

ISSN digital: 2982-4257



Revista de Derecho

Facultad de Derecho - Universidad CLAEH

Año II. Número 2. Año 2023



**FACULTAD
DE DERECHO**

LA LEY
URUGUAY

Revista de Derecho

Facultad de Derecho - Universidad CLAEH

Año II. Número 2. Año 2023



**FACULTAD
DE DERECHO**

LA LEY
URUGUAY

© Publicación anual de la Universidad CLAEH,
con la edición de La Ley Uruguay

© De esta edición: La Ley Uruguay, 2023
Ituzaingó 1377, PB, CP 11000, Montevideo, Uruguay
Tel.: (+598) 2914 5080

Editado en Uruguay

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

Edited in Uruguay

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher.

ISSN digital: 2982-4257

URUGUAY

**Revista de Derecho
UCLAEH**

Año II. Número 2. Año 2023

Dirección:

Dra. Mariana Blengio Valdés (UCLAEH)

Equipo Editorial:

Gonzalo Correa Blas (UCLAEH)

Nahir Cuadrado Ruiz (UCLAEH)

Traducción:

Dra. Trad. M^a Emilia Miller Genta (UDELAR)

Comité Académico Editorial

Dr. Alejandro Abal Oliú (UCLAEH)

Dr. Gustavo Bordes (UCLAEH)

Dra. Marcela Borghi (Universidad de Córdoba)

Dra. Beatriz Bugallo (UCLAEH)

Dr. Carlos de Cores (UCLAEH)

Dr. Jorge Chediak (UCLAEH)

Dr. Augusto Durán Martínez (UCLAEH)

Dr. Guillermo Escobar (Universidad Alcalá de Henares)

Dr. Carmelo Faleh (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Dr. Raúl Gamarra (UCLAEH)

Dr. Mario Garmendia (UCLAEH)

Dra. Esc. Graciela López (UCLAEH)

Esc. Jorge Machado (UCLAEH)

Dra. Cristina Mangarelli (UDELAR)

Dr. Luis Meliante (UCLAEH)

Dr. José Luis Monereo Pérez (Universidad de Granada)

Dra. Ana Pita (Universidad de Vigo)

Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe (UCLAEH)

Dr. Jaime Sapolinski (UCLAEH)

Mag. Julián Suquilvide (UCLAEH)

Autoridades
Universidad CLAEH
Facultad de Derecho:

Rector: Dr. Carlos de Cores

Decano de la Facultad de Derecho: Dr. Mario Garmendia

Secretaría Académica: Dra. Esc. Gabriela Ipharraguerre

Consejo Académico Asesor de la Facultad de Derecho:

Docentes: titulares: Dr. Alejandro Abal, Dra. Esc. Graciela López,
Dr. Luis Meliante; Dr. Álvaro Rodríguez Azcúe, Dra. Carolina Shaban;
Suplentes: Dra. Esc. Sol Dellepiane; Dra. Susana Sotto; Mag. Julián Suquilvide
Egresados: Dra. María Elisa Fajardo (titular) – Esc. Myriam Miranda (suplente);
Estudiantes: Tomás González (titular) – Martín Taran (suplente)

ÍNDICE

DOCTRINA

Nuevamente sobre la conciliación

Alejandro Abal Oliú

..... 3

Innovar en igualdad: el acceso a la justicia y las personas mayores

Marcos Acle Mautone

Matías Jackson Bertón

..... 27

El proceso de regulación de honorarios profesionales de abogados (art. 144 LOT)

Rodrigo Almeida Idiarte

Camila Umpiérrez Blengio

..... 51

La buena administración del derecho a la vivienda

Pablo Daniel Cruz

..... 85

El sistema compuesto por las Leyes N° 18.930, 19.288 y 19.484: ¿cuáles son sus frutos?

Alan Hirschlaff

..... 99

**Pedido de datos, informes y acceso
a la información pública**

*Mariel Lorenzo Pena
Paula Saravia Di Luca*

..... 117

Derecho a la salud y argumentación jurídica

Álvaro Miguel Machado Rodríguez

..... 127

**Adolescentes y ejecución
de medidas privativas de libertad**

Gabriela Jimena Mendiguibel López

..... 139

El derecho de imagen aplicado al deporte

Yamila Morales Maldonado

..... 161

**Competencia en causas diplomáticas:
una cuestión por saldar**

Bruno Percivale Barreiro

..... 179

Citación en garantía

Gastón Valenzuela Pirotto

..... 191

LEGISLACIÓN COMENTADA

**Primeros análisis sobre la normativa
consagrada en ley 20141
La creación de un nuevo proceso de naturaleza
excesivamente extraordinario y otros comentarios**

Fernando Moreno

..... 207

AMICUS CURIAE

**AMICUS CURIAE ante la Corte IDH.
Contenido y alcance del derecho al cuidado
y su interrelación con otros derechos
con especial referencia al interés
superior de la vejez**

Mariana Blengio Valdés

..... 229

APORTES ESTUDIANTILES

**Análisis exegético del artículo 1277
del Código Civil (Lesión)**

Gonzalo Correa Blas

Anastasia Malán

Gerónimo Sosa

Florencia Tort

..... 239

DOCTRINA



NUEVAMENTE SOBRE LA CONCILIACIÓN

AGAIN ABOUT CONCILIATION

NOVAMENTE SOBRE A CONCILIAÇÃO

ALEJANDRO ABAL OLIÚ (*)

RESUMEN. En este trabajo se consideran la Conciliación en general (particularmente el previo Proceso Conciliatorio), las sugerencias sobre modificaciones a su actual regulación legal, y la conveniencia, o no, de la denominada Conciliación Intraprocesal, conforme está todo ello actualmente regulado en el Derecho Procesal de Uruguay.

PALABRAS CLAVE. Proceso conciliatorio. Antecedentes. Competencia. Conciliación intraprocesal. Prejuzgamiento.

ABSTRACT. This paper considers Conciliation in general (particularly the previous Conciliation Process), suggestions on modifications to its current legal regulation, and the convenience, or not, of the so-called Intraprocedural Conciliation, as all of this is currently regulated in Uruguayan Procedural Law.

KEYWORDS. Conciliation process. Background. Competence. Intra-procedural conciliation, prejudgment.

RESUMO. O presente trabalho aborda a Conciliação em geral (particularmente o anterior Processo Conciliatório), sugestões de modificações ao seu atual regime jurídico, e a conveniência, ou não, da chamada Conciliação Intraprocessual, já que tudo isso está atualmente regulamentado no Direito Processual. Uruguai.

PALAVRAS – CHAVES. Processo de conciliação. Antecedentes. Competência, conciliação intraprocessual. Pré-julgamento.

(*) Profesor titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Director de Posgrados Procesales en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (S.N.I.) de la Agencia Nacional de Investigación de Innovación (A.N.I.I.). Correo electrónico: aleabal1973@gmail.com.

I. Acerca del Proceso Conciliatorio

Resulta habitual que en nuestro Foro y también en los medios académicos se realice la referencia al Proceso Conciliatorio como a el “Previo Proceso Conciliatorio” o a el “Proceso Conciliatorio Previo” (inclusive así lo hace en cierta forma el Código General del Proceso cuando denomina al mismo “Conciliación previa” en su Capítulo I del Título I del Libro II).

Mas si como hoy es generalmente aceptado se entiende que la Conciliación Previa es técnicamente un verdadero Proceso Jurisdiccional y que, además, es un proceso independiente del eventual proceso ulterior, resultaría quizás **más adecuado referirnos a él** empleando la sola expresión “Proceso Conciliatorio” (sin añadir “previo”).

En cuanto a sus orígenes normalmente se menciona que el antecedente de los procedimientos conciliatorios se encuentra en la “Ley de las Doce Tablas”, basándose para ello en un párrafo de las mismas donde se expresa que el acuerdo entre las partes tendrá fuerza de ley cuando ellas pactaren “yendo camino a celebrar el juicio”.

No obstante y sin perjuicio de tal conclusión, este procedimiento fue empleado por hebreos, griegos y romanos. Así por ejemplo en el Evangelio según Lucas por ejemplo se recuerda que Jesucristo dijo:

“Y mientras vas donde las autoridades con tu enemigo, aprovecha la caminata para reconciliarte con él, no sea que te arrastren, delante del juez y que el juez te aplique la justicia y te echen a la cárcel. Yo te aseguro que no saldrás de ahí sino cuando hayas pagado el último centavo”
(*Evangelio según San LUCAS, 12, 54/59*).

Por otro lado se menciona en ocasiones como el antecedente posterior más directo del Proceso Conciliatorio a la institución de “paci adsertoris” (traducible por “mandaderos de la paz”) del “Fuero Juzgo”, y también a las “Leyes de Partidas del Rey don Alfonso El Sabio”, donde se encuentra previsto el instituto de los “Jueces Avenidores”.

Asimismo y según nos recuerdan PATRÓN y RODRÍGUEZ POZZI (1958), más cerca en el tiempo encontramos a la previa conciliación en las “Leyes de Filadelfia” de alrededor del año 1700, en la legislación holandesa de la misma época y poco después en la disposiciones adoptadas durante la Revolución Francesa entre las que por ley del año 1790 se estableció que no se admitiría ninguna demanda civil sin que previamente se intentara la conciliación.

Como ya he señalado en anteriores oportunidades, esta regulación de la conciliación fue recogida en la Constitución Española del año 1812 (inspirándose en la legislación francesa), y sería de allí de donde probablemente

llegó a nuestra Constitución del año 1830, pasando por la reglamentación patria del 26 de enero de 1827, por la que se reguló el procedimiento a la manera española de la época (la que implicaba ya una especie de juicio con fallo incluido).

Luego, a través de una larga lista de disposiciones constitucionales y legales se llega hasta el art. 255 de la actual Constitución del Uruguay y, más recientemente y con otros antecedentes, a los arts. 293 y sigts. del C.G.P.

Conforme expresaron los autores dirigidos por LANDONI SOSA (2006, pág. 1069), desde hace ya bastante tiempo el fomento de las soluciones conciliatorias ha sido objeto de especial preocupación y consideración de la Doctrina Procesal, plasmándose ello en la legislación, por lo que expresan que:

El gran congestionamiento de los tribunales, cuantitativamente -en cuanto al número de procesos- y especialmente cualitativamente -con relación a la nueva complejidad de los mismos-, el costo en términos económicos -para el justiciable y para el Estado-, y la duración de los procesos son circunstancias que dificultan cada vez más el acceso a la justicia del que hablaba Mauro Capelletti, y han determinado la búsqueda de soluciones alternativas que permitan superar los distintos problemas. Es así que el instituto de la conciliación adquiere nueva vitalidad, como instrumento para dar una respuesta más eficaz a los problemas que presenta la realidad actual.

Remontándonos a lo que señala COUTURE(1), el término conciliación proviene:

del verbo conciliar, y éste del latín concilio (...). El conciliacum romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc., el verbo conciliare que originalmente significaba asistir al concilio, tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades (2004, pág. 180).

Por mi parte (2017) y al momento de dar un concepto de Proceso Conciliatorio (previo) ya he expresado que puede decirse del mismo que:

Es aquel proceso jurisdiccional que tiene por finalidad reunir a las partes de un futuro y eventual proceso contencioso, a efectos de que las mismas lleguen a una 'conciliación' que haga innecesario el proceso ulterior (conciliación que se puede lograr por desistimiento del futuro actor, por transacción entre las partes o por allanamiento del futuro demandado) (pág. 204).

(1) COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, 3era. ed. Actualizada y ampliada por Ángel LANONI SOSA, B. de f., Buenos Aires, 2004, pág. 180.

En este previo Proceso Conciliatorio el actor (“el solicitante” o “el citante”) deduce ante el juez de paz una pretensión cuya requisitoria se resume en solicitarle que resuelva, en forma monitoria (pues estrictamente tal sería la forma de resolver al hacerse sin traslado ni noticia previa del citado), citar a ambas partes para realizar una actividad procesal, actividad consistente en reunir las en una audiencia en la que, sin resolver cual está asistida de Derecho, deberá alentar a las partes a proponer fórmulas (e incluso hacerlo él mismo) que, por la renuncia total de eventuales derechos o por transacción, excluyan la posibilidad de que sobre ese mismo objeto se inicie un proceso futuro o que se continúe tramitando uno en curso; y, además, que en caso de acuerdo (acuerdo que no refiera a “derechos del menor o incapaz”, conforme esta posibilidad se excluye por el art. 297.2 del C.G.P.), se “homologue” el mismo si no contraría el orden público, y que en caso de no lograrse el acuerdo se declare por el juez que se ha intentado inútilmente dicha conciliación previa.

Respecto a la eficacia del Proceso Conciliatorio para evitar un ulterior proceso, en un informe de PEREIRA CAMPOS (2017) se expresa que para el período 2005-2015 “el porcentaje de conciliaciones logradas alcanza al 24,6% en todo el país en 2015. Tiene un porcentaje de éxito significativamente mayor en el interior (30%) que en la capital (19,5%)” (pág. 107).

De todas formas, se destaca por dicho autor que bastante mayor ha sido, al menos en ese año 2015 y según dicho informe, la eficacia del procedimiento conciliatorio administrativo, que en forma previa a los procesos de la materia laboral se celebra en dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (conciliación que se habría logrado en el 65% de los casos).

Respecto a la procedencia de este proceso en aquellos casos en los que ley no requiere su necesaria tramitación en forma previa a un eventual proceso ulterior, teniendo presentes los textos positivos actuales he entendido que ya no es posible tramitar un proceso conciliatorio fuera de aquellos supuestos en los que ese proceso es requerido por la ley como necesariamente previo al proceso ulterior (2017, págs. 215/217).

De esta manera entiendo que ello no procede en los demás casos por cuanto en nuestro Derecho Positivo el único proceso en el que se puede plantear cualquier pretensión es el Proceso Ordinario (art. 348 del C.G.P.), y como el Proceso Conciliatorio no es un Proceso Ordinario solamente procederá en aquellos supuestos para los cuales fue especialmente establecido (los que según el art. 293.1 del C.G.P. son todos aquellos casos en los que se va a iniciar “cualquier proceso”, salvo los que “se exceptúan” por los arts. 293.2 y 294(2)).

(2) Art. 293.2 del C.G.P.: Si el actor ignorase el domicilio del demandado o se tratase de persona desconocida, se prescindirá e la conciliación previa. Tampoco procederá la con-

Y aún en relación al caso específico de las pretensiones de la materia laboral, pese a que algún autor como SIMÓN (1999) ha opinado en forma diferente, puede entenderse que actualmente tampoco es posible tramitar un Proceso Conciliatorio Judicial en forma previa a los mismos. Y esto es así por cuanto el texto que hoy día excluye su necesidad tiene muy distinta redacción que el art. 10 del decreto-ley n° 14.188, por el cual originariamente se reguló en forma específica el proceso de materia laboral. Es que, en efecto, debe tenerse presente que la actual exclusión de estos procesos donde se deducen pretensiones de materia laboral resulta de la explícita norma contenida en el numeral 3 del art. 294 del C.G.P. (en redacción dada por la ley n° 19.090), y -a diferencia de lo que decía el art. 10 del decreto-ley n° 14.188 al referirse a la “necesidad” (“no será necesario llenar el requisito de la previa conciliación”), lo que entonces podía estar contemplando la “posibilidad” de hacerlo- en relación al Proceso Conciliatorio judicial dicha disposición del C.G.P. expresa ahora que “Se exceptúan de la conciliación previa: (...) 3) Los procesos correspondientes a las materias de familia, arrendaticia y laboral (...)”.

Ya no se indica entonces como decía el decreto-ley citado que cuando se trata de una pretensión de materia laboral no será necesario tramitar el Proceso Conciliatorio judicial (y que por lo tanto tramitarlo pasaría a ser opcional), sino que en el C.G.P. se establece que el proceso de materia laboral queda fuera de aquellos casos en los que procede el Proceso Conciliatorio judicial (de donde se concluye que este Proceso Conciliatorio judicial no puede tramitarse cuando lo que se deducirá en el futuro proceso es una pretensión laboral). Ello, claro está, sin perjuicio de la necesidad de que en el caso de tratarse de un proceso de materia laboral la legislación vigente continúa exigiendo la tramitación de un previo procedimiento conciliatorio administrativo (art. 3 de la ley n° 18.572, en redacción dada por el art. 1° de la ley n° 18.847).

Me permito añadir ahora que contra ésta a mi entender bien clara argumentación, legislando por una acordada supuestamente reglamentaria

ciliación previa cuando el demandado se domiciliaré fuera del departamento correspondiente al tribunal competente para conocer del juicio.

Art. 294 del C.G.P.: Excepciones. Se exceptúan de la conciliación previa: 1) Los procesos que no se tramiten por la vía contenciosa ordinaria (artículos 337 a 345). 2) Los casos en que se pida una medida preparatoria o se inserte una nueva pretensión en un proceso pendiente o en los que interviene un tercero, espontánea o provocadamente. 3) Los procesos correspondientes a la materia de familia, arrendaticia y laboral. En este último caso la conciliación se tentará en vía administrativa de acuerdo con los dispuestos por las normas correspondientes. 4) Los procesos en que se ejercitan pretensiones anulatorias de actos de personas públicas no estatales. 5) Los procesos en que la ley expresamente la excluye. 6) Los procesos en materia de relaciones de consumo regulados por la ley N° 18.507, de 26 de junio de 2009.

