Ecilda Paullier, Libertad y Rodríguez.
- **Departamento de Soriano (4):** Cardona, Dolores, José Enrique Rodó y Palmitas.
- **Departamento de Tacuarembó (3):** Ansina, Paso de los Toros y San Gregorio de Polanco.
- **Departamento de Treinta y Tres (6):** Cerro Chato, Charqueada, Rincón, Santa Clara de Olimar, Vergara y Villa Sara.

### 3. Municipios

#### 3.1 Concepto

Bajo un **enfoque sociológico**, el Municipio es el resultado de la transfiguración del grupo local llamado vecindario (entendido como agregado de familias y personas que viven habitualmente en un mismo lugar) en institución, la cual ha sufrido los avatares del crecimiento de las concentraciones humanas, de las diferencias entre el vecindario urbano y el rural, y de la puja entre las corrientes centralizadoras y descentralizadoras (Delpiazzi, 2025, p. 286).

Apreciado bajo un **enfoque jurídico**, citando nuevamente al Dr. Martins, lo definiremos como la “institución política administrativa territorial, basada en la vecindad, organizada jurídicamente dentro del Estado, para satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local, en coordinación con otros entes territoriales y servicios estatales”. Así, los rasgos fundamentales de los Municipios guardan relación con la población, comunidad de vecinos que habitan un determinado territorio. A su vez, expresa el Dr. Delpiazzi que “las necesidades de la vecindad son las que hacen municipal toda actividad pública de predominante interés vecinal, que tienda a satisfacer las necesidades de vida de la comunidad local y el bienestar integral de sus habitantes” (Delpiazzi, 2025, p. 286).

Bajo esta perspectiva, Martins sostiene que para que exista un Municipio deben darse los siguientes elementos (Martins, 2014, p. 44):

- a) La existencia de un grupo social humano: el vecindario o población afincada en un lugar.
- b) Un territorio, es decir, una circunscripción territorial delimitada (llámese pago, parroquia, distrito, partido, departamento, pueblo o ciudad).
- c) Una organización político-administrativa, con personalidad dentro del Estado.
- d) Un cúmulo de atribuciones sobre determinadas materias (competencia).
- e) Un ordenamiento jurídico (conjunto de principios y reglas de derecho, creadas por el Estado o por el mismo Municipio) que regulan su estructura, su funcionamiento, su actividad y las relaciones jurídicas con sus habitantes, con el Estado o con otras personas jurídicas públicas o privadas.
- f) Un patrimonio propio (conjunto de bienes pertenecientes a la comunidad local).

Otros autores, exigen la configuración de elementos diferentes que suelen asociarse con regímenes municipales más desarrollados, por ejemplo capacidad económica-fianciera, autonomía política, entre otros.

En definitiva, a diferencia del Estado (el cual procura por el bien común, esto es, que persigue un interés general), los Municipios persiguen un fin local, vinculado a la vecindad, cuya convivencia supone que nadie va a administrar mejor que los propios vecinos (Delpiazzi, 2025, p. 286).

La consagración de las autoridades locales, se conformó por primera vez en nuestro país, a partir de la Ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009. Conforme expresaban los legisladores, en la exposición de motivos de la misma: “Es una realidad innegable que



el Uruguay no tiene un sistema de instituciones locales igual para todos sus habitantes y que sus ciudadanos se ven privados de la forma primaria de organización de la polis: la comuna. Estrictamente hablando en Uruguay no existen comunas, no existe la institución municipal electa por sufragio universal, salvo en forma excepcional. Esta ausencia es compensada por la sociedad civil como protagonista principal de las acciones llevadas adelante a nivel local. Cuando es necesario apelar al Estado, por lo general se busca directamente la relación con el Intendente departamental, ignorando la existencia de las juntas locales”<sup>4</sup>.

En este sentido, el art. 1 otorgó el nombre de Municipio a la autoridad local. A su vez, precisó, con respecto a la circunscripción territorial, la cantidad de habitantes requerida, a los efectos de que quede constituida una unidad, con personalidad social y cultural, con intereses comunes que justifiquen la existencia de estructuras políticas representativas y que faciliten la participación ciudadana.<sup>5</sup>

### 3.2 Marco normativo

La consagración de los Municipios, constituyó un extenso proceso legislativo que comenzó con la Ley N° 18.567 del 13 de setiembre de 2009. Posteriormente, se consagraron diversas modificaciones, dispuestas en las Leyes N° 18.644 del 12 de febrero de 2010, N° 18.653 del 15 de marzo de 2010, N° 18.665 del 7 de julio de 2010.

Gutiérrez expresa que, también resultó fundamental la reglamentación que redactó la Corte Electoral a través de la Circular N° 8544 del 12 de marzo de 2010. A través de ésta, se precisaron conceptos y se ensayó una interpretación a ciertas normas legales, permitiendo de esta forma la consagración de la primera elección municipal que se dió en nuestro país. (Gutiérrez, 2013, p. 87).

Más adelante, siguiendo con el “engorroso” proceso, se consagró en setiembre de 2014 la segunda Ley de Municipios N° 19.272, llamada “*Ley de Descentralización y Participación ciudadana*”, derogando a las Leyes N° 18.567, 18.644, 18.659 y 18.665.

Finalmente, la Ley de Presupuesto Nacional N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015, introdujo importantes modificaciones a la Ley N° 19.272. Entre ellos, se destacan los arts. 682 que modifican el régimen de recursos administrativos que había fijado la Ley N° 18.567.

#### 3.2.1 Ley N° 18.567 de setiembre de 2009

El legislador de la ley N° 18.567 de 13 de setiembre de 2009 creó como nueva autoridad local a los Municipios; De esta forma, puede observarse en su exposición de motivos que, basó su nueva creación en el mismo espíritu de descentralización, no ya sólo desde el gobierno central hacia los Gobiernos Departamentales, sino y fundamentalmente de los gobiernos Departamentales hacia los Gobiernos Locales (Gutiérrez, 2013, p. 70).

4 Fuente consultada: [https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/comisiones/925/asuntos-informados?Lgl\\_Nro=46](https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/comisiones/925/asuntos-informados?Lgl_Nro=46)

5 Pese a que no configura objeto del presente, es menester argüir que el artículo primero ha sido objeto de crítica en la doctrina, por considerar que se trata de una disposición contraria a la Carta Magna. Entre ellos, el Dr. CAGNONI (“El proyecto de ley sobre municipio” Revista de Derecho Público. F.C.U., Montevideo 2008, N° 33) expresaba con respecto a la constitución de los Municipios que: “(...) de acuerdo al artículo 262 de la Carta: ‘Podrá haber una autoridad local...’ pero su creación es competencia del Gobierno Departamental respectivo: iniciativa del intendente y voluntad de la Junta Departamental, artículo 273, 9°”.



Así, estableció en su art. 3 los principios cardinales del sistema de descentralización local:

1. La preservación de la unidad departamental territorial y política.
2. La prestación eficiente de los servicios estatales tendientes a acercar la gestión del Estado a todos los habitantes.
3. La gradualidad de la transferencia de atribuciones, poderes jurídicos y recursos hacia los Municipios en el marco del proceso de descentralización.
4. La participación de la ciudadanía.
5. La electividad y la representación proporcional integral.
6. La cooperación entre los Municipios para la gestión de determinados servicios públicos o actividades municipales en condiciones más ventajosas.

Más adelante, su art. 9 dispone que los Municipios serán órganos integrados por cinco miembros y sus cargos serán de carácter electivo, denominándose “Alcalde” al primer titular de la lista más votada del lema más votado dentro de la respectiva circunscripción territorial, quien presidirá el Municipio. Los restantes miembros se denominan “Concejales” y tienen carácter honorario (art. 11).

Para la configuración de los mismos, se debe recurrir a los arts. 1 y 16 de la Ley N° 18.567. El primero, señala que cada Municipio deberá tener una población de al menos 2000 habitantes. Sin embargo, se admite que exista en aquellas poblaciones que no alcancen el mínimo de habitantes requeridos, si así lo dispone la Junta Departamental a iniciativa del Intendente.

No obstante ello, la Constitución en el inc. 2° del art. 262, sostiene que también podrá haber Municipios en las capitales departamentales siempre que se cuente igualmente con la iniciativa del Intendente y aprobación de la Junta Departamental.

Por su parte, el art. 16 consagra la posibilidad de que el 15% de los ciudadanos inscriptos en una localidad o circunscripción tenga el derecho de iniciativa ante el Gobierno Departamental en los asuntos de su competencia, incluida la iniciativa para constituirse en Municipio. En este caso la Junta Departamental, a iniciativa del Intendente, podrá disponer la creación del Municipio respectivo, aunque se trate de una población de menos de 2.000 habitantes.

La Ley en cuestión fue objeto de variadas críticas, ello produjo consecuentemente la aprobación de leyes modificativas. Se detallan a continuación, las principales modificaciones (Delpiazzo, 2025, p. 293):

1. Ley N° 18.644 de 12 de febrero de 2010 sustituyó el art. 10 de la Ley N° 18.567 (relativo a los requisitos para ser miembro de un Municipio), derogó su art. 23 (referente a las Juntas Locales preexistentes), sustituyó los arts. 24 y 25 (correspondientes a la instalación de los nuevos Municipios) y efectuó agregados (a fin de completar aspectos electorales).
2. Ley N° 18.563 de 15 de febrero de 2010 procedió a la creación de 89 Municipios, fijándoles sus respectivas circunscripciones territoriales en función de distritos electorales, incurriendo en una grosera inconstitucionalidad y, a la vez, en un

avasallamiento de los procesos de municipalización de que se venían desarrollando en los diversos departamentos.

En efecto, por una parte, es claro que, conforme a los arts. 262 y 273 num. 9) de la Carta, la creación de autoridades locales no es de competencia del legislador nacional, sino de las respectivas Juntas Departamentales a propuesta del Intendente. Por otra parte, se desconocieron los decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción que venían disponiendo la creación de Municipios y delimitando sus áreas de competencia con independencia de los distritos electorales.

3. Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010, interpretando el art. 11, inc. 1° de la Ley N° 18.567, se dispuso que “El primer titular de la lista más votada del lema más votado dentro de la respectiva circunscripción territorial (Municipio) que resulte electo y proclamado se denominará Alcalde y presidirá el Municipio”.
4. Ley N° 18.665 de 7 de julio de 2010 volvió a sustituir el art. 10 de la Ley N° 18.567 ya modificado por el art. 1 de la Ley N° 18.644, y se agregó una nueva disposición relativa al estatuto de los Concejales.

### 3.2.1 Ley N° 19.272 de setiembre de 2014 y posterior modificación en Ley N° 19.355 de diciembre de 2015.

Ante una encuesta realizada a los miembros de los Municipios electos, para analizar la experiencia del funcionamiento de aquellos, entre los años 2010 y 2014, manifestaron su desilusión por los pocos cometidos que se les atribuyeron, por la carencia del poder de decisión en los asuntos que más le interesaban y de medios humanos, materiales y financieros suficientes para cumplir cabalmente sus cometidos. Señalaron que el éxito de su gestión dependía de la buena voluntad del Intendente y de los Directores Generales (Martins, 2014, pp. 12).