(aunque en verdad en contra de lo que dispone la ley), la Acordada nº 7.785 de diciembre de 2013 de la Suprema Corte de Justicia no solamente da a entender que si “los interesados” lo piden es admisible tramitar un Proceso Conciliatorio judicial en los asuntos de materia de familia -que como se vió están expresamente excluidos por el C.G.P. (es decir, en asuntos para los que no está previsto este proceso)- sino que hasta les “recomienda” a los jueces de paz “del interior” el tramitarlos: “Recomiéndase a los Sres. Magistrados que presten funciones en Juzgados de Paz del interior del país, la conveniente de que se realicen audiencia de conciliación previa, en materia de familia, cuando ella sea requerida por los interesados”.

Por otra parte, frente a esta disposición, que entiendo ilegal, de todas formas uno no puede menos que preguntarse si cuando ella refiere a los “interesados” la acordada en cuestión está refiriéndose a las dos partes o solamente al futuro actor, y en todo caso si en estos supuestos -reitero que expresamente excluidos por el numeral 3 del art. 294 (en redacción de la ley nº 19.090)- se aplicaría a las partes todo el régimen previsto para el previo Proceso Conciliatorio en el C.G.P. (incluida naturalmente la eventual presunción simple que según el art. 295.3 nacería en el caso de incomparecencia a la audiencia del futuro demandado). Lo cierto es que considero que si la Suprema Corte de Justicia entiende que una solución de esta naturaleza sería conveniente para la “materia de familia” en el Interior del país, lo que debería hacer es solicitar al Parlamento la aprobación de un texto complementario del C.G.P. al respecto (y que, además, regule correctamente el caso singular que se plantearía, expresando cuales normas del régimen común se aplicarían a ese previo Proceso Conciliatorio a los procesos de la materia de familia y cuáles de ellas no).

En cuanto a los casos en que para iniciar un proceso en general se requiere por ley el previo trámite de un Proceso Conciliatorio, vigente el C.G.P. los supuestos en los que necesariamente debe tramitarse en forma previa el Proceso Conciliatorio ante juez de paz quedaron regulados por sus arts. 293 y 294, disposiciones que con las modificaciones luego introducidas por el art. 7 de la ley nº 16.699, por el art. 1º de la ley nº 16.995, por el art. 409 de la ley nº 17.930 y actualmente por la ley nº 19.090, son bastante conocidas.

Así, el art. 293.1 comienza estableciendo la regla general: “Antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado el que será citado en su domicilio (artículos 24 a 38 del Código Civil)”.

Y luego, en el art. 293.2 (en redacción dada por el art. 7 de la ley nº 16.699 y confirmada por el art. 1 de la ley nº 19.090) y en el art. 294 (en redacción dada actualmente por la ley nº 19.090), artículos cuyo texto se

transcribe en la precedente nota 9, se establecen las excepciones a dicha necesidad(3).

Añado que una actual supresión de una excepción es la del Estado cuando el mismo es parte en un proceso contencioso, puesto que hasta la ley nº 19.090 no era necesario tramitar un proceso conciliatorio antes de iniciarse un proceso en el que fuera actor o demandado el Estado o una persona pública estatal, y ahora, en cambio, con buen criterio pues el Estado puede conciliar, pasa a ser nuevamente necesaria dicha previa tramitación.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de los actos procesales se debe tener presente que la omisión del cumplimiento del previo Proceso Conciliatorio es de aquellos incumplimientos de requisitos respecto a los cuales la ley establece, en forma expresa y concreta, la consecuencia (así lo hace, reiterando una solución que surgía del art. 281 del C.P.C., el art. 298 del C.G.P.). Y esa consecuencia no es la nulidad de los actos realizados sin haberse tramitado previamente el Proceso Conciliatorio, sino solamente la suspensión del proceso -en el estado en que se encuentre- hasta que se acredite el intento de conciliación:

“Si no se agregare el testimonio de conciliación (en realidad se trata de la agregación del testimonio de fallido intento de conciliación) a las actuaciones, éstas no serán nulas; pero el tribunal ordenará el cumplimiento del requisito y suspenderá el procedimiento hasta que se agregare el recaudo que lo acredite” (además de que si recién se advierte la omisión luego de dictada la sentencia esta tampoco será nula).

Esto nos lleva a considerar otro problema: ¿cómo puede un demandado hacer notar al tribunal que no lo ha advertido que en el caso correspondía haberse tramitado previamente el Proceso Conciliatorio y ello no se ha hecho, o al menos no se ha acreditado, y pedir que el proceso se suspenda hasta que se cumpla con el requisito en cuestión?

No correspondería en tal supuesto recurrir las providencias del juez que no advirtió la ausencia de un Proceso Conciliatorio, sino tan sólo señalarle al juez que debe suspender el proceso (sin dejar sin efecto nada de lo anterior), y si ello se plantea antes de contestada la demanda en la sistemática del C.G.P. tal cosa debería hacerse a través del planteo de una excepción previa y por lo tanto en forma conjunta con la contestación de la demanda; excepción previa que podría ser la de “defecto formal en la presentación de

(3) La primera de estas excepciones que indica el art. 293.2, que está constituida por todos aquellos supuestos en los que “el actor ignorare el domicilio del (futuro) demandado o se tratare de persona desconocida”, contiene una referencia que realmente es innecesaria, en cuanto al indicar que la excepción rige cuando se ignora el domicilio del futuro demandado ya está comprendiendo los supuestos en los que se ignora su domicilio.

la demanda”, sin perjuicio de que, además y si se entendiera que no es esa la excepción que corresponde, igual se acepta por todos que la enumeración de las excepciones previas no es taxativa.

En cuanto a la competencia para la primera instancia de los Procesos Conciliatorios, existe una “materia” que se puede denominar “materia conciliatoria”, para entender en la cual el art. 255 de la Constitución Nacional vigente refiere a los jueces de paz. Sobre esta elección de los jueces de paz y atendiendo a que por entonces estos eran normalmente jueces legos -esto es, jueces que no eran técnicos en Derecho- decía hace unos cuantos años COUTURE (aprox. 1946):

Son Jueces especialmente preferidos por el legislador en razón de ser, en la intención y en la estructura del Código, hombres buenos, vecinos de experiencia y recta intención, más que verdaderos técnicos del derecho; y que, por esa situación, por la circunstancia de ser personas de arraigo y de vinculación al lugar, están especialmente indicadas para provocar el entendimiento conciliatorio y privado de sus vecinos. Además tiene, en el espíritu del legislador, la virtud de no ser los jueces que han de entender en el asunto, pues por regla general se practica el requisito en asunto mayores de mil pesos; circunstancia que en este caso apareja la virtud de que el juez no necesita preocuparse de que su consejo se tome como un anticipo de opinión, pues se sabe de antemano que él no está llamado a fallar en el litigio. Esto le da independencia suficiente como para decirle a uno de los litigantes, por ejemplo, que transe porque de otra manera tiene pocas probabilidades de triunfar en el juicio ordinario (pág. 18).

A fin de determinar cual es el juzgado de paz competente para entender en un proceso conciliatorio debemos seguir el mismo procedimiento que se emplea para determinar la competencia para entender en cualquier otro proceso. De esta forma, si consideramos la clase de interesado principal de la que trata el proceso conciliatorio, cuando se trate de un diplomático y aún siendo discutible, según el art. 239 de la Carta debería entender en el mismo la Suprema Corte de Justicia. En los demás casos entenderán los juzgados de paz (y los juzgados letrados si se admite para estos procesos una posible segunda instancia).

Analizando la materia a la que se vincula el proceso conciliatorio, fácilmente se concluirá que ella es la denominada (precisamente a los efectos de la competencia) “materia conciliatoria”; materia que conforme a los arts. 255 de la Constitución y 295.1 del C.G.P. es de competencia de los juzgados de paz en el Interior, y de los juzgados de conciliación en la Capital (más los juzgados letrados y la Suprema Corte de Justicia si se admiten una posible segunda instancia y una hipotética instancia de casación o revisión, y en el último caso para cuando una de las partes sea un diplomático).

Considerando la etapa o grado al que se vinculan las actuaciones procesales en cuestión, concluiremos que normalmente ellas se vincularán a la primera instancia, en cuyo caso serán competentes los juzgados de paz (y los de conciliación); aunque si se admite la segunda instancia y unas aún más hipotéticas instancias de casación y revisión, para ello serán competentes, respectivamente, los juzgados letrados y la Suprema Corte de Justicia.

Desde la perspectiva del territorio al que el Proceso Conciliatorio deberá vincularse, conforme al último inciso del art. 293.1 del C.G.P., agregado por la ley n° 19.090, será competente el juzgado de paz o de conciliación “del territorio jurisdiccional del domicilio del futuro demandado”.

En cuanto a los demás criterios de atribución de competencia que deben analizarse, esto es, según la clase de cuantía del proceso, el grupo de letras del alfabeto, el período temporal, el volumen de procesos tramitándose ante cada órgano y la prevención, debe concluirse que el primero no es nunca de aplicación cuando se trata del Proceso Conciliatorio, que el segundo y el tercero lo son solamente en algunos casos para determinar la competencia de juzgados letrados del Interior para entender en una eventual segunda instancia en el caso de que hubiere más de un juzgado letrado con competencia territorial para entender en ella, el cuarto tiene lugar cuando se trata de determinar el juzgado de conciliación competente en la Capital, y, finalmente, la prevención sólo se aplicará en aquellos supuestos en los que, por ejemplo, teniendo el citado dos domicilios en el mismo departamento, el citante deba elegir a uno de ellos para tramitar este proceso ante el juzgado de paz con la correspondiente competencia territorial.

Respecto a las reglas que otorgan competencia eventual a los tribunales, la prórroga de competencia se encuentra expresamente excluida por la ley para todos los casos de Procesos Conciliatorios (art. 3 de la ley n° 16.995). No habría en cambio inconveniente en aceptar la competencia eventual de un juzgado de paz, originariamente no competente, en razón de una acumulación de pretensiones. En los demás supuestos de competencia eventual generalmente considerados (en particular tercerías y fuero de atracción), sólo puede decirse que no es imaginable su planteo en el marco de Procesos conciliatorios.

Al referirnos a la solicitud de inicio de Proceso Conciliatorio, sin perjuicio de tener presente que al realizar esta solicitud deberán cumplirse con todos los requisitos procesales formales generales de los actos de los interesados principales (además de cumplirse con algunas exigencias de naturaleza tributaria), debemos prestarse especial atención a la manera específica en que para él se regulan por el C.G.P. tres o cuatro de dichos requisitos, y en primer lugar la forma (oral o escrita) que debe tener la expresión de la vo-

luntad del citante, sobre lo cual actualmente la parte final del art. 295.1 del Código, incorporada por la ley nº 19.090, establece que siempre la solicitud debe presentarse por escrito.

Naturalmente que el sujeto que presenta la solicitud de inicio deberá tener tanto capacidad como legitimación procesales, todo lo cual debería ser controlado por el Juzgado antes de disponer la citación de la otra parte de este proceso, y en la generalidad de los casos la solicitud debe formularse con asistencia técnica de abogado, aunque en el caso de asuntos no susceptibles de apreciación pecuniaria la firma que se requeriría para solicitar el inicio del proceso sería solamente la del citante y no la de su abogado, bien que conforme al art. 49 de la ley nº 15.750 y la Acordada nº 8.002 de 2019 ello es al menos discutible, en tanto según dicha acordada esos asuntos se reputan o reputaban como de un valor de más de \$ 5.682.000. Tampoco corresponde esta asistencia letrada obligatoria en los supuestos generales en que ella queda excluida conforme al art. 37 del C.G.P. en su nueva redacción, lo cual excluye los procesos por asuntos con una cuantía inferior al equivalente de 20 U.R.

Luego de aprobado un nuevo texto del art. 295.1 del Código, resulta necesario que en el escrito de solicitud de inicio del proceso conciliatorio se indique “sucintamente el fundamento y el objeto de la pretensión a ejercitar en el proceso principal” (es decir fundamento de hecho y de Derecho, aunque no la prueba a proponer). Añado a ello que la prescripción extintiva de las obligaciones no se interrumpe con la sola presentación de la solicitud de inicio, sino que se interrumpe cuando la citación a la audiencia de conciliación se notifica al citado, y siempre que luego exista una demanda, emplazamiento y notificación del emplazamiento al demandado en los treinta días contados desde el día de la audiencia de conciliación.

En la práctica la resolución fijando el inicio se notifica al citante en la misma ocasión en que se presenta la solicitud de inicio (bien que a menudo dicha resolución no es explícita como debería serlo, sino que se considera implícita al darse al citante una fecha por parte del funcionario). En cuanto al citado, es claro que su notificación deberá realizarse en el domicilio denunciado por el citante.

La resolución judicial es susceptible de ser impugnada (la procedencia de la reposición resulta del art. 245 del C.G.P., y en su caso la procedencia de la apelación resulta de los arts. 22.3, 248 y 250 del mismo Código).

Respecto a la audiencia en sí, debe tenerse presente que el juez debe ser competente, y que quienes realizan actos de citante y de citado deberán poseer capacidad y legitimación procesales, pudiendo esta última concretarse por un vínculo de identidad, de asistencia, de representación y aún de

sustitución, por lo que no es exigible la comparecencia personal del propio citante ni tampoco la del citado.

La asistencia técnica es requisito necesario de la actuación de las partes en la audiencia, salvo en los supuestos generales de exclusión previstos en el art. 37 del C.G.P., incluyendo los casos en los que la cuantía del asunto es inferior al equivalente de 20 U.R.

Si el juez no está presente en la audiencia la misma será insubsanablemente nula. A diferencia de lo que sucede en general con las audiencias, cuando ninguna de las partes comparece a la audiencia del Proceso Conciliatorio la misma no puede celebrarse. Si quién no comparece es solamente el citante la audiencia tampoco se puede celebrar, aunque, en cambio, si quién no comparece es solamente el citado la audiencia igual se celebra, naciendo además en tal caso una presunción simple en contra del mismo que incidirá en el proceso ulterior.

En esta audiencia el citante deberá exponer nuevamente la pretensión que deduciría en un futuro proceso, luego se oirá al citado y, posteriormente, supuestamente con la intervención activa del juez, se escuchan las posibles soluciones propuestas por las partes o por el mismo juez. En el caso que las partes lleguen a un acuerdo, el juez deberá examinar si los derechos son disponibles y que el acuerdo sea compatible con el orden público, y de serlo dictará una resolución homologando el mismo (resolución que sería una sentencia definitiva parcial). Si no hay conciliación el juez deberá poner fin a la audiencia dictando una resolución -que también sería una sentencia definitiva parcial- en la que declarará que la audiencia se celebró y que no existió acuerdo (o que tal acuerdo no es homologable por versar sobre derechos indisponibles o contrariar normas de orden público).

Si se celebra la audiencia (lo cual tiene lugar cuando están presentes ambas partes o incluso cuando se encuentra solamente el citante), quienes comparezcan deberán declarar un domicilio. La validez de este domicilio como lugar hábil para emplazar al futuro demandado (en el proceso ulterior o en el proceso de jactancia) sólo se extenderá por seis meses a partir de la audiencia (literal “d” del art. 295.2 del C.G.P.).

La forma de documentación de la audiencia se encuentra establecida por el art. 295.2 del C.G.P., bien que ello debe complementarse con lo dispuesto por los arts. 102 y 103 del mismo Código. En todos los casos las partes tienen derecho a solicitar la expedición de un testimonio del acta donde se registra la audiencia.

Respecto a la procedencia de un recurso de apelación contra lo decidido por el juez (incluso homologando o no un acuerdo) se funda en lo que disponen los arts. 22.3, 248 y 250 del C.G.P. Y en cuanto a una hipotética im-

pugnación por el recurso de casación, la misma quizás podría entenderse inadmisibile en mérito a lo que dispone el numeral 2 del art. 269 del mismo Código. En cambio, de acuerdo al art. 281 del C.G.P. sería admisible un también muy hipotético recurso de revisión.

Por último en cuanto al valor de las resultancias del Proceso Conciliatorio, vale decir que aún cuando no se haya obtenido el acuerdo correspondiente de todas formas las resultancias de este Proceso Conciliatorio adquieren importancia, al menos en tres sentidos: a) porque con esa tramitación se cumple con un requisito procesal formal del proceso ulterior; b) porque queda habilitada la promoción, por parte del citado, de un Proceso de Jactancia o aún de un Proceso Ordinario meramente declarativo; y, c) por cuanto las manifestaciones vertidas por las partes en el o los escritos y en la audiencia, también pueden servir en el proceso ulterior como prueba de la existencia o inexistencia de hechos relevantes para ese proceso ulterior.

Si se ha llegado a un acuerdo el valor de las resultancias de este proceso resulta aún más indudable. Así, si ha habido un desistimiento o renuncia del derecho que podría luego alegar el citante en un proceso ulterior, y ello es aceptado por el citado y homologado por el juez, de acuerdo al art. 297.1 del C.G.P. ello tiene igual eficacia que una sentencia ejecutoriada. Cuando el citado se allana o reconoce lo que pretende el citante, deben efectuarse algunas distinciones sobre sus efectos, según la pretensión haya sido meramente declarativa o constitutiva, o haya sido de condena. Si el acuerdo logrado es una transacción, una vez homologado también tendrá igual eficacia que una sentencia ejecutoriada, por lo que serán aplicables a su eficacia las mismas consideraciones anteriores, según la naturaleza de la pretensión del citante y según que, en caso de tratarse de una pretensión de condena, se haya o no cumplido con la obligación en la misma audiencia de conciliación.

II. Modificaciones que se sugieren para el previo Proceso Conciliatorio

¿Cuáles son las modificaciones que pueden sugerirse en cuanto a la actual regulación del previo Proceso Conciliatorio?

El principal cambio consistiría en establecer en todo el país (o al menos donde la importancia de la población y la disponibilidad presupuestal lo admitan), órganos jurisdiccionales (de la categoría propia de los juzgados de paz) especializados en Procesos Conciliatorios; especializados en cuanto serían los únicos competentes (en sus correspondientes jurisdicciones territoriales) para entender en los Procesos Conciliatorios, y en cuanto ellos solamente tendrían competencia para tales procesos (como sucede en la capital con los actuales cuatro juzgados de conciliación, o en Maldonado con

el juzgado de paz departamental de 4to. turno que ya es competente al efecto). Y también especializados en cuanto a la particular preparación que deberían tener los titulares de dichas sedes para entender en conciliaciones.

Otro posible cambio tendría que ver con atribuir a dichos órganos jurisdiccionales, al menos cuando se encuentran especializados como se sugiere, competencia para también entender en las conciliaciones previas a los procesos de materia laboral (sustituyéndose entonces a las oficinas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que entienden en los procedimientos conciliatorios administrativos previos a los procesos de materia laboral).

Una tercera modificación quizás podría pasar por establecer la necesidad de tramitar el Proceso Conciliatorio (ante esos órganos especializados en la materia y no ante el juzgado a cargo del proceso ulterior) recién después de haberse presentado demanda y contestación, de manera que cada parte pueda previamente a ello conocer bien la pretensión y la defensa y en especial la prueba que pretende presentar la contraparte para apoyar sus alegaciones, cuestión que sin duda resulta bastante importante en orden a evaluar la conveniencia de un acuerdo conciliatorio.

Finalmente, un cuarto cambio legislativo debería apuntar, si se llegara a concretar la propuesta que veremos a continuación de eliminar la conciliación ante el mismo juez que deberá dictar sentencia (es decir la conciliación “intraprocesal”), a suprimir algunos de los casos en los que la necesidad del trámite de un previo Proceso Conciliatorio se encuentra excluida (incluyéndose, en particular, a todos o quizás a la mayoría de los procesos correspondiente a la materia de familia, aún los no ordinarios).

III. Sobre la inconveniencia de la conciliación intraprocesal

Luego de comenzada la Audiencia Preliminar del Proceso Ordinario y del Proceso Extraordinario (y también del Proceso Monitorio si el demandado se opone a la sentencia inicial), a continuación de la “ratificación” de demanda, contestación, reconvenición, contestación a la misma y de las excepciones previas, aclaración de ciertos extremos expresados en alguna de esas oportunidades, alegación de hechos nuevos y proposición de las pruebas que indica el numeral 2 del art. 341 del Código, según establece el numeral 3 de esa disposición tendrá lugar una “Tentativa de conciliación, que deberá realizar el tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos”.

En la “Exposición de Motivos” del anteproyecto de C.G.P. se dice que:

“El Anteproyecto, además de la conciliación previa (que no se requiere en todos los procesos) regula la conciliación intraprocesal para todos los procesos, con la finalidad de que el Tribunal, suficientemente

instruido a través de los escritos de proposición, ejerza sus poderes de dirección para tentar lograr, ante todo, una conciliación que excluya el proceso, sea de manera total o parcial. En este último caso, reduciendo el objeto litigioso a los puntos realmente controvertidos”.(4)

Al respecto señalo, en primer lugar, que no advierto que pueden tener que ver con esta conciliación intraprocesal los llamados (y a mi entender nunca bien explicitados) “*poderes de dirección*” del tribunal.

Sobre la inclusión de la conciliación a cargo del juez de la causa en el curso de la Audiencia Preliminar señalaba VESCOVI (1995):

Quisiéramos agregar que, entre otras razones, la difusión de la conciliación en la audiencia (intraprocesal) en nuestra área iberoamericana, se encuentra propiciada por las normas incluidas en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, el cual, fuera de la previa, ante los Juzgados inferiores, establece, como primer objetivo de la audiencia preliminar, la tentativa de conciliación. Esta solución, impulsada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, desde sus primeras Jornadas, ha sido incorporada en distintos países del área. Así sucede en la reforma urgente española de 1984, al menos en los asuntos de menor cuantía, durante la audiencia (comparecencia), por el Código del Distrito Federal de México de 1985 (aunque por un conciliador que asiste al Juez), por el Código de Colombia desde 1970 y, sobre todo, por la reciente reforma para acelerar los procesos de 1993, por el Código de Perú de 1992, por el Código de Perú de 1992, por el de Brasil de 1973, reformado por ley de 1994 incluyendo la audiencia preliminar y la conciliación, y en el Código General del Proceso de Uruguay de 1988, amén de los de diversas Provincias argentinas que siguen el modelo. (...) En cuanto a la oportunidad de promover la conciliación en el proceso, será un tema a tratar en otra oportunidad (págs. 241/242).

En una misma línea de pensamiento, esta tentativa de conciliación que debe realizar el mismo juez que tiene a su cargo la resolución del proceso, durante bastante tiempo ha sido en general considerada por los comentaristas como un acierto del nuevo Código (y naturalmente que como un acierto de los ordenamientos procesales de donde éste la toma).

Así por ejemplo expresa KLETT (2014):

Tal como se hizo al examinar la conciliación previa, habrá de ponerse de relieve la importancia de este instituto en el seno de la audiencia preliminar. Con las ‘cartas a la vista’, es decir, fundamentalmente con

(4) “Exposición de Motivos” que puede verse por ejemplo en *Código General del Proceso* anotado y concordado por Rafael BIURRUN y Gonzalo URIARTE (con la colaboración de Sandra GARÍN y Matías OBELAR), 7ma. ed. actualizada, F.C.U., Montevideo, 2023.

los medios de prueba que habrá de utilizar el contrario develados para el proceso (todavía no incorporados), las partes podrán medir mejor su real posición y buscar alguna solución que resulte conveniente a sus intereses. (...). Por su estratégica ubicación, la audiencia preliminar, como acto tendiente a eliminar total o parcialmente el conflicto o aun a depurar el proceso y simplificar su objeto, constituye una oportunidad de suma importancia para lograr el acuerdo. (...) En tercer lugar, el magistrado debe desenvolver un papel protagónico, es decir, debe no solo arbitrar y evaluar las posibles soluciones que provengan de las partes, sino también y especialmente esta preparado para lanzar una propuesta propia, una idea de remate que, contemple los intereses involucrados. Existe un momento en que el acuerdo aparece como posible. Pues bien, no debe desaprovecharse, ni dejarse 'enfriar'. Ahí es cuando la propuesta emanada de la autoridad se impone por sí sola, y adquiere la fuerza que deriva de la propia evolución de la situación. En cuarto lugar, el magistrado debe erradicar todo temor al prejuzgamiento, que actúe como factor inhibitorio. A estos efectos, pueden utilizarse fórmulas genéricas y poco implicantes, hacer referencia a casos recientes judiciales, a la mayoría de la jurisprudencia, a algún precedente, a la guía del daño moral elaborada por la Cátedra de Derecho Civil (págs. 564 y ss.).

Sin embargo, luego de varias experiencias forenses en las que a menudo he participado y de otras innumerables que me han sido comentadas, y claro que también de consideraciones más teóricas, entiendo que esta tentativa de conciliación a cargo del mismo juez que habrá de fallar la causa resulta ser una solución mayormente inconveniente.

Mayormente inconveniente pues por más esfuerzos que haga este juez que va a intentar la conciliación intraprocesal, es prácticamente inevitable que su intervención como conciliador no implique alguna suerte, mayor o menor, de prejuzgamiento (que además -cierto que a menudo aunque naturalmente que no siempre- resulta notorio).

Sobre esto mismo y sin perjuicio de que él no expresó entonces una clara oposición a la tentativa de conciliación a cargo del juez ante el que se tramita todo el proceso, se dice en la obra de TARIGO (2015):

Debe señalarse que, en realidad, puede haber prejuzgamiento, si se quiere una especie de prejuzgamiento implícito o tácito en algunas de las manifestaciones que normalmente hará el tribunal, sea al intentar conciliar a las partes, sea al admitir o desechar determinados medios de prueba, etc., pero la ley, con la autoridad que solamente la ley posee, establece, de modo absoluto, que en ningún caso esas manifestaciones significarán prejuzgamiento. Con lo que, como resulta fácil advertir, se descarta de plano de y modo total la posibilidad de recusación, una de cuyas causales genéricas es, como sabemos, haber dado opinión con-

creta sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento) (art. 325) (pág. 436).

Y es justamente porque esto sucede -pues casi siempre termina existiendo algún grado, mayor o menor, de prejuzgamiento (incluso hasta más fácil de acreditar ahora con el sistema de registro “Audire”)- es por lo que el art. 342.7 del código (que es la disposición a la que refiere la obra de TARIGO) tiene la imprescindible necesidad de consagrar -en forma bien explícita y directa- una ficción.

Una ficción destinada a evitar las naturales consecuencias de ese prejuzgamiento (es decir la necesaria abstención o recusación del juez que deberían seguir al mismo): “Las manifestaciones del tribunal en esta audiencia y en cuanto ordenadas al cumplimiento de las actividades previstas, en ningún caso significarán prejuzgamiento”.

A ello puede agregarse que en ciertos casos se ha podido percibir (en ocasiones hasta manifiestamente) que el juez actuante de alguna forma “fuerza” a las partes a conciliar, persiguiendo (quizás en forma inconsciente) no solo colaborar con la solución del conflicto sino también quizás evitarse el tener que seguir el proceso a lo largo de todas sus etapas, y finalmente tener que dictar sentencia.

Añado, por último y aunque sea sabido, que cuando la materia del proceso es indisponible (por ejemplo en procesos sobre investigación de la paternidad, divorcio por causal, etc.), la conciliación intraprocesal -que según el Código igual debe intentarse- en todo caso podrá conducir solamente a un desistimiento, pero nunca podría terminar en una transacción o un allanamiento.

¿Qué cambios de nuestra legislación deberían promoverse en cuanto a la regulación de esta conciliación intraprocesal?

Luego de lo expresado, entiendo que lo más conveniente en cuanto a las garantías, para ambas partes, de la imparcialidad del juzgador (y de la “imparcialidad” que también corresponde, según terminología bastante moderna), el cambio legislativo debería apuntar a la supresión de esta conciliación intraprocesal, bien que acompañando ello con el establecimiento de una lista bastante más amplia de procesos antes de los cuales debería necesariamente tramitarse un previo Proceso Conciliatorio, naturalmente que ante juez diferente del que eventualmente tendrá a su cargo el proceso posterior (en particular aunque no exclusivamente en los procesos de la materia de Familia).

Y toda esta modificación legislativa debería ser acompañada por las sugerencias sobre modificaciones de la legislación sobre el previo Proceso Conciliatorio expresadas en la segunda parte de este trabajo.

Bibliografía consultada

- ABAL OLIÚ, Alejandro, “Procesos preliminares”, *Curso sobre el Código General del Proceso* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, t. II, F.C.U., Montevideo, 1989, págs. 53/60.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, *C.G.P. y conciliación previa en materia laboral*, Edit. Universidad Ltda., Montevideo, 1992, págs. 58/59.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, “Proceso conciliatorio: procedencia y necesidad de su tramitación luego de la ley n° 19.090”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2013, págs. 9/25.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, “Reforma del C.G.P. por ley 19.090” (Modificaciones en proceso conciliatorio), en *Jornadas sobre la Reforma del Código General del Proceso, Exposición del Dr. Alejandro Abal Oliú*, www.derecho.claeh.edu.uy, 2013.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, “El procedimiento conciliatorio previo en Materia Laboral”, *Rev. Derecho del Trabajo*, n° 3, Montevideo, 2014, págs. 29/54.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho Procesal*, t. VI, 4ta. ed., F.C.U., Montevideo, 2017, págs. 199/287.
- ABAL OLIÚ, Alejandro, “Evaluación de la conciliación previa y la conciliación intraprocesal”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, 1-2/2021, Montevideo, págs. 16/30.
- ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, CASTILLO, Juan Carlos, GIUFFRA, Carolina, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario y WEISZ, Fabiana, “Aspectos prácticos en materia de prueba” (Valor de la declaración de partes en la conciliación), *Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Surcos, Montevideo, 1999, págs. 309/313.
- AMEIGENDA, Luis E., CAMAÑO VIERA, Diego, CROSA, Juan Pablo, GALAN, Fernando, “Negociación, mediación, conciliación”, *Rev. Técnica Forense*, n° 4, Montevideo, 1994, págs. 133/148.
- ANÓNIMO, “De la conciliación” (Acerca de la posibilidad de los representantes legales u orgánicos de participar en el juicio conciliatorio), *La Revista Forense*, año I, Montevideo, 1882, págs. 250/251.
- ANÓNIMO, “Las actas de conciliación como título ejecutivo”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 40, Montevideo, 1942, págs. 332/334.
- ANÓNIMO, “Sugerencia para una posible redacción de Norma Legal sobre Conciliación en problemas de vecindad”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1983, págs. 224/225.

- ANÓNIMO, “La conciliación, ¿un requisito inútil?”, *Rev. Anales del Foro*, año IV, nº 68, Montevideo, 1985, pág. 482.
- ANÓNIMO, “Problemas relativos a la conciliación en el Interior. ¿Es siempre necesaria la asistencia letrada?”, *Rev. Anales del Foro*, año VII, nº 97, Montevideo, 1990, pág. 20.
- ARLAS, José A., “Diligencias preparatorias. Conciliación. Demanda. Excepciones”, *Cursillo sobre Ley de Abreviación de los Juicios* del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, C.E.D.-C.E.N., Montevideo, s/f (aprox. 1966), págs. 26/27).
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *El Juicio Arbitral*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo”, Montevideo, 1956, págs. 110/116.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Jurisdicción voluntaria*, F.C.U., Montevideo, 1973, págs. 57/60.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al Proceso* (Conciliación y mediación), 2da. ed., Idea, Montevideo, 1981, págs. 17/18.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *El Proceso Civil*, segundo volumen, Idea, Montevideo, 1990, págs. 40/44.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Mediación y arbitraje” (Concepto de mediación), *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1993, pág. 307.
- BATTISTELLA DE SALABERRY, Marta, “Acta de conciliación por pensión alimenticia, guarda y régimen de visitas, realizada por el Juzgado de Paz”, *Rev. Sentencia*, año IV, nº 6, Montevideo, 1989, págs. 8/10.
- BEITLER, Ady, “La conciliación previa en el Uruguay a la luz de la teoría de la negociación legal”, *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año IV, nº 8, Montevideo, 2005, págs. 145/165.
- BIURRUN, Rafael y VALENTIN, Gabriel, “¿En qué procesos es preceptiva actualmente la conciliación previa?”, periódico *Estado de Derecho*, nº 40, Montevideo, 1998, pág. 14.
- BIURRUN, Rafael, “Algunos problemas procesales de la conciliación previa y proyecto de solución legislativa”, *Rev. Técnica Forense*, nº 9, Montevideo, 2000, págs. 97/101.
- BRUNO MENTASTI, Daniel P. y GIURIA, Carlos, “El instituto de la conciliación previa vigente la reforma de la ley 16.995”, *Rev. Técnica Forense*, nº 7, Montevideo, 1998, págs. 29/45.
- BRUNO MENTASTI, Daniel P., *Reforma del Código General del Proceso*, <http://tecnicaforensebruno.blogspot.com/>, 2014, págs. 61/64.

- BRUNO MENTASTI, Daniel P., “Conciliación (art. 293 C.G.P. Ley 19.090). Procedencia o improcedencia según domicilio. La particular situación del Estado”, *Rev. Técnica Forense*, n° 21, Montevideo, 2016, págs. 59/70.
- CALVO CARBALLO, María Loreley, “Jueces Conciliadores. Asistencia Letrada Obligatoria en las Instancias de Conciliación, Arbitraje y Mediación. Creación de la Instancia de Mediación”, *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, F.C.U., Montevideo, 1999, págs. 591/601.
- CÁMARA DE SENADORES, *Código General del Proceso. Antecedentes y discusión en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado y en la Cámara de Senadores*, Cámara de Senadores, Montevideo, 1988, págs. 463/472 481/482 y 491.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Enfoque paralelo de la tentativa de conciliación y del agotamiento de la vía administrativa en el sistema constitucional uruguayo”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 57, Montevideo, 1959, págs. 76/81.
- CELI, Elena, “Algunos aspectos relativos a la intervención de las personas jurídicas (públicas y privadas) en la conciliación y transacción reguladas en los arts. 293 y sigts., 341 y 223 y sigts. del C.G.P.”, *Rev. Técnica Forense*, n° 2, Montevideo, 1991, págs. 87/89.
- CORTI, Graciela y ROSSI, Mónica, “El abogado frente a los métodos de resolución alternativa de disputas: una perspectiva”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 123, Montevideo, 2001, Sec. Doctrina, págs. 29/40.
- COUTURE, Eduardo J., “La conciliación en los asuntos en que está prohibida la transacción”, *en Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 42, Montevideo, 1944, págs. 150/154.
- COUTURE, Eduardo J., *Procedimiento. Primer Curso*, t. II, Editorial Medina, Montevideo, s/f (aprox. 1946), págs. 16/28.
- COUTURE, Eduardo J., “Conciliación y transacción”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, págs. 223/233.
- COUTURE, Eduardo J., “Conciliación y título ejecutivo”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 2da. ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, págs. 235/242.
- COUTURE, Eduardo J., “*Vocabulario Jurídico*”, 3a. ed. actualizada y ampliada por Ángel LANDONI SOSA, B. de f., Buenos Aires, 2004, págs. 179/180.
- DELASCIO, Nelly, BARONE, Hugo, CERETTA, Daniel, GONZÁLEZ PIANO, María del Carmen, *Manual de Técnica Forense I*, Depto. de Publicaciones de la Unidad de Comunicación de la Universidad de la República, Montevideo, 2013, págs. 59 y 71/86.