A raíz de ello, la Comisión de Asuntos Municipales de la Cámara de Representantes se abocó al estudio de su reforma, aprobándose posteriormente, la Ley N° 19.272 de 18 de setiembre de 2014 derogando así, a la Ley N° 18.567 y sus modificativas N° 18.644, 18.649 y 18.665.

Al decir de Daniel Hugo Martins (Martins, 2014, pp. 12-14), las modificaciones más importantes son las siguientes:

- a) En el art. 1° se consagra la constitución de nuevos Municipios. Disponiendo que, *“Toda población de más de dos mil habitantes constituirá un Municipio”* y que, en aquellas poblaciones que no alcancen el número de habitantes requerido, el 15% de los inscriptos residentes en la localidad o circunscripción podrá solicitarla creación del mismo, siguiendo el mecanismo previsto por el art. 16.
- b) Se amplían las materias departamental y municipal. En el art. 6°, al determinar la materia departamental, se agregan 4 numerales. Y, en el art. 7°, al determinar la materia municipal se agregan nuevas materias en los numerales 2 al 8 y 14.
- c) En el art. 10, extiende el régimen de reelección, incompatibilidades y prohibiciones de los Intendentes a los Alcaldes, excepto lo establecido por el art. 92 de la Constitución, -excepción que es de aplicación inmediata- y extiende el régimen

de incompatibilidad e inhibiciones de los integrantes de la Junta Departamental y Juntas Locales a los Concejales.

- d) En el art. 11, establece la sustitución del Alcalde en caso de ausencia temporal y definitiva.
- e) En el art. 13, al determinar los cometidos de los Municipios, modifica algunos numerales y agrega otros.
- f) En el art. 14, al determinar las atribuciones de los Alcaldes, amplía dos numerales.
- g) En el art. 16, relativo a la iniciativa de los ciudadanos, establece nuevas precisiones.
- h) En el art. 17, modifica el régimen de los recursos administrativos respecto de las resoluciones de los Municipios, estableciendo el de reposición y el de anulación ante el Intendente, si se funda en las causales previstas en el art. 309 de la Constitución. Las resoluciones del Alcalde también podrán ser impugnadas por el recurso de reposición y apelación ante el Municipio, conjunta y subsidiariamente con el recurso de anulación para ante el Intendente si se funda en las causales del art. 309 de la Constitución.
- i) En el art. 19, agrega a los recursos financieros previstos por Ley N° 18.567, las asignaciones presupuestales incluidas en los presupuestos del respectivo Gobierno Departamental y los recursos que establezca Presupuesto Nacional en el Fondo de Incentivo para la gestión de los Municipios, determinando el procedimiento de distribución del mismo. También serán recursos financieros, las donaciones y legados que reciban los Municipios.
- j) En el art. 20, dispone que el Presupuesto Departamental deberá contener un programa presupuestal para cada uno de los Municipios existentes.
- k) En el art. 22, sobre políticas públicas a desarrollar en el territorio de los Municipios, autoriza a acordar con los Gobiernos Departamentales, Poder Ejecutivo, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Personas Públicas No Estatales.
- l) En el art. 24, establece que las Juntas Departamentales definirán la nómina de los Municipios, su denominación y límites territoriales, antes de los 18 meses previos a la siguiente elección departamental.
- m) En el art. 30, relativo al reglamento de funcionamiento de los Concejos Municipales, establece el procedimiento para su aprobación.

Asimismo, esta segunda Ley de Municipios N° 19.272 fue objeto de modificaciones y complementos (Delpiazzo, 2025, p. 294).

En primer lugar, la Ley N° 19.319 de 27 de marzo de 2015 determinó la nómina de Municipios con sus respectivos distritos electorales. Señala Delpiazzo que a partir de esta norma, es posible constatar que en muchos Departamentos de la República, los Municipios no abarcan la totalidad de su territorio y que sólo en algunos se han creado Municipios en la capital departamental.

En segundo lugar, en virtud del art. 682 de la Ley N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015 se sustituyó el art. 17 de la Ley N° 19.272 a fin de establecer que: los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y

conjunta y subsidiariamente el de apelación para ante el Intendente, de conformidad con el art. 317 de la Constitución.

Sobre esta última, Delpiazzo indica que resulta clara la voluntad del legislador (en esta tercera etapa) de retornar a la situación anterior a la aprobación del texto primitivo del art. 17 de la Ley N° 19.272 con todas sus consecuencias, en orden a la calificación de la situación institucional de los Municipios dentro de las personas jurídicas Gobiernos Departamentales y a la identificación de los recursos de reposición y apelación en el ámbito departamental con los recursos de revocación y jerárquico en el orden nacional (primera etapa), superando las dificultades derivadas de la pretendida descentralización, en función del paradigma que sugería la reforma de 2015 (segunda etapa).

En el apartado siguiente, se profundizará en la naturaleza jurídica y la cuestión recursiva.

### 3.4 Naturaleza jurídica

En este punto, es conveniente preguntarnos: ¿Són órganos desconcentrados por razón territorial o descentralizados de la figura del Intendente? Para intentar evacuar la interrogante planteada, es necesario analizar el proceso legislativo que consagra el régimen de Municipios, para poder atender a las características que suscitan de cada etapa.

En esta línea y siguiendo el organigrama del presente trabajo, se analizará la naturaleza jurídica en cada etapa legislativa de la historia de los Municipios, comenzando con la primera Ley de Municipios.