- DE LA HOZ, Carlos, “El título ejecutivo y las Actas de Inútil Tentativa de Conciliación”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 6, Montevideo, 1943, Sec. Doctrina págs. 7/13.
- DE MARÍA, Pablo, *Lecciones de Procedimiento Civil*, t. II, Claudio García, Montevideo, 1927, págs. 71/82.
- ERMIDA FERNÁNDEZ, Martín, *Estructuras Generales de los Procesos Modificados por ley 19.090*, F.C.U., Montevideo, 2013, pág. 65/66.
- ETTLIN, Edgardo, “La llamada competencia de urgencia de familia de los Juzgados de Paz del Interior en la perspectiva de la Ley de Conciliación (nº 16.995)”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 118, Montevideo, 1998, Sec. Doctrina, págs. 95/98.
- FACELLI, Teresita y ROSSI, Mónica, “La pregunta como herramienta fundamental del mediador”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 121, Montevideo, 2000, Sec. Doctrina, págs. 43/51.
- GALLINAL, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil (Excepciones, Diligencias preparatorias para la demanda, Conciliación)*, A. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1915, págs. 159/179, 180/243 y 244/254.
- GAIERO GUADAGNA, Bruno, “Los modos alternativos de resolución de controversias (ADR) y el Sistema Procesal Uruguayo” (sobre conciliación previa), en GREIF, Jaime (Coordinador) *El Código General del Proceso a 20 años de su vigencia*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, págs. 23/30 y 37/48.
- GALAIN PAERMO, Pablo, “Mediación penal como forma alternativa de resolver conflictos. La construcción de un sistema penal sin jueces”, *Rev. de Derecho*, Universidad de Montevideo, 2011, págs. 35/54.
- GELSI BIDART, Adolfo, “De los efectos de las providencias de jurisdicción voluntaria”, *Rev. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIII, nº 1, Montevideo, 1962, págs. 80/85 y 111/118.
- GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y conciliación”, *Rev. Derecho Laboral*, t. XXII, nº 115, Montevideo, 1979, págs. 469/473.
- GIMÉNEZ, José A., *La tramitación de Juicios*, tomo Primero, La Tribuna Popular, Montevideo, 1894, págs. 62/68.
- GONZÁLEZ MULLIN, Horacio, *Ley nº 13.355 de Abreviación de Juicios*, Cutcsa, Montevideo, 1966, págs. 83/88.
- GREIF, Jaime, “Procesos Preliminares”, *Curso de Derecho Procesal del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal*, t. II, 2da. ed., F.C.U., Montevideo, 1987, págs. 11/17.

- GREIF, Jaime, “Conciliación, mediación, arbitraje, como formas alternativas de solucionar conflictos de familia”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 1/1995, págs. 43/56 (también en *Temas de Derecho Procesal Civil*, Cauce, Montevideo, 2000, págs. 213/235).
- GREIF, Jaime, “Instituto de la conciliación previa” (estadísticas 2008) en GREIF, Jaime (Coordinador), *El Código General del Proceso a 20 años de su vigencia*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, págs. 113/129.
- GREIF, Jaime (Director), SCHIAVI, Pablo, GUARIGLIA, Germán, BERCHESI, Bruno, “*Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*”, t. I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, págs. 332/337.
- GUZMÁN EMMERICH, Ana María, “Citar a conciliación al Estado: una invitación a la reflexión”, *Tribuna del Abogado*, n° 138, Montevideo, 2004, pág. 25.
- GUZMÁN EMMERICH, Ana María, “La conciliación judicial previa en Uruguay. Cuestiones procesales y de acceso a la Justicia”, *Rev. Judicatura*, tomo 53, Montevideo, 2012, págs. 71/128.
- HENÓN RISSO, Jorge, *Manual de Conciliación y Mediación*, F.C.U., Montevideo, 1995, 68 págs.
- HENÓN RISSO, Jorge, “La mediación. Ayudas metodológicas y reflexiones de la práctica”, *Rev. Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho*, n° 12, Montevideo, 1997, págs. 51/67.
- HERNÁNDEZ, María Cristina, “Conciliación y mediación”, *Rev. Judicatura*, n° 41, Montevideo, 2000, págs. 791/805.
- KLETT, Selva, “Las tentativas conciliatorias. Experiencia uruguaya e iberoamericana”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1995, págs. 563/570.
- KLETT, Selva, “Análisis de la Jurisprudencia –año 1996– sobre conciliación, actos de proposición, audiencia preliminar, actos probatorios”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 1/1998, pág. 75.
- KLETT, Selva, “*Proceso Ordinario en el Código General del Proceso*”, t. I, F.C.U., Montevideo, 2014, págs. 137/165.
- LANDONI SOSA, Ángel (Director), GOMES, Fernando, VALENTIN, Gabriel, PRATO, Magdalena, GARDERES, Santiago y GONZÁLEZ, María Eugenia, *Código General del Proceso*, vol. 2B, Buenos Aires, B. de f., 2004, págs. 754/774, y vol. 3A, Buenos Aires, B. de f., 2006, págs. 1067/1094.
- LORENZO, Hugo, “Actividad conciliatoria en Segunda Instancia. La experiencia del Tribunal Civil Octavo”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1991, págs. 469/473.

- MACHADO, Enrique, “Asistencia letrada obligatoria y ley nº 16.995”, *Tribuna del Abogado*, nº 111, Montevideo, 1998, págs. 14/15.
- MALEL, Enrique y MORALES VILA, Rossana, “La conciliación en materia de familia”, *Rev. Técnica Forense*, nº 8, Montevideo, 1999, págs. 101/105.
- MARABOTO, Jorge, “Intervención del Abogado en las audiencias de conciliación, preliminar y complementaria. Facultades del Juez y de las partes a través de sus abogados”, *Rev. Técnica Forense*, nº 2, Montevideo, 1991, págs. 72/73.
- MARABOTTO, Jorge, “El juez en la audiencia de conciliación”, *Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. XIX, Montevideo, 1991, págs. 5/11.
- MASSERA, José P., “Sobre citación a juicio de conciliación”, *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, año 9, Montevideo, 1903, págs. 253/254.
- NICASTRO SEOANE, Gustavo, “Análisis de algunas cuestiones prácticas relevantes en materia de conciliación previa”, *Rev. Judicatura*, tomo 53, Montevideo, 2012, págs. 53/66.
- OLIVERA RANGUEL, Germán y RAMPOLDI ROBAINA, Darwin, “Competencia territorial en materia de conciliación previa”, *Rev. Judicatura*, tomo 53, Montevideo, 2012, págs. 45/51.
- PATRÓN, Juan Carlos y RODRÍGUEZ POZZI, Lauro, *Manual de Enseñanza Práctica del Derecho*, t. I, C.E.D., Montevideo, 1958, págs. 513/521, 525/527, 529/552 y 573/585.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, “La conciliación y la transacción como medios extraordinarios de conclusión del proceso”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 121, Montevideo, 2000, Sec. Doctrina, págs. 91/112.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, “La conciliación y la transacción como medios extraordinarios de conclusión del proceso”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 121, Montevideo, 2000, Sec. Doctrina, págs. 106/110.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago y otros, *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090*, Universidad de Montevideo, 2013, págs. 306/310.
- PIÑEIRO NÚÑEZ, Ana Cristina y FERNANDEZ LECCHINI, Juan C., “La conciliación y la transacción realizadas por el Estado”, en *VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, Montevideo, 2000, págs. 9/11.
- PRIMERAS JORNADAS SOBRE APLICACION DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO, “Conclusiones” (Conciliación ante Juez de Paz, 1. Asistencia Letrada Obligatoria), *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1989, pág. 605, y *Rev. Judicatura*, nº 29, Montevideo, 1990, págs. 41/42.

- PRIMERAS JORNADAS SOBRE APLICACION DEL C.G.P. (Maldonado), “Conciliación ante Juez de Paz” (asistencia letrada, incomparecencia del citado y necesidad de celebrar audiencia y presunción en contra), *Rev. Judicatura*, n° 29, Montevideo, 1990, págs. 41/42.
- ROMERO BARIZO, María del Carmen, “Estado, conciliación y transacción”, *VII Jornadas Nacionales de Técnica Forense*, Montevideo, 2000, págs. 13/16.
- SALVIA, Mariela, “La conciliación en el Código General del Proceso”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1991, págs. 474/478.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *Responsabilidad del Estado* (Conciliación, transacción), F.C.U., Montevideo, 2005, págs. 202/209.
- SARAVIA GARCÍA, Diego, RAMPOLDI ROBAINA, Darwin, “Incidencia de la reforma introducida por la ley 19.090 en los procesos de familia” (Sobre conciliación previa), *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 1/2014, págs. 112/114.
- SARROCA, Joaquín L., “Particularidades del nuevo proceso de pequeñas causas derivado de la ley de relaciones de consumo. Relevamiento de su aplicación a nivel jurisprudencial”, *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, F.C.U., Montevideo, 2011, págs. 613/614.
- SIMÓN, Luis María, “Proceso laboral luego del Código General del Proceso”, *Rev. Judicatura*, n° 40, Montevideo, 1999, págs. 193/194.
- TARIGO, Enrique, “Estructura y desarrollo del nuevo proceso laboral”, *Nuevo proceso laboral uruguayo*, Colegio de Abogados del Uruguay, F.C.U., Montevideo, 1974, págs. 69/73.
- TARIGO, Enrique, “Leyes nos. 16.994 y 16.995, de 26 de agosto de 1998”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 3-4/1998, págs. 317/327.
- TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 6ta. edición actualizada por TARIGO, Enrique J. (h.), F.C.U., Montevideo, 2015, págs. 323/332.
- TORELLO, Luis A., “Mediación, negociación y conciliación”, *Rev. Uruguay de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1994, págs. 541/548.
- VALENTIN, Gabriel, “Los casos en que no procede la tentativa de conciliación previa: la reforma de 1998”, *Rev. La Justicia Uruguaya*, t. 128, Montevideo, 2003, Sec. Doctrina, págs. 63/72.
- VALENTIN, Gabriel, *La reforma del Código General del Proceso*, F.C.U., Montevideo, 2014, págs. 191/200.

VESCOVI, Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Idea, Montevideo, 1979, págs. 47/62

VESCOVI, Enrique, “La Justicia Conciliatoria”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 2/1982, págs. 161/182.

VESCOVI, Enrique, “La Justicia conciliatoria”, *Rev. Uruguaya de Der. Procesal*, Montevideo, 4/1993, págs. 519/524.

VESCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago, *Código General del Proceso*, t. 6, Abaco, Buenos Aires, 2000, págs. 444/445 y 474/480.

INNOVAR EN IGUALDAD: EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS PERSONAS MAYORES

INNOVATING IN EQUALITY:
ACCESS TO JUSTICE AND OLDER PERSONS

INOVANDO NA IGUALDADE:
ACESSO À JUSTIÇA E AS PESSOAS IDOSAS

MARCOS ACLE MAUTONE (*)
MATÍAS JACKSON BERTÓN (**)

Fecha de recepción: 10 de mayo 2023.

Fecha de aceptación: 17 de julio 2023.

RESUMEN. La reciente aprobación del marco regional de protección de los derechos humanos de las personas mayores, junto cambio cultural gradual que reivindica su papel en la sociedad, ponen de manifiesto la necesidad de implementar cambios normativos y operativos para evitar todo tipo de discriminación contra este grupo de la población. El principio fundamental es el de la igualdad en todos sus alcances, cuya garantía fundamental y última gira en torno al derecho de acceder a la justicia. El contexto de una población más envejecida, sumado a las disrupciones generadas por la pandemia por COVID-19 y las posibilidades ilimitadas que ofrecen las tecnologías de la información, es propicio para acelerar la búsqueda de dichos cambios. Para ello, este artículo explora el posible acercamiento entre los estudios en torno al envejecimiento y aquellos relacionados con la innovación. Además, ofrece

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Magister en Derecho Internacional Público por la Universidad de Londres (Reino Unido). Director subregional a.i. para el Cono Sur en la Secretaría General Iberoamericana. Correo electrónico: macle@segib.org.

(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Magister en Propiedad Intelectual por la Universidad George Washington (Estados Unidos de América). Docente Grado 3 de Derecho Informático en la Universidad de la República. Correo electrónico: matias.jackson@fder.edu.uy. Los autores agradecen a la Prof. Dra. Isolina Dabove por sus valiosos aportes al presente trabajo.

algunos ejemplos de innovaciones que buscan combinar los campos de las tecnologías de la información, la innovación y el acceso a la justicia de las personas mayores.

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos. Personas mayores. Derecho de la vejez. Edadismo. Innovación.

ABSTRACT. The recent approval of the regional framework for the protection of the human rights of older persons, together with a gradual paradigm that claims the positive role of older persons in society, reveals the need to implement normative and operational changes to avoid all kinds of discrimination against this sector of the population. The context of an aging population and the disruptions generated by the COVID – 19 pandemic, in conjunction with the unlimited possibilities that information technologies offer, provides the opportunity to redouble the search for such changes. The fundamental principle at stake is equality in all its scopes; and its fundamental and last guarantee revolves around the right of access to justice. To that end, this article explores the intersection of the studies around aging and those related to innovation. In addition, this paper offers some examples of innovations that seek to combine the fields of information technologies, innovation, and access to the justice of older persons.

KEYWORDS. Human Rights. Older persons. Rights of older persons. Ageism. Innovation.

RESUMO. A recente aprovação do marco regional de proteção dos direitos humanos das pessoas idosas, juntamente com a mudança cultural gradual que reivindica o seu papel na sociedade, evidencia a necessidade de implementar mudanças normativas e operacionais para evitar qualquer tipo de discriminação contra este grupo populacional. O princípio fundamental é o da igualdade em todas as suas abrangências, cuja garantia fundamental e última gira em torno do direito de acesso à justiça. O contexto de uma população mais envelhecida, somado às perturbações geradas pela pandemia de COVID-19 e às possibilidades ilimitadas oferecidas pelas tecnologias da informação, é propício para acelerar a busca por tais mudanças. Para isso, este artigo explora a possível aproximação entre os estudos sobre o envelhecimento e aqueles relacionados à inovação. Além disso, oferece alguns exemplos de inovações que buscam combinar os campos das tecnologias da informação, inovação e acesso à justiça das pessoas idosas.

PALAVRAS – CHAVES. Direitos Humanos. Idosos. Direitos das pessoas idosas. Preconceito de idade. Inovação.

I. Introducción

a. Una buena noticia: somos cada vez mayores

La historia de la humanidad está marcada por un estado de permanente cambio y evolución. Desde hace varias décadas, al margen de las particularidades de cada país o región, ha tenido lugar un fenómeno de crecimiento sostenido de la población mundial (de unos 2.600 millones de personas a

casi 8.000 millones en la actualidad), junto con un fenómeno de aumento de la expectativa de vida y disminución de la mortalidad infantil. Esto, sumado a otros factores, se traduce en un gradual, pero sostenido, envejecimiento de la población.

En particular, buena parte de los países de América Latina y el Caribe atraviesa lo que se ha llamado una transición hacia economías “envejecidas”. Algunos, como Uruguay, ya lo habían hecho décadas atrás y presentan niveles de envejecimiento poblacional comparables a Europa o Japón. Esto significa, bajo la lupa tradicional, que se les acabó el “bono demográfico”. Es decir, comenzó a disminuir ese momento en que la cantidad de personas en edad de trabajar –según los sistemas vigentes– era superior con respecto de aquellas personas en edad de retiro (González y Bucheli, 2014).

Según una proyección del CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, hacia mitad del siglo se duplicará la proporción de personas mayores de 65 años en Latinoamérica. Es decir, este sector de la población, que hoy ronda el 9%, alcanzará casi el 20%. Por su parte, el crecimiento de la población mayor de 80 años será aún mayor: del 2% al 5% del total (Álvarez y otros, 2020). Desde otra perspectiva, por primera vez en la historia de la humanidad, las personas de más de 60 años y más superarán en número a los menores de 18 años.

Pero ¡un momento! Todo lo mencionado hasta aquí es parte de una excelente noticia. Significa que –en promedio y sin perjuicio de que persistan situaciones de pobreza y desigualdad estructurales, además de amenazas tangibles como la crisis

climática– la humanidad ha logrado avances significativos en los niveles de desarrollo socioeconómico y en la calidad de vida de las personas que hacen posible esta creciente supervivencia. Se habla de mejoras en las condiciones de accesibilidad a los servicios básicos, salud, vacunas, higiene, alimentación, abrigo, pensiones, vivienda, educación. Y todo esto pese al sostenido aumento de la población en general. Entonces, ¿por qué tanta alarma?

b. Una mala noticia: somos cada vez mayores

Si bien el envejecimiento poblacional puede ser catalogado como un logro de la humanidad, acarrea desafíos de diversa índole en el mediano y largo plazo. Como se mencionó, las sociedades afrontan cambios estructurales que obligan a repensar el marco normativo e institucional que da soporte a la convivencia, ya sea en las relaciones culturales, familiares, sociales o económicas. El primer impulso suele ser atender esto último, dado que muchos sistemas de pensiones y su sostenibilidad financiera están en

riesgo, producto de este escenario, y se hace necesario afrontar el problema con la suficiente anticipación para evitar que afecte a la economía toda.

Sin embargo, existe un desafío cultural aún mayor, que corre peligro de agravarse. Este desafío, a veces imperceptible, otras veces flagrante, se encuentra en el campo de las preconcepciones sociales arraigadas en torno al concepto de la vejez y el envejecimiento, que a menudo están rodeadas de prejuicios. Esto se explica porque la vejez se ha identificado tradicionalmente con “una etapa de carencias de todo tipo: económicas, físicas y sociales, las primeras expresada en problemas de ingresos, las segundas en falta de autonomía y las terceras en ausencia de roles sociales que desempeñar” (Huenchuan, 2011).

Esta identificación, que suele asumirse como normal o incluso lógica, se ha traducido en lo que el médico estadounidense Robert N. Butler llamó en 1969 los “viejismos” (*ageism* en inglés), también denominado “edadismo”.

La discriminación por edad afecta a todas las personas. Los estereotipos de edad arraigados en la cultura comienzan a interiorizarse y utilizarse en niños de cuatro años lo que encauza los sentimientos y comportamientos hacia personas de diferentes edades. (OMS, 2021). Además, está en todas partes, en la vida diaria de las personas, en las instituciones y en las interacciones sociales (OMS, 2021). Es más, la discriminación que sufren las personas mayores a raíz de los referidos estereotipos y prejuicios puede estar tan arraigada en los valores vigentes, que en ocasiones son las propias personas mayores quienes los incorporan o fomentan (Butler, 1969).

Como consecuencia de esta realidad, que permea en todas las esferas de la vida, las personas mayores muchas veces están expuestas a situaciones de desigualdad y discriminación, que se expresan en violencia, abandono, malos tratos, falta de oportunidades, limitada participación en la vida pública, entre otras. Ejemplo de esto último es la llamada infantilización de la persona mayor, relacionada con el preconcepto de invalidez del sujeto a la hora de realizar cualquier gestión, tal como un trámite judicial o recibir asesoramiento legal, lo cual puede resultar en menoscabo de su toma de decisiones, en ocasiones con sustento en normas legales inflexibles u obsoletas.

Lo que pasa en la sociedad en general suele reflejarse en las políticas públicas. Los preconceptos que rodean a la vejez y al envejecimiento desde un paradigma asistencialista salen a flote a la hora de legislar o crear institucionalidad. Por ejemplo, se parte de la base de que se trata de sujetos “pasivos” para construir programas y normas de asistencia, ayuda o protección, sin considerar o aprovechar sus aspectos positivos para el desarrollo o el valor que representa, para la persona y la sociedad toda, garantizar su autonomía,

independencia e inclusión. Basta acudir a la normativa de varios de los países para constatar que –en ocasiones hasta por disposición constitucional–, con el único criterio de la avanzada edad, se impone el retiro obligatorio de magistrados y otras profesiones, sin considerar su aptitud técnica, sus resultados en el ejercicio del cargo, o aun sus propios deseos de continuar o no.

Ante esta realidad, es preciso buscar soluciones basadas en los principios fundamentales sobre los que se ha construido la sociedad: los derechos y libertades reconocidos en las Constituciones y en los principales instrumentos de derechos humanos. El presente trabajo parte del marco general de derechos humanos establecido en los instrumentos internacionales y avanza hacia los mecanismos de innovación presentes en la práctica del derecho como forma de poner en práctica y hacer efectivo aquel marco normativo. Además, explora el posible acercamiento entre los estudios en torno al envejecimiento y aquellos relacionados con la innovación en el campo del derecho, y ofrece ejemplos de innovaciones que buscan combinar las tecnologías de la información, la innovación y el acceso a la justicia de las personas mayores.

II. Igualdad y no discriminación, pilares fundamentales del derecho de las personas mayores

A lo largo de las últimas décadas ha tenido lugar un movimiento global tendiente a promover el pleno respeto, goce y disfrute de todos los derechos de las personas mayores. Varias voces comenzaron a exigir que ese derecho de igualdad, consagrado de forma general para todas las personas, debía legislarse con carácter particular tomando en consideración la discriminación específica por razones de edad. Es nada menos que la reivindicación del derecho de igualdad, y la consiguiente prohibición de discriminación, la piedra angular de la respuesta a los prejuicios que rodean a la vejez y al envejecimiento (Acle Mautone, 2012). Pero este cambio no solo implica el fin de la discriminación, sino que también concibe un desarrollo sostenible alejado de la mirada de asistencia, encarando el tema desde la reivindicación del valor de las personas mayores y la integración de todas las personas, sin que la edad constituya una barrera.

Para que este nuevo paradigma se vea reflejado en las actitudes, comportamientos y relaciones humanas es necesario promover un cambio cultural. Para promover este cambio es preciso comenzar a repensar y reformular algunas bases normativas e institucionales de larga data.

En el plano internacional tuvo lugar un proceso tendiente a fortalecer la independencia, participación, autorrealización y dignidad de las personas mayores, que incluyó hitos tales como la celebración de la primera Asam-

blea Mundial sobre el Envejecimiento en Viena, en 1982, la aprobación de los “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad” de Naciones Unidas, en 1991,(1) y numerosos instrumentos y declaraciones posteriores, sobre todo en el ámbito regional.

Estos y otros avances fueron impulsados históricamente con eficacia por los países de Latinoamérica. No es casualidad que hayan sido estos países los primeros en alcanzar un logro fundamental: la aprobación, en 2015, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en la órbita de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

a. La región latinoamericana a la vanguardia

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada a la fecha por once países,(2) es un instrumento de vanguardia al establecer, por primera vez con carácter vinculante, el compromiso de garantizar a todas las personas una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación en todas las esferas sociales. Ya en su preámbulo deja en claro “la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza” (OEA, 2015).

La Convención, en su primer artículo, reivindica el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, y en el segundo define los conceptos claves que se repiten a lo largo del instrumento, incluyendo la discriminación, la discriminación múltiple y la discriminación por edad en la vejez. Luego, en el capítulo IV, en el que detalla los derechos que viene a proteger, comienza por la igualdad y la prohibición de discriminación por razones de edad (OEA, 2015). Una vez más, la igualdad está en los cimientos de un sistema de garantías y derechos.

A partir de ahí, la Convención desarrolla la larga lista de derechos que viene a tutelar, con el foco puesto en la eliminación de la discriminación por edad. La nómina incluye la vida y la dignidad en la vejez; la independencia y autonomía; la participación e integración comunitaria; la seguridad y una vida sin violencia; el no sometimiento a tortura ni a penas o tratos crueles,

(1) Disponibles en <https://www.acnur.org/5b6caf814.pdf> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2021].

(2) Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Perú, Suriname y Uruguay.

inhumanos o degradantes; el derecho a brindar consentimiento libre e informado en la salud; los derechos en los servicios de cuidado a largo plazo; el derecho a la privacidad y a la intimidad; seguridad social; trabajo; educación; salud; cultura; recreación, esparcimiento y deporte; accesibilidad y movilidad personal; garantías ante situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; e igual reconocimiento como persona ante la ley (ejercicio de la capacidad jurídica), entre otros. Por último, la Convención –no por azar– incluye un derecho que constituye la garantía básica para el cumplimiento de todos los enumerados anteriormente: el acceso a la justicia. Y lo hace con una mirada renovadora.

b. El acceso a la justicia y una obra en constante construcción

El acceso a la justicia es la base del estado de derecho y así se encuentra reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si falta la justicia, faltan los derechos. La justicia, en sentido amplio, es el escudo de todas las personas para luchar contra la discriminación de cualquier tipo en el goce de sus derechos fundamentales.

No obstante, las circunstancias diversas que afrontan las personas en función de su posición económica, el lugar donde viven o del momento de la vida en el que se encuentran, entre otros factores, pueden verse reflejadas en barreras u obstáculos para su acceso a la justicia y, en consecuencia, en la violación de sus derechos humanos. Estas barreras a menudo son físicas (de infraestructura, distancia geográfica o falta de accesibilidad) y a veces son económicas (por los costos que insumen) o temporales (por los plazos prolongados), entre otras.

En ocasiones, obedecen a la falta de conocimiento e información, y con frecuencia tienen que ver con las actitudes que, incluso de forma involuntaria, resultan en discriminación contra las personas mayores o en edadismo. No escapa a ningún país de la región la imagen de los “edificios judiciales llenos de expedientes cargados de papeles, a lo que se le suman la indiferencia y deformación cultural del personal a cargo de la atención, quienes no brindan un trato adecuado a estos grupos específicos, y que constituyen barreras para acceder al servicio” (Chaves Cervantes, 2012).

Es con especial atención a las barreras específicas que se presentan para el acceso a la justicia de las personas mayores que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores marcó el compromiso de los Estados de asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Para tal fin, exige tomar en consideración factores fundamentales tales como la celeridad y la flexibilización de ciertas estructuras.

Así, la Convención prevé la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos, en cualquiera de sus etapas, de los que sean parte las personas mayores. También exige garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. Además, establece que la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos de riesgo a la salud o la vida de la persona mayor.

Con el mismo objetivo, los Estados se comprometieron a desarrollar políticas públicas y programas dirigidos a promover mecanismos alternativos de solución de controversias y capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Es decir que garantizar el acceso a la justicia es un trabajo en permanente desarrollo. Si se entiende que la justicia es la garantía de todos los derechos fundamentales, es preciso que, desde el Estado y por parte de todos los actores relevantes, se tome consciencia de las barreras legales, materiales y actitudinales que existen contra las personas mayores, y se continúe profundizando el cambio hacia un paradigma amigable con la perspectiva de edad, de la mano de los preceptos de la Convención.

c. La pandemia de Covid-19: Del sufrimiento a la oportunidad

En este contexto, la pandemia por el virus SARS- CoV-2 del año 2020 sobrevino como un muro contra el cual la humanidad se estrelló abruptamente. Las situaciones de aislamiento, así como el drama en torno a los altos niveles de contagio, sobre todo en cuanto a los riesgos para la salud en las personas mayores, fueron el recordatorio de las actitudes discriminatorias que se asumen en diversos planos de la vida, incluso con “ejemplos de decisiones y políticas sanitarias absolutamente despreciativas hacia las personas mayores” (Dabove, 2020).

Pasado el *shock* inicial y comenzado el proceso de recuperación tras la época de encierro y contención inicial de la crisis, la circunstancia obligó a los Gobiernos, junto con los diversos actores del sector privado y la sociedad civil, a enfocar los recursos en la necesidad de apostar por la innovación. Como nunca, la ciencia, la academia, los Gobiernos y las entidades internacionales trabajaron codo con codo en el esclarecimiento de los cambios necesarios para hacer frente a una realidad sin precedentes, con base en la tecnología y el ingenio.

Si bien la pandemia trajo consigo situaciones de sufrimiento y menoscabo de derechos en lo inmediato, dejó sobre la mesa una verdadera oportunidad para aprovechar el remezón tecnológico y cultural vivido, en favor del cumplimiento de la Convención. Concretamente, para garantizar el efec-

tivo acceso a la justicia de las personas mayores, como garantía última de todos sus derechos humanos.

III. Innovación y derecho, un campo en crecimiento

La atracción de los operadores jurídicos por la innovación y la aplicación de tecnología en el mundo del derecho no es una novedad. De manera paulatina, e impulsados por los avances en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), abogados, escribanos, jueces y fiscales, así como las instituciones asociadas a estas profesiones, han incorporado el estudio de la innovación y sus técnicas como parte de su ejercicio profesional. Desde la creación de nuevos conceptos, instituciones o procedimientos, el derecho es un espacio de desarrollo y aplicación de innovaciones de potencial impacto en la sociedad.

El análisis de la innovación no es exclusivo de los operadores jurídicos, sino que forma parte de un fenómeno más amplio. Los primeros estudios sobre la innovación como campo académico provienen de la década de 1960 a partir de los aportes de Schumpeter, para irse introduciendo paulatinamente en estudios e investigaciones interdisciplinarias. Sin embargo, es a partir de comienzos del presente siglo cuando ha podido observarse un aumento significativo en la cantidad de artículos relacionados a la innovación, en especial en las ciencias sociales (Fagerberg, 2006).

A los estudios sobre innovación se ha sumado el avance de las TIC, que aceleran el ritmo y alcance de las transformaciones, incluso para la práctica del derecho (Sandberg, 2021). Las tecnologías de la información están siendo incorporadas paulatinamente a la práctica profesional, que permiten soluciones más rápidas y de menor costo, cambiarán la forma en que, el público en general, y los operadores jurídicos en particular, entienden el acceso a la justicia (Brescia et al., 2015).

De forma similar a lo que ocurría hace unos años con las implementaciones de telemedicina y las dudas respecto a la despersionalización de las relaciones médico- pacientes (Ries et al., 2016), los operadores del derecho plantean temores o inseguridades al incorporar tecnología en la práctica. Ejemplo de ello ha sido la reciente masificación de la inteligencia artificial generativa con la irrupción del ChatGPT. Universidades, reguladores y firmas de abogados han manifestado su preocupación sobre las posibilidades de esta nueva herramienta y la sustitución de puestos de trabajo (Montiel, 2023, Sloan, 2023). La prestación de servicios por medios tecnológicos puede cambiar las dinámicas entre quienes ejercen el derecho y sus clientes, o las cortes y las personas que litigan, aunque no necesariamente en detrimento de la calidad del asesoramiento brindado o una rebaja en el costo de los servicios.

a. Innovar en igualdad: la justicia al alcance de todas las personas

Las innovaciones en el estudio y la práctica del derecho pueden perseguir varios objetivos, así como adoptar diferentes formas. Teniendo en cuenta los desarrollos en el derecho de la vejez y el cambio gradual de paradigma en la protección de las personas mayores referidos anteriormente, esta área de estudio y práctica tiene el potencial de convertirse en un espacio de innovación que permita, por un lado, el mejoramiento del acceso a la justicia de las personas mayores y, por otro, la generación de cambios que luego beneficien a la sociedad en su conjunto.

En esta sección se explora las oportunidades de mejora en los desarrollos que apunten a este grupo en particular y de innovación en soluciones que sirvan al propósito general de avanzar en el acceso a la justicia. Siguiendo la teoría de la disrupción en los negocios de Christensen, señalan que las innovaciones disruptivas provienen de nichos de mercado (Brescia et al., 2015). Por este motivo, apuntan los cambios más importantes en el sistema legal no provendrán de las grandes firmas de abogados que sirven a los clientes con mayor poder adquisitivo. Por el contrario, será la innovación en provecho de las comunidades más vulneradas y menos atendidas aquella capaz de generar cambios disruptivos en los modelos de producción y prestación de servicios.

Estos desarrollos luego podrán discurrir en beneficio de la población en su conjunto y particularmente de las personas mayores. En general, las innovaciones disruptivas primero se desarrollan en el extremo inferior del mercado, un sector desatendido por los operadores de mayor prestigio y tamaño (cfr. Christensen, Brescia et al., 2015). Una vez que se afianza y consolida en ese sector, se desplaza al mercado general, es decir, hacia los operadores tradicionales y de mayor tamaño, ya que ofrece un producto o servicio menos costoso y más acorde con las necesidades de los consumidores (Brescia et al., 2015). En concreto, la necesidad de servicios más accesibles, con mayor información y menores tiempos de respuesta, en cumplimiento de los preceptos de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, puede ser un motor que impulse cambios necesarios en el mercado legal y de justicia.

La práctica del llamado derecho de la vejez y las características del mercado desatendido podrían convertirse en un lugar desde el cual se identifiquen innovaciones que sirvan de mejor manera a sus necesidades. La atención legal y judicial a las personas mayores mediante nuevos productos, servicios, instituciones jurídicas o canales de comunicación puede ofrecer soluciones concretas para satisfacer y potenciar el pleno goce de sus derechos fundamentales, en línea a lo que impulsa la Convención Interamericana.

A continuación, se plantean algunos ejes de análisis y referencias vigentes que sirven para considerar el derecho de la vejez como un campo fértil para las innovaciones que mejoren el acceso a la justicia.

b. Más que una cuestión tecnológica

Cuando se piensa en innovación, los esfuerzos suelen centrarse en la incorporación de tecnología para la prestación de servicios. Sin embargo, innovar es más que únicamente brindar o introducir tecnología en los procesos, bienes o servicios. Para resultar en cambios que trasciendan la experimentación o la invención, las innovaciones deberían tener en cuenta otros factores de análisis.

Internet ha puesto a disposición de la población en general, incluyendo a las personas mayores, el acceso casi ilimitado a la información. Sin embargo, esto no es suficiente para garantizar su efectivo acceso a la justicia. Los asuntos legales que afectan a las personas mayores son cada vez más complejos e involucran información complicada y probabilística, por lo cual no se trata solo de brindar información, sino que esta sea accesible y asequible (Duffy et al., 2012).

Además, la carencia de competencias digitales de este grupo, al menos de gran parte de la actual generación de personas mayores, dificulta su accesibilidad a los servicios públicos, lo que acentúa su invisibilización ante las instituciones (Benavides Román y Chipana Fernández, 2021).