**3.4.1** En un primer momento, a la hora de analizar la **Ley N° 18.567** se suscitó el primer postulado por parte de varios autores, que entendían que con la aprobación de la misma no se estaba estableciendo un sistema de descentralización propiamente dicho, sino más bien, una **modalidad de centralización de tipo desconcentrado**.

En referencia a ello, Delpiazzo (Delpiazzo, 2025, p. 292) sostenía que: “los Municipios carecen de personería jurídica, siendo simplemente órganos (de la misma persona jurídica Gobierno Departamental) dotados de una desconcentración más o menos amplia, que les permite desarrollar una competencia propia pero sin que ello implique una ruptura del vínculo jerárquico en el orden administrativo”; tal como debería suponer si se está ante una modalidad de descentralización, que se caracteriza por la existencia de dos sistemas simples vinculados entre sí por relaciones de control y no de jerarquía.

Así, se hacía alusión al art. 17 de la Ley, el cual disponía que: “Los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y, conjunta y subsidiariamente el de apelación, ante el Intendente”.

Asimismo, el art. 12 num. 9) señala que es cometido de los Municipios “Colaborar con las autoridades departamentales dentro de las directrices que éstas establezcan en materia de ferias y mercados, proponiendo su mejor ubicación de acuerdo con las necesidades y características de sus zonas, cooperando asimismo en su vigilancia y fiscalización”.

Por su parte, en ocasión de analizar la naturaleza jurídica de los Municipios conforme a las disposiciones previstas en la Ley N° 18.567 sus modificativas, el autor F. Gutiérrez (Gutiérrez, 2013, pp. 69-73) concluye que “dichas Autoridades Locales, son en verdad

**órganos desconcentrados del Intendente y no órganos descentralizados** como habría sido pretendido por quienes propugnaron la reforma de nuestra Constitución que entró en vigencia el 14 de enero de 1967”.

Así, el autor considera que a la luz de la primera Ley de Municipios, en realidad, serían órganos desconcentrados del Intendente y no descentralizados con respecto a dicho órgano, en virtud de los siguientes argumentos:

- a) Los acuerdos entre los municipios, deben contar con la autorización del Intendente. (art. 7, num. 4).
- b) Deben rendir cuenta al Gobierno Departamental, y si bien no se especifica ante qué órganos, de acuerdo a una interpretación lógica de la normativa en estudio, no es erróneo afirmar que esa rendición de cuentas es ante el Intendente, porque en definitiva, es quien cubre su presupuesto. (art. 13, num. 18), y deberá ser remitida a la Junta Departamental dentro de la rendición de cuentas anual. Esta rendición de cuentas debe incluir –si correspondiere– los detalles de la ejecución de fondos de origen nacional, si los hubiere.
- c) Los actos administrativos generales y particulares de los Municipios, pueden ser impugnados con los recursos de reposición, y conjuntamente y subsidiariamente el de apelación, ante el Intendente (art. 17), lo que reafirma su dependencia administrativa de éste.
- d) La facultad de iniciativa prevista en el art. 13º num. 2) en verdad no es tal. No elaboran proyectos, sino anteproyectos de decretos y resoluciones, los cuales deben ser propuestos al Intendente, quien considerará o no si en uso de su facultad de iniciativa, los presenta en la Junta Departamental.
- e) Si entendemos que el sueldo del Alcalde debe ser incluido en el Presupuesto del Gobierno Departamental, la iniciativa obviamente va a ser del Intendente; y por lo tanto será éste quien determinará si el Alcalde será un cargo remunerado o no, y si lo fuere, fijará cuál será el monto de su retribución.
- f) No se prevé que tengan legitimación propia (“ad procesum”) para actuar en juicio; por lo cual no lo pueden hacer, salvo delegación expresa del Intendente.
- g) No pueden designar funcionarios, pues esa es una facultad constitucional del Intendente (art. 275, num. 5).
- h) No hay previsión alguna en cuanto a la eventual facultad de elaborar, o por lo menos proponer o sugerir alguna normativa en materia presupuestal, por lo cual, desde este punto de vista, dependerán de las previsiones que el Intendente disponga en el presupuesto Departamental; sin perjuicio de lo que prevé el art. 19 de la Ley Nº 18.567.
- i) No tienen personería jurídica.

En conclusión y tal como detalla el Dr. Delpiazzi, “con la sanción de la Ley Nº 18.567, pareció confirmarse el criterio de que todos los Municipios, sean simples o de competencia ampliada, se encuentran sometidos a la jerarquía del Intendente ya que sus decisiones quedan sometidos al recurso de apelación (art. 11) y las Juntas Locales Autónomas y Electivas preexistentes a su *dictado* “se convertirán en Municipios de acuerdo con las

disposiciones de la presente ley, manteniendo además de las facultades de gestión en éstas previstas, las estibalecidas en las leyes respectivas” (art. 22)” (Delpiazzo, 2025, p. 300). Citando como referencia jurisprudencial, la Sentencia N° 319 del 24 de mayo de 2016 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

**3.4.2** Con la reforma introducida por **Ley N° 19.272** a partir del 9 de julio de 2015, al decir de Martins (Martins, 2014, p. 15): los Municipios serán **autoridades descentralizadas**, por cuanto regirá un nuevo régimen de recursos administrativos, que actualmente consiste en interponer contra los actos administrativos generales y particulares de los Municipios el recurso de reposición, conjunta y subsidiariamente con el recurso de apelación ante el Intendente.

Al conocer el recurso de apelación, actualmente el Intendente puede sustituir la voluntad expresada por los Municipios, tanto por razones de legalidad, como por razones de conveniencia u oportunidad, aplicándoseles el mismo régimen previsto para las autoridades sometidas a jerarquía en el artículo 317 de la Constitución.

En el momento que se modifica el art. 17, estableciendo que los actos administrativos de los Municipios sólo admitirían el recurso de reposición, salvo que la impugnación se funde en las mismas causales que el art. 309 de la Constitución (violación de la regla de derecho o desviación de poder) en cuyo caso se interpondría conjunta y subsidiariamente el recurso de anulación para ante el Intendente, se está equiparando a los Municipios con aquellas autoridades que, al decir del art. 317 de la Constitución, “según su estatuto jurídico estén sometidas a tutela administrativa”, que según predica Martins (2014, p. 15), la doctrina interpreta como una autoridad descentralizada.

A su vez, el autor agrega que esta cualidad de órgano descentralizado se confirma al comprobar que no existe ningún medio de contralor de los Intendentes respecto de los Municipios y que entre los “*principios cardinales del sistema de descentralización local*” se encuentra “*la gradualidad de las transferencias de atribuciones, poderes jurídicos y recursos hacia los Municipios en el marco del proceso de descentralización*”. Según lo dispuesto por el art. 18 de la Ley N° 19.272, el contralor sobre los Municipios se le atribuye a la Junta Departamental, que tendrá los mismos controles respecto del Intendente.

Asimismo, explica que al establecer la Ley N° 19.272 en los arts. 7 y 13 como materia municipal, los asuntos que le son propios dentro de su circunscripción territorial, creando programas específicos para los Municipios en el Presupuesto Departamental, asignándole de esta forma recursos en el Presupuesto Nacional (art. 19), están creadas las condiciones para desempeñarse como entidades descentralizadas.

Sin embargo, debe señalarse que los Municipios carecen de potestad reglamentaria, ello por cuanto los poderes jurídicos que se le atribuyen son sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 273 y 275 de la Constitución. En el último, entre las atribuciones del Intendente se señala en el num. 2) “promulgar y publicar los decretos sancionados por la Junta Departamental, dictando los reglamentos o resoluciones que estime oportuno para su cumplimiento”.

En definitiva, parecería indicar que el legislador de turno optó por entender que **todos los Municipios, cualquiera sea su tipo, son figuras descentralizadas, configurándose un caso de descentralización derivada** (descentralización dentro de la descentralización), sin atribución de personería jurídica (Delpiazzo, 2025, p. 300).



Esto, sin perjuicio de que podría objetarse la inconstitucionalidad a partir de lo dispuesto por el art. 317 en su párrafo final: *“Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley”*, en el sentido de que no se encuentra previsto el recurso de anulación en dicho párrafo y si se encuentra en el artículo 17 de la Ley en cuestión.

### 3.4.3 Modificación Ley N° 19.355

Con la aprobación del artículo art. 682 de la Ley N° 19.355, se retoma la solución tradicional de la primera etapa, en la cual se entendía que los Municipios eran **órganos desconcentrados del sistema orgánico centralizado Intendencia**. Véase lo allí dispuesto: *“Los actos administrativos generales y los particulares de los Municipios admitirán los recursos de reposición y conjunta y subsidiariamente el de apelación para ante el Intendente de conformidad con el artículo 317 de la Constitución de la República”*.

En palabras de Delpiazzo (Delpiazzo, 2025, p. 301), el legislador clarificó la naturaleza jurídica y posición institucional de todos los Municipios con dependencias jerarquizadas a la Intendencia.

Así, con la modificación introducida por el artículo precitado, el régimen recurso vuelve a ser el de un órgano sometido a jerarquía. Órgano desconcentrado con competencias propias, cuyas decisiones sólo serán revisadas por el jerarca en caso de interposición de recursos. Los cuales serán, reposición ante el Municipio y en forma conjunta y subsidiria apelación ante el Intendente. Pudiendo este último, revocar los actos del Municipio por razones de mérito y legitimidad, sólo si recurre el acto<sup>6</sup>.

No obstante ello, existen autores que consideran que el cambio dispuesto por la Ley constituye “un claro retroceso en materia de descentralización, constituyendo nuevamente un sistema desconcentrado, donde los Consejos Municipales son ubicados respecto del Intendente como un órgano sometido a jerarquía. El Artículo 682 de la Ley 19.355 se encuentra vigente desde el 01 de enero de 2016 y cambia el régimen que regía desde el mes de julio de 2015, por lo que 6 meses después, se retorna al sistema que la Ley Nro. 18.567” (Farinha & Oviedo, 2017, p. 193).

Afirmando más adelante, que la postura que adopta el legislador consagra la misma solución que se preveía en los proyectos de ley originales, respecto de los cuales el propio Prof. Dr. José Aníbal Cagnoni marcaba –entre otras consideraciones– la contradicción entre el nombre de la ley y el sistema que establecía, al cual no dudaba en calificar como un sistema de administración desconcentrada. Agregando que, volver a ubicar a las autoridades locales electas en una posición de subordinación respecto del Intendente (aún cuando esto opere directamente sólo ante la interposición de los recursos administrativos) trae consecuencias directas a la forma de relacionamiento y vinculación entre el órgano Intendencia y el Consejo Municipal, permitiendo afianzar posturas centralistas que atentan contra el propio espíritu de la ley.