Las personas mayores pueden no mostrarse tan entusiasmadas por utilizar herramientas tecnológicas para intentar acceder a la justicia. Por ejemplo, los resultados de una encuesta elaborada en 2019 por el Centro Nacional de Cortes Estatales de Estados Unidos acerca de la voluntad de utilizar mecanismos de resolución de conflictos en línea –conocidos como *online dispute resolution* u ODR– señalan que aquellas personas mayores de 50 años y con menores ingresos económicos están menos dispuestas a utilizar estos mecanismos (*Online Dispute Resolution Faces Major Challenges – Survey*, 2019). A pesar de que se han expuesto varios argumentos a favor de las herramientas de ODR, en especial los enfocados en las personas mayores, estos resultados confirman que no se trata únicamente de incorporar tecnología, sino de adoptar un enfoque más amplio que considere otras perspectivas. Esto llama a tener cautela con las expectativas depositadas en la implementación de este tipo de mecanismos para impulsar el acceso a la justicia (Schmitz, 2020).

c. Nuevas técnicas para un mundo que cambia

La tecnología es solo una de las posibles herramientas que utilizar para la mejora del acceso a la justicia de las personas mayores. Los motivos señalados en la sección anterior muestran que un enfoque limitado al factor tecnológico puede resultar miope. La experiencia del laboratorio de *Legal Design* de la Universidad de Stanford indica que hay que ser cuidadosos con los enfoques que priorizan la solución tecnológica: “La tendencia que notamos entre nuestros oradores y participantes es que, si solo construyes tecnología genial, es posible que algunos abogados de tus círculos la utilicen y la amen, pero no obtendrás una adopción más amplia entre las personas sin conocimiento legal” (Hagan, 2017).

Un enfoque multidisciplinario, que incorpore herramientas metodológicas y aprendizajes desde diferentes campos del conocimiento, puede dar mejores resultados y servicios que quieran ser utilizados por las personas mayores.(3) Por ejemplo, se ha propuesto la incorporación de técnicas del pensamiento de diseño o *design thinking* para la ideación, la creación y la puesta en funcionamiento de soluciones que ayuden a mejorar el acceso a la justicia.

El pensamiento de diseño ha sido definido como “un enfoque de la innovación centrado en el ser humano que se basa en el conjunto de herramientas del diseñador para integrar las necesidades de las personas, las posibilidades de la tecnología y los requisitos para el éxito empresarial” (IDEO, s/f). Se trata de un proceso de cinco etapas iterativas, que no siempre se desarrollan secuencialmente: empatizar, definir, idear, prototipar y probar (testear). Este proceso parte de la perspectiva de quienes afrontan un pro-

(3) Un ejemplo de este planteamiento es la revista *Innovation in Aging* de la Sociedad Gerontológica de América (GSA), editada por Oxford Academic, que se identifica como una publicación que difunde “estudios de investigación conceptualmente sólidos y metodológicamente rigurosos que describen teorías innovadoras, métodos de investigación, intervenciones, evaluaciones y políticas relevantes para el envejecimiento y el curso de la vida. El contenido de la revista refleja los amplios intereses de investigación de los miembros de GSA. Los tipos de estudios pueden incluir: (a) validación de modelos teóricos o conceptuales novedosos; (b) evaluación de intervenciones, enfoques o políticas; (c) implementación de métodos de investigación innovadores, incluidas nuevas técnicas, dispositivos o métodos de evaluación; (d) investigación interdisciplinaria que transfiera conceptos, metodologías e intervenciones de otros campos a los estudios del envejecimiento y el curso de la vida; y (e) modelos y simulaciones que describen factores y procesos que afectan los resultados durante el envejecimiento y el curso de la vida. Se agradecen las contribuciones de académicos en muchos campos, que incluyen tecnología, ingeniería, arquitectura, economía, negocios, derecho, ciencias políticas y políticas públicas, educación, salud pública, ciencias sociales y psicológicas, ciencias biomédicas y de la salud, y artes y humanidades” (*The Gerontological Society of America*, s/f).

blema con objeto de llegar a ideas y aplicaciones que sean factibles y aporten un nuevo camino que tomar en la búsqueda de soluciones.

La intersección entre el derecho y el *design thinking* ha dado lugar al campo del *legal design*. Este campo de intersección se define como la “aplicación del diseño centrado en el ser humano al mundo del derecho, para hacer que los sistemas y servicios legales sean centrados en las personas, utilizables y satisfactorios” (Hagan, s/f).

Las tecnologías y cambios propuestos para favorecer el acceso a la justicia son generalmente diseñados por grupos de abogados y administradores de justicia, lo que resulta en diseños que reflejan la perspectiva de estos y, en última instancia, en servicios que no son utilizados por el público objetivo (Hagan, 2019). Por ese motivo, propone crear soluciones a través de procesos de diseño participativo, lo cual implica la utilización de metodologías como talleres de diseño, *focus groups*, entrevistas, prototipados y *workshops* que integren al público al que se dirigirá el proyecto. Esto otorga mayor confianza en los usuarios, lo cual repercute de manera directa en las tasas de uso, al tiempo que hace posible que se generen nuevas innovaciones y se identifiquen problemas que pueden pasar inadvertidos si estos grupos no fueran integrados.

Para ello, es necesario que los juzgados o, en general, los Poderes Judiciales y cualquier instancia estatal a cargo de la resolución de controversias tomen una serie de medidas activas en la persecución de la innovación para la prestación de sus servicios (Hagan, 2019; Cardullo Ortiz, 2018).

Establecer una agenda de innovación e implementar proyectos piloto que puedan ser testeados de forma iterativa sería de los primeros pasos que realizar. También es necesario contar con grupos de investigadores y diseñadores que organicen y lleven adelante *workshops* y talleres con los grupos. Personas especialmente entrenadas en estas técnicas permitirán obtener mejores resultados que luego sirvan para orientar los problemas que atender y las soluciones que poner en funcionamiento (Hagan, 2019; Cardullo Ortiz, 2018). Podrían también generar alianzas con las facultades de derecho como facilitadoras de nuevas ideas y vínculo con la sociedad civil a través de las clínicas jurídicas.

En suma, para mejorar el acceso a la justicia es necesario incorporar más que tecnología al servicio de las personas con sus derechos más vulnerados sino buscar formas de participación de estas personas en el proceso innovador. A partir de los aprendizajes y las metodologías del pensamiento de diseño, los profesionales y las instituciones vinculadas con el acceso a la justicia podrán identificar las necesidades que atender, así como las barreras que sortear.

IV. Ejemplos de referencia

A partir de los cambios producidos en la forma de analizar las innovaciones en el derecho y la incorporación de nuevas técnicas, se propone a continuación un relevamiento no exhaustivo de casos de uso. Se trata de diferentes iniciativas o enfoques que pueden dar lugar a innovaciones para mejorar el acceso a la justicia de las personas mayores.

Los ejemplos buscan identificar puntos de contacto entre las técnicas de innovación y el acceso a la justicia de las personas mayores con el fin de contribuir a la identificación de nuevas ventanas de oportunidad para el sector público y privado. Estos casos no se encuentran limitados a la introducción de tecnología, sino que, como se mencionó anteriormente, forman parte de un proceso más amplio que combina derecho, innovación y tecnología para ayudar a fortalecer el acceso a la justicia en sentido amplio.

Se trata de ejemplos de diferentes características que dan cuenta del planteamiento multidisciplinario para la consecución de los objetivos propuestos: i) fomentar la práctica del derecho de la vejez; ii) la creación de una especialización dentro del derecho procesal; iii) la implementación de medidas tecnológicas que hagan operar los cambios necesarios, y iv) la organización de eventos para abordar problemas desde un enfoque tecnológico.

a. Fomentar la práctica del derecho de la vejez

El aumento de la población envejecida traerá consigo un incremento de los problemas y desafíos que el derecho deberá afrontar en relación con la atención de este sector de la población. Por ese motivo, es necesario generar conocimiento, así como explorar oportunidades de práctica y especialización en el denominado “derecho de la vejez” por parte de estudios profesionales y la academia.

El derecho de la vejez tiene como objeto las cuestiones legales relacionadas con el envejecimiento por las que atraviesan las personas. En él se adopta un enfoque multidisciplinario que reconoce las conexiones entre las necesidades legales, sociales, económicas y de salud de las personas mayores y sus familias (Soden, 2005). Para ello, resulta fundamental el apoyo de los profesionales jurídicos en el trabajo de asistentes sociales, contadores, psicólogos, médicos geriatras, entre otras disciplinas. Este enfoque multidisciplinario busca obtener una mirada completa de la situación de la persona y así ofrecerle soluciones que se adapten a sus necesidades particulares.

El contenido de esta incipiente rama de la especialización está marcado por las situaciones por las que pasa una persona al llegar a la vejez. Así, conlleva diferentes situaciones; por ejemplo, discriminación o abusos por edad, restricciones indebidas a la capacidad jurídica, testamentos, contratación

de servicios médicos, poderes y mandatos, legados, matrimonios *in extremis*, entre otros. A su vez, constituye una oportunidad de negocios para los profesionales del derecho, al tratarse de un nicho de mercado desatendido, en constante crecimiento y con posibilidades de ocasionar disrupciones según se mencionó anteriormente.

Sin embargo, también en la práctica del derecho se debe tener cuidado de no caer en los enfoques edadistas. No se trata de aportar al mundo jurídico una rama de estudio que conciba a las personas mayores como personas menos capaces y con menor independencia o autonomía, ni puede tratarse como una disciplina que busca la “preparación” para la muerte o la incapacidad. Por el contrario, deber centrarse en sus posibilidades y ayudar desde el mundo jurídico a la plena realización de los objetivos de las personas en esa etapa de la vida.

b. Derecho procesal “geriátrico”

La lentitud de los procesos judiciales y la manera en que ello repercute negativamente en el derecho de acceso a la justicia de las personas mayores han sido señalados como un eje fundamental en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y en numerosos estudios técnicos.

Algunos autores, haciendo hincapié en los extensos periodos de tiempo para obtener una resolución judicial y en la necesidad de incorporar modificaciones a la forma de entender las garantías, han propuesto la conformación de un nuevo derecho procesal geriátrico (Pérez Cázares, 2019). Se trata de un sistema procesal especial que “mediante normas procesales independientes y autónomas brinde eficiencia y eficacia al procedimiento” (Dabove, 2021). Señalan los autores que:

[el] Estado debe de establecer a estos destinatarios de impartición de justicia nuevos mecanismos jurídico-procesales que permitan un verdadero acceso a la justicia sin trabas o requisitos innecesarios en donde se dé una apertura como un nuevo modelo de servicio de justicia para el adulto mayor, una política de Estado que aborde a las necesidades de justicia que necesitan (Pérez Cázares, 2019.)

En el mismo sentido, Blengio Valdés afirma que:

[...] una previsión normativa que permitiera elaborar una vía legal que habilite el accionamiento más ajustado, rápido y expedito resultaría de especial armonía con las previsiones de la propia Convención Interamericana para la Protección de Adultos Mayores [*sic*] que justamente ordena la adopción de disposiciones que promuevan la protección (Blengio Valdés, 2021.)

También refiere la experiencia de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que creó la figura del Defensor de la Tercera Edad.(4)

La reforma del proceso en el que actúen personas mayores requiere el establecimiento de una serie de principios y medidas que ayuden a la efectiva garantía. Principios como el “interés superior del adulto mayor”, el “impulso procesal de oficio” o el “*in dubio pro accione*” permitirían acelerar los tiempos de espera o eliminar barreras que obstaculizan los procesos (Pérez Cázares, 2019; Blengio Valdés, 2021). Además, la instauración de nuevos modelos de justicia orientados a la conciliación procesal y la mediación permitiría lograr plazos razonables para la solución de conflictos (Pérez Cázares, 2019).

La nueva concepción acerca de la vejez y el envejecimiento hará posible el avance en las sentencias y los procesos que tomen en cuenta la autonomía y la capacidad de las partes por sobre enfoques edadistas.

c. Sistemas de alerta judicial

En el mismo orden de ideas, algunos países han implementado medidas tecnológicas que ayudan a operacionalizar el llamado derecho procesal geriátrico. El objetivo es que el proceso judicial cumpla su cometido de garantizar y hacer cumplir derechos, al tiempo que se convierta en una experiencia más amigable para la persona mayor.

Es el caso del Poder Judicial del Perú, el cual estableció un sistema de alerta judicial para la actuación de personas mayores.(5) El Sistema es definido como una funcionalidad implementada en el Sistema Integrado Judicial (SIJ), que advierte a los magistrados sobre la existencia de procesos judiciales en los que participan personas mayores para que se tomen las medidas que garanticen la celeridad en la resolución. A partir de la recepción de la documentación para el inicio de un proceso, los funcionarios ingresan el número de Documento Nacional de las partes, y de manera automática el sistema recupera la edad de la persona, a partir de la cual se establecen dos condiciones:

(4) Disponible en <https://defensoria.org.ar/noticias-tipo/adultos-mayores/> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2021].

(5) Directiva N° 006-2016-CE-PJ [en línea] <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a16fc804f34cb9baecdbf6976768c74/DIRECTIVA+ALERTA+JUDICIA+L%28accesible%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a16fc804f34cb9baecdbf6976768c74> [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2021].

- 1) Si la persona tiene o es mayor de 60 y menor de 75 años de edad, el sistema identificará la parte con un color representativo (ámbar) que significará que la parte tiene “atención preferente” para el proceso.
- 2) Si la persona tiene o es mayor de 75 años de edad, el sistema identificará la parte con un color representativo (rojo) que significará que la parte tiene “prioridad en la atención preferente” para el proceso.

A partir de esta alerta, el sistema notifica al juez actuante acerca de la intervención de personas mayores, a efectos de tomar las medidas de celeridad sin descuidar las garantías y derechos de defensa (Sistema de Alerta Judicial para Personas Adultas Mayores, s/f).

Se trata de un ejemplo que posibilita, mediante la incorporación de tecnología de automatización y la interoperabilidad de los sistemas, tomar medidas que se traduzcan en un mejor acceso a la justicia, en línea a los principios y normas internacionales referidos.

d. Hackathons para mejorar la justicia

El entusiasmo por la innovación y las TIC en el mundo del derecho también ha acercado prácticas propias del mundo de la tecnología con el objetivo de generar nuevas ideas alrededor de los problemas. Un ejemplo ha sido la popularización de eventos en formato de “*hackathons* legales”. Utilizadas inicialmente en el sector de las TIC, su uso se ha expandido y ha llegado incluso al derecho. Se trata de sesiones de grupos de reflexión de corta duración y alta intensidad, destinadas a la resolución de problemas o la generación de ideas (Wilson, 2016). Un eje central de tales *hackathons* legales ha sido brindar soluciones al acceso a la justicia (O’Leary, 2019).

En 2014, la Escuela de Derecho de la Universidad de Suffolk en Boston, Massachussets, organizó una *hackathon* bajo el título *Hackcess to Justice*, que si bien fue específicamente orientada a la mejora en el acceso a la justicia de grupos de bajos recursos (Suffolk University Boston, 2014), resulta de referencia para el caso de las personas mayores.

El primer premio del concurso fue otorgado a una propuesta que busca facilitar la planificación para emergencias médicas. Por medio de una aplicación móvil sencilla e intuitiva, permite a los usuarios designar una persona (*health care proxy*) para que tome decisiones sobre los tratamientos médicos que recibirán en caso de una emergencia o por encontrarse impedidos por alguna razón (Palin, 2014). En este ejemplo se combinan las posibilidades tecnológicas actuales, metodologías innovadoras para la solución de problemas y el conocimiento del derecho para garantizar la igualdad y evitar la discriminación contra las personas mayores.

A través de la recopilación de estos casos de uso se procuró identificar y ejemplificar los desarrollos que suponen innovaciones en el acceso a la justicia por parte de personas mayores. Se trata de esfuerzos aislados en fases tempranas de implementación, lo que dificulta conocer su impacto si fueran aplicados a gran escala. No obstante, cumplen con las premisas del pensamiento del diseño de prototipar, testear y enfatizar con las necesidades de las personas usuarias de los sistemas de justicia.

V. Recapitulación y recomendaciones

El envejecimiento de la población puede ser visto como un logro de la humanidad, aunque acarrea serios desafíos. En particular, la discriminación que existe contra las personas mayores, también llamada “edadismo” o “viejismo”, forma parte de una realidad cultural cargada de prejuicios en torno a la vejez, y constituye el principal reto que superar para lograr que ese envejecimiento poblacional sea una buena noticia para la sociedad en su conjunto y no se refleje en la violación de los derechos humanos de estas personas.

Para impulsar un cambio cultural tendiente a romper con estas actitudes es necesario tomar conciencia del problema en todo nivel y apoyarse en los principios fundamentales sobre los que se construye la sociedad, en concreto, el principio de igualdad ante la ley. Sobre esa base, existe un movimiento que ha impulsado un paradigma que valora a la persona mayor como sujeto de derecho y reivindica su valor positivo para el desarrollo sostenible de la sociedad.

En ese marco, hubo avances significativos en la esfera internacional. En especial, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores constituyó un hito a la vanguardia del mundo. Este tratado regula con carácter específico el principio de igualdad y la prohibición de discriminación contra las personas mayores, para establecer una serie de medidas tendientes a garantizar el pleno respeto, goce y disfrute de todos los derechos humanos de estas personas.

El derecho y la justicia no pueden ser cómplices en la limitación de los derechos básicos de una persona, tales como su capacidad, libertad o autonomía, por consecuencia de su edad, porque sufre una enfermedad, porque vive en una zona remota, o simplemente por la demora en la tramitación de los procedimientos. Es preciso profundizar el debate, de la mano del nuevo paradigma, para continuar ajustando las estructuras jurídicas e institucionales a las necesidades de todas las personas y a los tiempos que corren, para que sean verdaderamente garantes del derecho básico de igualdad.

En ese marco confluyen dos tendencias que la pandemia pareció demostrar que estaban destinados a caminar de la mano: la búsqueda de la

innovación en el derecho y el paradigma del envejecimiento activo con igualdad. Como se describió, el derecho no ha sido ajeno a considerar la innovación como una dimensión a ser incorporada en los análisis, al tiempo que en diversas áreas introdujo a las tecnologías de la información y la comunicación.

A lo largo del presente análisis se indicó que, en el caso de las personas mayores y el acceso a la justicia, hay una oportunidad para innovar en igualdad. Hay un campo fértil para que la innovación sea el puente que contribuya a la humanización de la justicia en aquellos aspectos que la persona parece solo un número. Se trata de acercar a las personas cuando la distancia o las barreras de accesibilidad impiden encontrarse cara a cara, y de ayudar a tomar conciencia de actitudes involuntarias que, sin saberlo, redundan en obstáculos adicionales para que puedan acceder u obtener una rápida resolución de sus reclamos. Sobre esto último, la presencia de la discriminación por edad, tanto en la práctica de la profesión legal como en todos los ámbitos de resolución de controversias, debe ser objeto de concientización, incluyendo los programas de formación curricular de las facultades de derecho.

La clave radica en activar el ingenio y adaptar soluciones que en otros ámbitos de la vida ya se tornan cotidianas al servicio de esta causa. Para ello, es preciso derribar algunos muros de resistencia a los cambios que suelen estar presentes en las instituciones centenarias que rigen a las repúblicas de nuestra región. Los ejemplos descritos son apenas una aproximación para contribuir a la promoción del debate en torno a la generación o emulación de prácticas innovadoras en el derecho como forma de brindar la debida diligencia y el tratamiento preferencial cuando personas mayores forman parte de un proceso administrativo o judicial. Los nuevos estudios en derecho procesal, la implementación de tecnología, la introducción de técnicas de innovación, e incluso la práctica desde la abogacía del derecho de la vejez con carácter holístico, servirán como mecanismos provechosos para introducir ajustes a la luz de los modernos preceptos de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

No obstante, como se desprende de los ejemplos, no se trata solo de un esfuerzo que carga sobre el sector público; también es una oportunidad para el sector privado de generar nuevas oportunidades de negocio en los albores de la disrupción y sobre un sector de la población que crece de forma sostenida y exponencial. La prestación de estos servicios por parte de estudios jurídicos, profesionales independientes, organizaciones sin fines de lucro, *startups* y empresas en general puede tener un rol clave en aras de los objetivos trazados por el marco internacional para las personas mayores.

A su vez, el relevamiento se inserta en un campo de estudio más amplio como es la innovación del derecho. Aunque se trata de un campo de estudio que se encuentra en etapa de desarrollo, es previsible que, acompañando tendencias de otras disciplinas científicas, el interés aumente en los próximos años con la maduración de nuevas herramientas como el ChatGPT. Muchas de las ideas aquí plasmadas pueden resultar ajenas al derecho y los servicios de justicia. Sin embargo, son técnicas que se encuentran en uso en otras disciplinas desde hace años y con resultados alentadores. Parte de los procesos que deben atravesar los operadores del derecho tiene que ver con el aprovechamiento de los conocimientos de gestión y administración de otros campos y profesiones, para aplicarlos a su disciplina.

Como se dijo, incorporar tecnología es solo una de las formas que puede utilizar el derecho para innovar. Existen muchas otras, y la cultura pospandemia ofrece el marco ideal para empezar a pensar en ellas. La experiencia demuestra que las oportunidades para mejorar el acceso a la justicia de las personas mayores a través de la innovación tienen el potencial de resultar en soluciones que servirán al propósito general de garantizar el acceso a la justicia para la población en su conjunto.

Bibliografía consultada

ACLE MAUTONE, M. (2012), “El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de la edad”, *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, S. Huenchuan (ed.), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Gobierno de la Ciudad de México (pp. 59-74) https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1465/S301435D4312012_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

ÁLVAREZ, F., P. BRASSIOLO, M. TOLEDO, L. ALLUB, G. ALVES, D. DE LA MATA, R. ESTRADA Y C. DAUDE (2020), *Los sistemas de pensiones y salud en América Latina. Los desafíos del envejecimiento, el cambio tecnológico y la informalidad*, Banco de Desarrollo de América Latina CAF (Red 2020, Reporte de Economía y Desarrollo) [en línea] <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1652>.

BENAVIDES ROMÁN, A. M., Y Y. M. M. CHIPANA FERNÁNDEZ (2021), “Competencias digitales en adultos mayores y acceso a la justicia: una revisión sistemática”, *Revista de Derecho*, vol. 6, N° 1, pp. 182-194, DOI: 10.47712/rd.2021.v6i1.121.

BLENGIO VALDÉS, M. (2021), “Interés superior de la vejez”, *Revista Derecho Público*, N° 59, pp. 07-27, DOI: 10.31672/59.1.

- BRESCIA, R. H., W. MCCARTHY, A. MCDONALD, K. POTTS Y C. RIVAIS (2015), “Embracing Disruption: How Technological Change in the Delivery of Legal Services can Improve Access to Justice”, *Albany Law Review*, vol. 78, Nº 69, pp. 553-620 http://www.albanylawreview.org/Articles/Vol78_2/78.2.553%20Brescia.pdf.
- BUTLER, R. N, MD (1969), “Age-IsM: Another Form of Bigotry”, *The Gerontologist*, vol. 9, Nº 4, Part 1, pp. 243-246, DOI: 10.1093/geront/9.4_Part_1.243.
- CARDULLO ORTIZ, P. (2018), “Developing a Research Agenda for Access to Justice”, *Trends in State Courts 2018*, Williamsburg, VA, National Center for State Courts <https://niwaplibrary.wcl.american.edu/wp-content/uploads/Trends-in-State-Courts- Survey-Findings.pdf>.
- CHAVES CERVANTES, L. (2012), “El acceso a la justicia de las personas mayores: nociones, avances y desafíos”, *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, S. Huenchuan (ed.), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Gobierno de la Ciudad de México (pp. 111-133).
- DABOVE, M. I. (2014), “La igualdad y sus procesos de construcción”, *Ideas & Derecho*, Nº 14, pp. 03-30.
- DABOVE, M. I. (2020), “Derecho de la vejez en tiempos de pandemia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 49, e20204910, DOI: 10.22187/rfd-2020n49a10.
- DABOVE, M. I. (2021), *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, 1º ed., 1º reimp., Buenos Aires, Astrea.
- DUFFY, J. F. (2007), “Inventing Invention: A Case Study of Legal Innovation”, *Texas Law Review*, vol. 86, Nº 72 https://www.law.berkeley.edu/files/Duffy_paper.pdf.
- DUFFY, J., S. BASUYK. C. PEARSON (2012), “Older people and legal advice: the need for joined up and creative approaches”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 34, Nº 1, pp. 31-47, DOI: 10.1080/09649069.2012.675463.
- FAGERBERG, J. (2006), “Innovation: A Guide to the Literature”, *The Oxford Handbook of Innovation*, Oxford, U. K., Oxford University Press, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199286805.003.0001.
- GONZÁLEZ, C., Y M. BUCHELI (2014), “Bono demográfico y envejecimiento en Uruguay”, Documento No. 10/14, Documentos de Trabajo, Universidad de la República, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Economía [en línea] <https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/4533/1/DT%20E%202014-10.pdf>.

- HAGAN, M. (s/f), “Chapter I, Legal Desing”, *Law By Design* [en línea] <https://lawbydesign.co/legal-design/> [fecha de consulta: 11 de agosto de 2021].
- HAGAN, M. (2017, septiembre 25), *The State of Legal Design: The big takeaways of the Stanford Law + Design Summit* [en línea] <https://medium.com/legal-design-and-innovation/the-state-of-legal-design-the-big-takeaways-of-the-stanford-law-design-summit-ee363b5bf109>.
- HAGAN, M. (2019), “Participatory Design for Innovation in Access to Justice”, *Daedalus*, vol. 148, N° 1, pp. 120-127, DOI: 10.1162/daed_a_00544.
- HUENCHUAN, S. (2011), *Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/21497>.
- IDEO (s/f), “Design Thinking Defined”, *Ideo Design Thinking*. <https://design-thinking.ideo.com>
- MONTIEL, J. (2023, abril 7). *ChatGPT: Lo que todo abogado debe saber*. Lemontech Blog. https://blog.lemontech.com/chatgpt-para-el-sector-legal/#Retos_e_implicaciones_en_el_uso_de_ChatGPT_para_los_abogados
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006), “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, N° 10, DOI: 10.22199/S07189753.2006.0002.00004.
- O’LEARY, D. (2019), “License to Hack”, *NYU Law Journal Online*, vol. 48, DOI: 10.2139/ssrn.3328874.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) (2015), *Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* [en línea] http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (2021), “El edadismo es un problema mundial - Naciones Unidas”, Ginebra, Comunicado de prensa. <https://www.who.int/es/news/item/18-03-2021-ageism-is-a-global-challenge-un>.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (ONU) (1948), *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea], Naciones Unidas, 217 (III) A, Paris. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

- ONLINE DISPUTE RESOLUTION FACES MAJOR CHALLENGES – SURVEY (2019, marzo), *Artificial Lawyer* [en línea] <https://www.artificiallawyer.com/2019/03/19/online-dispute-resolution-faces-major-challenges-survey/>.
- PALIN, W. (2014), “PaperHealth. A quick way to create HealthCare Proxy and Living Wills”, *Devpost* [en línea] <https://devpost.com/software/paperhealth>.
- PÉREZ CÁZARES, M. E. (2019), “El acceso a la justicia de las personas adultas mayores. El Nuevo Derecho Procesal Geriátrico”, *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, 288ko, DOI: 10.25965/TRAHS.1409.
- SISTEMA DE ALERTA JUDICIAL PARA PERSONAS ADULTAS MAYORES (2016), Directiva No 006-2016- CE-PJ, Poder Judicial de Perú, Comisión Permanente de Acceso a la Justicia en Condiciones de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a16fc804f34cb9baecdbf6976768c74/DIRECTIVA+ALERTA+JUDICIAL%28accesible%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a16fc804f34cb9baecdbf6976768c74>
- SODEN, A. (ed.) (2005), *Advising the older client*, New York, LexisNexis Butterworths.
- RIES, N. M., B. JOHNSTON Y S. MCCARTHY (2016), “Technology-Enabled Legal Service Delivery for Older Adults: What Can Law Learn From Telehealth? Findings from an International Review of Literature”, *Elder Law Review*, vol. 10, N° 14. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/ElderLawRw/2016/7.pdf>.
- SANDBERG, H. (2021), “What is Legal Innovation?”, *University of Illinois Law Review*, N° 2021, pp. 63-76 [en línea] <https://www.illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2021/03/Sandberg.pdf>.
- SCHMITZ, A. J. (2020), “Measuring ‘Access to Justice’ in the Rush to Digitize”, *Fordham Law Review*, vol. 88, N° 6, pp. 2381-2406 [en línea] <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol88/iss6/11>.
- SLOAN, K. (2023, enero 10). *Some law professors fear ChatGPT’s rise as others see opportunity*. Reuters. <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/some-law-professors-fear-chatgpts-rise-others-see-opportunity-2023-01-10/>
- SUFFOLK UNIVERSITY BOSTON (2014, July 21), “Suffolk Law To Host ‘Hackcess to Justice’ Hackathon”, *Suffolk University News & Features*. <https://www.suffolk.edu/news-features/news/2018/05/22/17/26/suffolk-law-to-host-hackcess-to-justice-hackathon>

THE GERONTOLOGICAL SOCIETY OF AMERICA (s/f), “Innovation in Aging”, *Oxford Academic* [en línea], <https://academic.oup.com/innovateage/pages/About> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2021].

WILSON, D. (2016, July 14), “One simple hack to make your hackathon a greater success”, *The Brand Protection Blog*. <https://www.thebrandprotectionblog.com/one-simple-hack-to-make-your-hackathon-a-greater-success/>

EL PROCESO DE REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS (ART. 144 LOT)

ATTORNEYS-AT-LAW PROFESSIONAL FEES REGULATION PROCEEDINGS (ART. 144 LOT)

O PROCESSO DE REGULAÇÃO DE HONORÁRIOS PROFISSIONAIS DE ADVOGADOS (ART. 144 LOT)

RODRIGO ALMEIDA IDIARTE (*)
CAMILA UMPIÉRREZ BLENGIO (**)

Fecha de recepción: 30 de junio 2023.
Fecha de aceptación: 29 de julio 2023.

RESUMEN. En el presente trabajo se analiza el proceso de regulación de honorarios profesionales de abogados previsto en el art. 144 de la Ley N° 15.750, abordando múltiples debates que se han planteado en relación al mismo: su naturaleza, objeto, sujetos, estructura procesal, sentencia y régimen impugnativo.

PALABRAS CLAVE. Honorarios profesionales. No concertados. Abogados. Actividad judicial. Regulación.

ABRASTACT. This paper analyses attorneys-at-law professional fees regulation proceedings as set forth under section 144 of Law No. 15,750, addressing multiple issues that have arisen in relation thereto: its nature, object, parties, procedural structure, judgment and judicial review.

KEY WORDS. Professional fees. No agreement. Attorneys-At-Law. Judicial activity. Regulation proceedings.

* Abogado, Profesor Adscripto de Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España) y la Universidad de Génova (Italia). Correo electrónico: rodrigoalmeidaidiarTE@gmail.com

** Abogada, Profesora Adscripta de Derecho Procesal y Especialista en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Magíster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España) y la Universidad de Génova (Italia). Correo electrónico: camila@umpierrezblengio.com

RESUMO. No presente trabalho é analisado o processo de regulação de honorários profissionais de advogados previsto no art. 144 da Lei nº 15.750, abordando os múltiplos debates que surgiram a respeito: sua natureza, objeto, sujeitos, estrutura processual, sentença e regime de impugnação.

PALAVRAS - CHAVE. Honorários profissionais. Sem acordo. Advogados. Atividade judicial. Regulação.

1. Introducción

El art. 144 de la Ley Nº 15.750 “Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales” (en adelante, “LOT”), consagró un proceso especial para la regulación de los honorarios profesionales de abogados que se hayan generado “en actividad judicial” y “que no hayan sido concertados” previamente(1).

Por la misma estructura serán regulados los honorarios profesionales de procuradores (art. 158 de la LOT), peritos (art. 185.4 del C.G.P) y árbitros (art. 498.2 del C.G.P), sin perjuicio de que en este trabajo nos detendremos en la regulación de los honorarios de los abogados.

Tal como lo analizaremos, se trata de un proceso respecto del cual se han planteado una serie de discusiones, respecto de las cuales pretendemos arrojar luz.

2. Naturaleza del proceso

En el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, se ha discutido la naturaleza de este proceso. Hay quienes estiman que se trata de un proceso incidental, hay quienes sostienen que su naturaleza puede ser dual (según el caso), y hay quienes estiman que se trata de un proceso principal.

Quienes sostienen que se trata de un proceso incidental, lo hacen refiriendo a que el art. 144 de la LOT, establece que, en caso de que el demandado se oponga a la demanda de regulación de honorarios, el trámite de la oposición “se sustanciará en la forma correspondiente a los incidentes”.

Por su parte, otros como FRESSIA y YAMGOTCHIAN (1988, p. 346), sostienen que “la naturaleza de este proceso no es única”, por lo que podrá ser autónomo y principal o incidental. Los autores, señalan que BARRIOS DE ANGELIS justificaba esa dualidad, señalando que “si el proceso en que se

(1) La estructura prevista en el art. 144 de la LOT se encuentra en plena vigencia en nuestro ordenamiento, en virtud del art. 545 lit. F) del C.G.P que incorporó “el proceso de regulación de honorarios establecido por el artículo 144 de la Ley Nº 15.750” al elenco de excepciones de disposiciones derogadas por el C.G.P (el que se mantuvo en idéntica redacción luego de la reforma de la Ley Nº 19.090).

generaron los honorarios no ha terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el proceso de regulación de honorarios es un incidente; si ha ocurrido la cosa juzgada, el objeto es principal”.

Asimismo, otros autores como GOMES (2013) y PEDROZO y ARIAS (2017), sostienen que se trata de un proceso principal, atendiendo al objeto que se persigue por medio de esta estructura.

Ello no constituye una cuestión puramente teórica. Por el contrario, su naturaleza determinará, por ejemplo, qué tipo de sentencia es la que resuelve la pretensión regulatoria.

La discusión acerca de su naturaleza permanece vigente hoy en día. Muestra de ello es la Sentencia N° 100/2023 de fecha 10 de mayo de 2023, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno:

Se ha considerado en fallos antecedentes, por los Sres. Ministros, Dres. Edgardo Ettlin y María Cristina Cabrera, que este proceso de regulación de honorarios generados en juicio y que no se hayan concertado, es de carácter principal y autónomo, legislado en la norma antedicha, por cuyo mérito la presente sentencia tiene naturaleza jurídica de sentencia definitiva. Por su parte, la Sra. Ministra, Dra. Loreley Pera —manteniendo la posición sostenida en el Similar de Quinto Turno que integrara anteriormente—, considera que se trata de una sentencia interlocutoria en virtud del carácter incidental del proceso en el que se dicta.

Por nuestra parte, creemos que se trata —en todos los casos— de un proceso principal, lo cual se desprende de que su objeto no es otro que regular los honorarios causados “en actividad judicial” y “que no hayan sido concertados” previamente.