6 Resulta interesante a tales efectos, la resolución emitida por parte del Tribunal de Cuentas que refiere a una consulta por parte de la Mesa Ejecutiva del Plenario Nacional de Municipios con fecha 10 de noviembre de 2016, identificada con el número de expediente 2016-17-1-0006863. La misma se basa en un serie de interrogantes que giran en torno a la ordenación de gastos por parte del Municipio. Entre tanto, puede destacarse la postura asumida por el Tribunal, en los siguientes términos: *“(…) el Municipio es un ordenador de gastos especial, cuyo límite está dado por la asignación presupuestal (no puede ser ordenador primario si está sujeto a jerarquía, y no puede ser secundario si el límite para gastar es la asignación presupuestal)”*.

Fuente consultada: [https://www.tcr.gub.uy/archivos/resoluciones\\_21756\\_r2016-17-1-0006863.doc](https://www.tcr.gub.uy/archivos/resoluciones_21756_r2016-17-1-0006863.doc)

Del mismo modo, surge una referencia al tema en el informe elaborado por la Dirección de Descentralización e Inversión Pública de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) en ocasión de realizar un “*análisis legislativo sobre la descentralización en materia departamental y municipal*”<sup>7</sup>. Sosteniendo los autores -al igual que el resto de la doctrina- que los Consejos Municipales constituyen un sistema desconcentrado sometido a jerarquía del intendente departamental. Instaurándose de esta forma, el régimen recursivo original previsto por la Ley N° 18.567.

En opinión de los artífices del informe, desde el punto de vista de la organización administrativa: “dicha modificación legislativa es considerada un retroceso en materia de descentralización y que se contrapone claramente con el nomen juris del propio cuerpo normativo. En definitiva, regresar al régimen anterior ha significado perder de vista los propios argumentos centrales que dieron paso a la modificación de la ley luego de sus primeros cinco años de vigencia”.

## 4. Conclusiones finales

La descentralización es un tema de gran relevancia en la actualidad. Particularmente, en la descentralización territorial, la asignación de las competencias se efectúa en consideración a una referencia geográfica, el territorio, procurando de esta forma, satisfacer los vínculos de vecindad o cercanía.

En lo que respecta a la regulación del tercer órgano de gobierno -“Municipios”- se ha observado un extenso proceso legislativo, en el que se han ido introduciendo cambios sustanciales de manera gradual. Pese a que recién en el año 2009 se creó como nueva autoridad local a los Municipios, no debemos olvidarnos de las disposiciones constitucionales, las cuales han sido claves en el proceso de descentralización territorial-local. Destacando entre ellas, la reforma constitucional de año 1997, la cual enfatiza en la distinción entre lo departamental y lo municipal, la creación del Congreso de Intendentes, separación de elecciones departamentales y locales de las nacionales, entre otros.

En la actualidad, la regulación vigente se encuentra consagrada en la Ley N° 19.272 de setiembre de 2014 “*Ley de Descentralización y Participación ciudadana*” con sus modificaciones posteriores realizadas por Ley de Presupuesto N° 19.355 de diciembre de 2015.

En lo que concierne al eje central, es decir la naturaleza jurídica de los Municipios, hemos observado que ni la Constitución ni las leyes sancionadas han establecido con claridad la posición orgánico-institucional. Por ello, hemos recurrido a los efectos de evacuar la interrogante planteada al análisis de la configuración del régimen de impugnación de sus actos mediante los recursos administrativos.

En este estadio, podemos afirmar que los Municipios se configuran como órganos desconcentrados del sistema orgánico centralizado Intendencia. Ahora bien, al contrastar los postulados jurídicos de descentralización y el cuerpo normativo, observamos que

7 Farinha, F. Marinoni, M. Oviedo, M. Saravia, M. (2018) Análisis legislativo sobre la descentralización en materia departamental y municipal. Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Disponible en: [https://otu.opp.gub.uy/gestor/imagesbiblioteca/05\\_Legislativo.pdf](https://otu.opp.gub.uy/gestor/imagesbiblioteca/05_Legislativo.pdf)

no se condicen entre sí. Siendo para los términos de la Ley, la “descentralización”, una referencia de tipo geopolítico y de gestión, y no, una modalidad de organización propiamente dicha.

## Referencias bibliográficas

- Cagnoni, J. (1998). *El régimen autonómico departamental en la Constitución reformada*. Revista de Derecho Público, (14).
- Delpiazzo, C. (2006). *Derecho administrativo especial* (Vol. 1). Editorial Amalio M. Fernández.
- Delpiazzo, C. (2025). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Farinha, F., & Oviedo, M. (2017). *Algunas modificaciones introducidas por el Presupuesto nacional a través de la Ley N° 19.355 al régimen de municipios* (Ley N° 19.272). Revista de Derecho Público, (51).
- Farinha, F., Marinoni, M., Oviedo, M., & Saravia, M. (2018). *Análisis legislativo sobre la descentralización en materia departamental y municipal*. Oficina de Planeamiento y Presupuesto.
- Gross Espiell, H. (2000). *Materia departamental y materia municipal*. En *Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone*. Editorial Amalio M. Fernández.
- Gutiérrez, F. (2013). *Naturaleza jurídica de los municipios*. Revista de Derecho Público, (45).
- Gutiérrez, F. (2021). *La descentralización departamental y local en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Guerréz, F. (2010). *Los municipios: Análisis de la Ley N° 18.567 de 13/09/2009; Ley N° 18.744 de 12/02/2010; Ley N° 18.653 de 15/03/2010 y Ley N° 18.659 de 26 de abril de 2010*. Circular N° 8544 de la Corte Electoral de 12/03/2010.
- Martins, D. H. (2014). *Las autoridades locales electivas en el Uruguay: análisis de la ley N° 19.272 de 18 de setiembre de 2014, sobre municipios*. Editorial Amalio M. Fernández.
- Méndez, A. (1973). *Sistemas Orgánicos*. Ediciones jurídicas Amalio M. Fernández.
- Rotondo, F. (2021). *Manual de derecho administrativo* (11.<sup>a</sup> ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Sayagués Laso, E. (1987). *Tratado de derecho administrativo I* (5.<sup>a</sup> ed.). Fundación de Cultura Universitaria.

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

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

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

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





## NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

**FEDERICO FISCHER CASTELLS**

Reseña del libro: *“Estudios de Derecho Administrativo Sancionador”*, Natalia Veloso Giribaldi (Coord.)







*Reseña del libro: “Estudios de Derecho Administrativo Sancionador”, Natalia Veloso Giribaldi (Coord.), Universidad de Montevideo, Montevideo, 2025.\**

FEDERICO FISCHER CASTELLS  
Universidad de Montevideo, Uruguay  
fgfischer@fischer.com.uy

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-5058-2187>

1. El Derecho Administrativo Sancionador se ha ido perfilando como una rama autónoma dentro del Derecho Administrativo, con principios propios y una dinámica de desarrollo constante, que reviste cada vez mayor importancia —tanto teórica como práctica— para los operadores jurídicos.

Asistimos actualmente a una etapa de crecimiento exponencial de la potestad sancionatoria pública, de la mano de la expansión de la actividad regulatoria del Estado, que incluso traspasa el aparato estatal y abarca hoy a entes paraestatales, como por ejemplo las personas públicas no estatales (PPNE).

Resulta imprescindible que dicho crecimiento se acompañe de un estudio doctrinario riguroso que contribuya a delimitar sus contornos y evitar arbitrariedades, así como a generar insumos que orienten a la jurisprudencia.

En este contexto, el volumen colectivo *Estudios de Derecho Administrativo Sancionador*, coordinado por la profesora Natalia Veloso Giribaldi, constituye un valioso aporte a la consolidación de una doctrina nacional específica en esta materia.

La obra recoge trabajos de más de veinte autores y autoras, abordando desde diversas perspectivas teóricas y prácticas los principales principios, tensiones y desafíos del Derecho Administrativo Sancionador.

Cabe destacar que gran parte de los textos proviene de investigaciones finales realizadas por maestrandos del curso de Derecho Administrativo Sancionador, parte de la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo, e incluye un valioso aporte del Prof. Dr. Carlos Delpiazzo.

\* El libro se encuentra disponible en su versión digital que puede descargarse de forma gratuita en el siguiente link: <https://umontevideo.sharepoint.com/sites/WebUM/Documentos%20compartidos/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2FWebUM%2FDocumentos%20compartidos%2FFDER%2FLibros%20FDER%2FEstudios%20de%20Derecho%20Administrativo%20Sancionador%20WEB%20%281%29%2Epdf&parent=%2Fsites%2FWebUM%2FDocumentos%20compartidos%2FFDER%2FLibros%20FDER&p=true&ga=1>

2. En cuanto a su contenido, la obra merece **en sus aspectos generales** un doble destaque.

Por un lado, tiene la virtud de analizar aspectos de Derecho Administrativo Sancionador que son novedosos o de particular actualidad, tales como el análisis de la potestad sancionatoria de las personas públicas no estatales, el análisis de la potestad sancionatoria en los procedimientos de contratación pública, o su aplicación en materias específicas como ser en el ámbito de la normativa de bienestar animal o en los procedimientos relativos a la defensa de la competencia. Esta inclusión demuestra la creciente expansión del *ius puniendi* administrativo y la necesidad de su tratamiento garantista.

Por otro lado, destacamos la articulación entre teoría y práctica que presentan los trabajos incluidos en la obra, los cuales combinan sólidos fundamentos teóricos, con un análisis crítico de las últimas tendencias legislativas, casos prácticos y de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

3. En cuanto a **sus aspectos particulares**, *Estudios de Derecho Administrativo Sancionador* se compone de 10 capítulos, cada uno bajo un eje temático específico, que agrupan los diferentes trabajos académicos incluidos en la obra.

El capítulo I reúne a los trabajos que analizan diferentes manifestaciones de la potestad sancionatoria del Estado en temáticas específicas.

En el trabajo, "Potestad sancionatoria paraestatal concretada en el Tribunal de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay", el Dr. Mariano Arramberri analiza con una mirada crítica la regulación y ejercicio de la potestad sancionatoria del Tribunal de Ética Médica de la persona pública no estatal Consejo Médico del Uruguay.

Asimismo, el trabajo de la Dra. Flavia Braidá Estefan analiza la aplicación del derecho administrativo sancionador en el ámbito específico del bienestar animal, tema de creciente relevancia tanto desde una perspectiva jurídica como ética.

Finalmente, la Dra. Lorena Silva García, analiza también una dimensión poco explorada del Derecho Administrativo Sancionador: su ejercicio por parte de personas públicas no estatales (PPNE), focalizándose en la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad.

El capítulo II de la obra incluye el trabajo del Prof. Dr. Carlos Delpiazzo, acerca del principio de irretroactividad en el derecho administrativo sancionador, con análisis exhaustivo del mismo.

El capítulo III nuclea diversos trabajos relativos al principio de proporcionalidad y su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.

El Dr. Carlos Aguirre analiza la aplicación de dicho principio y su aplicación práctica con base en un análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la materia.

Asimismo, la Dra. Carolina Cerrudo aborda este principio con foco en las sanciones tributarias, estudiando la graduación de la sanción en la infracción de defraudación y su tratamiento por parte de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, también con un enfoque práctico, el Dr. Aparicio Camy Carrau estudia los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

El Dr. Pablo de León Buere reflexiona sobre las sanciones administrativas, como se relacionan con el derecho penal y la aplicación del principio de proporcionalidad en dicho contexto.

Finalmente, el trabajo del Dr. Eduardo Pittamiglio también aborda la temática de la proporcionalidad, con especial foco en la graduación de las sanciones administrativas.

El capítulo IV, relativo al principio de *non bis in idem*, incluye un trabajo sobre la temática del Dr. Carlos Esteban Machado Urruty, en donde se analiza a cabalidad este principio y su vinculación con fenómenos tales como las infracciones reiteradas, continuadas y la reincidencia.

El capítulo V de la obra nuclea varios trabajos que tienen como eje el principio de culpabilidad.

Los trabajos de la Dra. Inés Pittamiglio Plana ("La presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador y las consecuencias de su aplicación en materia de prueba"), la Dra. Camila Rocha ("La regla de la carga de la prueba como protección al principio de presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionatorio") y del Dr. Guilherme Ferreira Gomez Luna ("La prueba en el derecho administrativo sancionatorio: aspectos prácticos") ponen foco en la vinculación de los principios de culpabilidad y presunción de inocencia en materia de prueba y distribución de cargas probatorias en el procedimiento administrativo sancionador, con un enfoque práctico y refiriendo a la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso en la materia.

Por su parte, el Dr. Guillermo Rodríguez Araujo aborda este principio en relación con los procedimientos administrativos de carácter sancionador desarrollados por la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social, refiriéndose a las últimas modificaciones legislativas y jurisprudencia en la materia.

La Dra. Lucía Techera Tealdi, en su trabajo titulado "principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionatorio: ¿administrado siempre culpable hasta que se demuestra lo contrario?" analiza con espíritu crítico la aplicación del principio de culpabilidad por parte de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente, la Dra. María Lujan Martínez analiza el alcance del principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador y su vinculación con las modalidades de culpa *in vigilando* y *in eligendo*.

El capítulo VI de la publicación titulado Principio de Tipicidad y Culpabilidad, incluye un destacado trabajo de la Dra. Valeria Martínez Hagopian en donde la autora analiza la determinación del núcleo sancionatorio en el principio de tipicidad.

El capítulo VII refiere al principio de debido procedimiento e incluye un trabajo del Dr. Fernando Bonizzi que analiza la aplicación de este principio en el procedimiento administrativo sancionador y un análisis crítico de diversos fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo referentes a la temática de estudio.

El capítulo VIII agrupa los trabajos relativos a medidas cautelares y provisionales en el procedimiento sancionatorio, e incluye un estudio de la Dra. María Esther Desirello que analiza los aspectos relevantes de la aplicación de las medidas provisionales en el Derecho Administrativo Sancionador, así como el trabajo de la Dra. María Laura López Alvez, el

cual estudia con agudeza como incide el principio de contradicción en la aplicación de medidas cautelares provisionales en el Derecho Administrativo Sancionador.

El capítulo IX reúne varios trabajos que analizan diversos aspectos de los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia, una temática de cada vez mayor importancia para los operadores del derecho y las empresas.

Los trabajos ponen foco en diferentes temáticas dentro de este procedimiento:

En su trabajo "Defensa de la libre competencia. Procedimiento sancionatorio", la Dra. Beatriz Eguren Manzur presenta un panorama general de los aspectos sustantivos y procedimentales del procedimiento sancionatorio en la materia.

Asimismo, el Dr. Nicolás Espino Conti analiza la tensión inherente entre el deber de colaboración y el principio de estado de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador, a partir de un análisis crítico del art. 14 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por su parte, la Dra. Lucía Velazquez Zepedeo, desde un punto de vista teórico-práctico, analiza la potestad sancionatoria de la comisión de promoción y defensa de la competencia a partir de un caso específico ("caso pulpa de tomate").

Finalmente, la Dra. Vanessa Arrascaeta estudia la aplicación de los compromisos de cese y conciliación en materia de defensa de la competencia a la luz de los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Por último, el capítulo X de la obra reúne diferentes trabajos que tienen como eje el análisis de los procedimientos sancionatorios en materia contractual.

En el trabajo "Cuestionamientos al ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración en materia contractual", Dra. Sofía Nopitsch Terra analiza en forma crítica el alcance y los límites de la potestad sancionatoria del Estado en esta materia.

La Dra. Natalia Perez Barrera analiza las consecuencias de las sanciones administrativas impuestas a un proveedor en la elección como cocontratante por el Estado, refiriendo a las consecuencias prácticas de tal situación y los límites de la discrecionalidad administrativa para ponderar las sanciones del cocontratante en el procedimiento de contratación.

Asimismo, las Dras. Ana Laura Lauz y Mercedes Villar brindan un panorama general de la potestad sancionatoria en ámbito de la contratación pública en la actualidad.

La Dra. Natalia Suarez Muniz analiza críticamente la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con las sanciones impuestas en el marco de la contratación administrativa.

Por último, la Dra. Leticia Perez, en su trabajo "Potestad sancionatoria de la Administración en el marco de los contratos de Participación Público Privada" pone énfasis en el estudio en las particularidades que presenta la modalidad contractual específica en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Este somero repaso del contenido de la obra da cuenta de la diversidad, profundidad e importancia teórico-práctica de los estudios recopilados en la misma.

4. En definitiva, felicitamos la publicación de la obra, que descontamos será de consulta ineludible para operadores jurídicos, jueces y magistrados, docentes e investigadores que se enfrenten a cuestiones relativas al Derecho Administrativo Sancionador.





Facultad de Derecho  
[www.um.edu.uy](http://www.um.edu.uy)