3. Objeto del proceso

En términos generales, el objeto del proceso es lo que se pide al tribunal. Señala VALENTIN (2013, p. 106) que:

el objeto del proceso es por una parte una insatisfacción jurídica, originada por el perjuicio causado por la falta de adecuación de la realidad a lo que debería ser de acuerdo a las normas jurídicas; y por otra parte, el requerimiento de que esa insatisfacción sea jurídica sea eliminada. A partir de este razonamiento pueden advertirse que en el objeto de cualquier proceso jurisdiccional pueden distinguirse tres cuestiones: por un lado, los “hechos” cuya existencia o inexistencia se afirma y que forman parte del supuesto de ciertas normas; por otro, las “normas de derecho” que tienen como supuesto ciertas clases de hechos, y a los cuales, de haber ocurrido, le atribuye ciertas consecuencias jurídicas,

finalmente, la “solicitud” o “requisitoria” de que se imponga la consecuencia normativa.

Del art. 144 de la LOT se desprende que el objeto del proceso consiste en regular los honorarios causados “en actividad judicial” y “que no hayan sido concertados” previamente.

En primer lugar, la norma exige que los honorarios profesionales que se pretendan regular se hayan generado “en actividad judicial”. En mérito a ello, no se pueden pretender por esta vía los honorarios que se hubieran gestado, por ejemplo, como consecuencia de la redacción de una serie de contratos comerciales, el asesoramiento en la liquidación de haberes laborales para el pago de empleados, o por el desarrollo de un *due diligence* previo a una operación de compra(2).

En efecto, es necesario que se haya tramitado un proceso en el que el abogado haya intervenido (arts. 31 y 144 de la LOT).

Sin embargo, corresponde hacer la siguiente aclaración. Lo que viene de decirse no implica que ninguna tarea extrajudicial pueda ser considerada en este proceso. Por el contrario, ellas pueden ser tenidas en cuenta cuando se desprendan del propio expediente (cfr. FRESSIA y YAMGOTCHIAN, 1988, p. 346), o cuando se hayan desarrollado con ocasión de la actividad judicial y sean acreditadas en el proceso de regulación de honorarios (por ejemplo, la tarea de preparación de audiencias y entrevista con testigos).

No obstante, en ambos casos resulta imprescindible la existencia de la ya mencionada actividad judicial (a las que se coligan esas actividades accesorias), para poder tenerlas en cuenta.

En segundo lugar, la norma requiere que los honorarios profesionales “no hayan sido concertados” previamente.

FRESSIA y YAMGOTCHIAN (1988, pp. 344-345), siguiendo a ARLAS, señalaban que existen cuatro grandes mecanismos para determinar los honorarios profesionales de los abogados y su forma de percepción:

- (i) por convenio de partes, esto es, mediante la suscripción de un contrato de honorarios en el que se establezca el monto y la forma de pago de los servicios profesionales;

(2) Nuestra jurisprudencia es conteste en lo que se viene de señalar. A vía de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno ha sostenido que: “a los efectos de la estimación de la labor extrajudicial desarrollada por el actor, la vía correspondiente no es la del art. 144 inc. 2 de la Ley N.º 15,750, aplicable a supuestos de honorarios concertados por actividad judicial” (TAC 2°, Sentencia N° 179/2018 de fecha 14 de noviembre de 2018, disponible en BJA).

- (ii) por pacto de cuota litis (lo que en la práctica forense se conoce como “honorarios a resultado”), por medio del cual se establece un porcentaje que el abogado percibirá en caso de que su cliente resulte victorioso en el proceso;
- (iii) a través de una relación de dependencia; y
- (iv) mediante la fijación judicial de honorarios.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido conteste al señalar:

Lo que la ley requiere es que los honorarios no fueran concertados, para que pueda seguirse el proceso de regulación de honorarios, no establece que los honorarios deban ser concertados solamente de una forma determinada, de modo que cualquier tipo de acuerdo ya descarta la existencia del presupuesto requerido por el art. 144 de la ley 15.750 para la procedencia del juicio de regulación de honorarios(3).

La estructura procesal regulada en el art. 144 de la LOT exige que los honorarios “no hayan sido concertados” previamente lo que implica que “no pueda probarse por escrito que su monto ha sido previamente concertado” (ABAL, 1993, p. 67). Precisamente el art. 144 de la LOT señala que: “Los abogados podrán concertar con la parte, los honorarios y la forma de pagarlos. Dicho acuerdo deberá ser probado por escrito”.

En definitiva, cuando no se cumplan con estos presupuestos, exigidos de forma acumulativa (esto es, que se hayan generado “en actividad judicial” y “que no hayan sido concertados”), no se podrá acceder a la vía prevista en el art. 144 de la LOT.

Fuera del ámbito previsto en el art. 144 de la LOT, corresponderá sustanciar la pretensión por la estructura del proceso ordinario o en su caso, de cumplirse los requisitos, por la estructura monitoria. Al respecto, señala ABAL (1993, 67):

Como regla general debe tomarse la establecida por el art. 348 C.G.P., norma que como es sabido establece que ‘tramitarán por el proceso ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan establecido un proceso especial para su sustanciación’. De allí que cualquier pretensión vinculada al contrato de servicios profesionales de abogado o procurador, como ser una solicitud de rescisión, cumplimiento del servicio, pago del precio, etc., deberá necesariamente tramitar por la vía del proceso ordinario, incluyéndose la pretensión del cliente de que se fije el honorario que se le adeuda (art. 11 C.G.P.). Sin embargo, es posible que,

(3) Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 86/2021 de fecha 10 de noviembre de 2021, disponible en BJN.

en algunos supuestos de pretensión de cobro de honorarios pactados previamente, los acreedores puedan acudir, si se dan los extremos exigidos por la ley para tales casos, a los procesos monitorio ejecutivo (arts. 353 y sigts. C.G.P.) o monitorio simplificado (arts. 377 y sigts. C.G.P.).

Sobre la procedencia del proceso ejecutivo en un contrato de prestación de servicios profesionales, señala SOBA (2021, p. 71) que:

si hay un convenio suscrito, entre abogado o abogada y cliente, y del mismo surge la obligación de pagar cantidad de dinero líquida (o fácilmente liquidable) y exigible (no sometida a plazo ni condición), se podría configurar un título ejecutivo, siempre que se cumpla con todos los otros requisitos (CGP uruguayo, artículo 353, entre otros).

4. Sujetos del proceso

4.1. Tribunal

El art. 31 de la LOT establece una regla de asignación de competencia: “De las gestiones o reclamaciones por honorarios no concertados conocerá el tribunal ante quien se hayan causado éstos, o ante quien exista el expediente en el momento de la gestión”.

Esta norma se encuentra en total armonía con lo previsto en el art. 144 de la LOT al requerir como presupuesto la generación de los honorarios “en actividad judicial”.

Como indica SOBA (2021), es una regla en materia de competencia que favorece la economía procesal y simplifica la producción o diligenciamiento de la prueba. En particular, “hace más sencillo contar con la prueba documental, que es el propio expediente, en donde se ven reflejadas las actuaciones judiciales correspondientes” (SOBA, p. 81).

El art. 31 de la LOT establece un supuesto de acumulación competencial (tribunal ante quien se causaron los honorarios o ante quien existe el expediente) que será resuelta en función del criterio de la prevención (art. 7 de la LOT). En algunos casos, el juez competente será el mismo órgano ante quien se causaron los honorarios y ante quien “exista” el expediente al momento de la gestión (esto es, al momento de la promoción del proceso de regulación). Ello sucede cuando, por ejemplo, se pretenden regular los honorarios generados ante la Suprema Corte de Justicia por la tramitación de un recurso de revisión o por la promoción de una acción de inconstitucionalidad.

La concurrencia de foros ha generado la discusión de sí es admisible el recurso de apelación (art. 144 de la LOT), cuando la demanda regulatoria se ha planteado ante un Tribunal de Apelaciones por ser este el órgano “ante

quien exista el expediente en el momento de la gestión”. Y ello por la sencilla razón de que el tribunal de alzada sería la Suprema Corte de Justicia.

Este problema es extensible a los supuestos en los que el Tribunal de Apelaciones es “*el tribunal ante quien se hayan causado éstos*” (por ejemplo, cuando se tramitó una acción de nulidad de actos de personas públicas no estatales de seguridad social, art. 270 de la Ley N° 20.130).

Sobre el tema, FRESSIA y YAMGOTCHIAN (1988, p. 349), expresaron que:

Se acepta la revisión de la sentencia del Tribunal de Apelaciones por el recurso de apelación por cuanto no existe norma expresa que lo niegue y por consiguiente rige el principio de doble enjuiciamiento. Siendo así debe concluirse que el órgano de alzada en este caso sería la Suprema Corte de Justicia conforme al art. 239 inc. 8° de la Constitución(4).

Por nuestra parte, y sin desconocer la complejidad de la cuestión, compartimos la solución defendida por FRESSIA y YAMGOTCHIAN, considerando que el derecho a la doble instancia constituye una manifestación del debido proceso, derivada del art. 12 de la Constitución, el lit. H del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y la Opinión Consultiva N° 11-90 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. ALMEIDA IDIARTE, 2019).

Sin perjuicio de ello, sugerimos la presentación de la demanda regulatoria ante un órgano de menor jerarquía que la de los Tribunales de Apelaciones, es decir, “el tribunal ante quien se hayan causado éstos”, siempre que ello fuera posible.

Naturalmente, cosa distinta podría entenderse para los supuestos en los que interviene directamente la Suprema Corte de Justicia, puesto que, al margen de la imposibilidad operativa de tramitar una segunda instancia, la propia Corporación ha estimado que no existe violación al derecho a la doble instancia cuando el proceso se resuelve por un órgano colegiado de máxima jerarquía.

4.2. Partes

El art. 144 de la LOT indica que la demanda de regulación de honorarios generados en actividad judicial que no hayan sido concertados, puede ser promovida “*a petición de cualquiera de los interesados en su cobro o en su pago*”.

(4) El inc. 8° del art. 239 de la Constitución expresa que la Suprema Corte de Justicia tiene como cometido: “Cumplir los demás cometidos que le señale la ley”.

Por lo tanto, al incluirse un elenco amplio de legitimados, para identificar quienes pueden ser parte en este proceso conviene referir a las pretensiones que se pueden ventilar.

Siguiendo a ABAL (1998, p. 69), es posible movilizar las siguientes pretensiones:

“a) del abogado o procurador contra su cliente”

“b) del abogado o procurador, como sustituto procesal del cliente (solución que indica el art. 144, penúltimo párrafo, contra la contraparte condenada a abonar al ganancioso los honorarios de sus profesionales; o, de darse el caso especial previsto en el art. 60 C.G.P. (condena solidaria al apoderado), contra el apoderado del condenado en costos”;

“c) del cliente contra la contraparte condenada a abonar al ganancioso los honorarios de sus profesionales; o contra el apoderado de esa contraparte en el supuesto señalado en último término en el anterior literal”;

“d) del cliente contra su abogado o procurador”; y

“e) del condenado a abonar al ganancioso los honorarios de sus profesionales contra el favorecido por la condena; incluyéndose en esta pretensión la del apoderado del condenado en el caso del art. 60 C.G.P.”.

El referido procesalista, realiza las siguientes precisiones:

“I) la pretensión señalada en el inciso ‘c’ precedente puede ser planteada por el actor a través de este proceso o por medio de una ejecución de sentencia (con monto ilíquido) en el mismo proceso donde se dictó la condena contra su contraparte al pago de los costos (a más, naturalmente, de la posibilidad que siempre existe de acudir al proceso ordinario, de mayores garantías)”;

“II) las pretensiones señaladas en los incisos ‘a’ y ‘b’, deberán dirigirse no sólo contra el cliente o contra el condenado en costos, sino contra ambos, si es que existió efectivamente tal condena (párrafo tercero del art. 144 L.O.T.), sin perjuicio que al ejecutar la sentencia el profesional pueda elegir contra el patrimonio de cuál de ellos va a dirigirse”;

“III) las pretensiones identificadas en los incisos ‘c’, ‘d’ y ‘e’ parecería que debieran también realizarse con citación del condenado en costos y del profesional, existiendo en estos casos la misma ‘ratio legis’ que justifica dicha preceptiva citación de todos los interesados cuando se plantean las pretensiones identificadas en los incisos ‘a’ y ‘b’”; y

“IV) las pretensiones señaladas en los incisos ‘d’ y ‘e’ se refieren exclusivamente a la regulación del honorario y no a su cobro, aunque luego pueden ser seguidas de un proceso, independiente, de oblación y consignación”.

Como se desprende del análisis exhaustivo que realiza el Profesor ABAL, la idea es involucrar en la litis a todos los sujetos que pudieran resultar interesados en la cuestión.

Cabe aclarar que si bien el abogado patrocinante de la parte gananciosa no es el titular del derecho de crédito emanado de la condena en las costas y costos, el art. 144 de la LOT no solo incorpora un amplio abanico de legitimados al habilitar a “cualquiera de los interesados en su cobro o en su pago” sino que el inciso tercero específicamente regula aquella hipótesis en la que “la petición se formula por el abogado”, por lo cual también tienen legitimación activa para iniciar una demanda por regulación de honorarios.

En jurisprudencia se ha reconocido la legitimación del abogado patrocinante de la parte gananciosa en la condena en costas y costos a título de subrogante (art. 1295 del C.C.) y siempre que sus honorarios no hubieren sido satisfechos.

A su vez, en este proceso se puede identificar la conformación litisconsorcios facultativos con necesidad de sentencia uniforme (por ejemplo, entre el condenado y el apoderado), siendo que la sentencia que determina la regulación de honorarios tendrá los mismos efectos para ambos (es decir, los honorarios no pueden estar regulados en un sentido para uno y en otro sentido para el otro).

4.3. Terceros

La posibilidad de provocar la intervención de terceros será abordada al momento en que analicemos las actitudes que puede asumir el demandado. Sin embargo, consideramos que, eventualmente, podría verificarse la intervención espontánea de terceros coadyuvantes.

Piénsese en el siguiente ejemplo. El abogado promotor de la regulación generó sus honorarios en un proceso al que accedió a través de un abogado que, sin intervenir en el proceso, recomendó el trámite del asunto a otro colega (lo que se suele denominar “abogado de referencia” o “referral lawyer”). A su vez, el abogado de referencia convino documentalmente el cobro de una comisión de lo que el abogado actuante obtuviera por su actividad profesional en juicio. En tales supuestos, resulta claro que el “abogado de referencia” tendrá un interés en que se resuelva el proceso de regulación, para poder hacer efectivo el cobro de su comisión. De este modo, podrá intervenir en el proceso coadyuvando al abogado al que refirió.

En efecto, y pese a la especialidad de este proceso, no es posible cerrar las puertas a los terceros.

5. Estructura procesal

5.1. Improcedencia de conciliación

De conformidad con lo previsto en el núm. 1º del art. 294 del C.G.P., no debe cumplirse con el requisito previo de la conciliación: “Se exceptúan de la conciliación previa: 1) Los procesos que no se tramiten por la vía contenciosa ordinaria (artículos 337 a 345)”.

5.2. Demanda

Como señalan PEDROZO y ARIAS (2017, p. 85):

la demanda, como acto de proposición y alegación, debe cumplir con los requisitos previstos en el Artículo 117 del C.G.P., es decir, debe contener una referencia clara y concisa de los sujetos, la causa y el objeto pedido, de manera clara, acompañando la prueba documental de la que pretenda servirse, así como la indicación de los restantes medios de prueba que se pretenda su diligenciamiento.

La demanda debe presentarse en el expediente en el que se hayan causado los honorarios. Posteriormente, el tribunal ordenará la formación de una pieza para su tramitación.

En la demanda regulatoria se debe hacer expresa mención de las actividades que dieron lugar a la generación de los honorarios.

Asimismo, deben surgir los parámetros sobre los cuáles se ha arribado a la cuantificación de los honorarios. Como indica el art. 144 de la LOT, a los efectos de la regulación de honorarios no concertados, “se tendrá en cuenta la importancia económica del asunto de acuerdo a los valores de la fecha de la demanda de regulación, su complejidad, el trabajo realizado, la eficacia de los servicios profesionales y, en cuanto corresponda, el arancel de la asociación profesional vigente en el momento de presentarse la demanda de regulación.”.

Los mencionados criterios que establece el art. 144 de la L.O.T., coinciden parcialmente con los que enuncia el Arancel del Colegio de Abogados (CAU) del Uruguay en su art. 5, por ejemplo: la importancia jurídica del asunto, la eficacia de los servicios profesionales en función del beneficio económico y moral que obtuviere el patrocinado con la intervención profesional, la naturaleza de los servicios, la complejidad del asunto y el trabajo realizado, la duración de la asistencia profesional (nótese que el Arancel en su art. 5 también incluye como criterios el nivel de vida o la situación económica del cliente y la representación de que ha sido investido el abogado).

No obstante, se han generado discusiones tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario en relación a la aplicación o no del arancel fijado por el CAU, por entender que el mismo no es vinculante y además se aleja de la realidad. Nótese que el art. 144 de la LOT establece que se tendrá en cuenta “en cuanto corresponda, el arancel de la asociación profesional vigente”, esto es, el Arancel del Colegio de Abogados del Uruguay⁽⁵⁾ (CAU).

Como viene sosteniendo desde hace mucho tiempo nuestra jurisprudencia, en el caso de no existir acuerdo los honorarios deben determinarse de conformidad al “*precio de costumbre*” (Código Civil, art. 1834) y el Arancel debe aplicarse con criterios de razonabilidad y ponderación. Señala GUERRA (2010) que:

el camino que va adoptando la jurisprudencia sobre el particular, observando una evolución en el sentido de ir separándose cada vez más del Arancel profesional hasta llegar a asumir que el mismo hoy, ya no es siquiera la pauta de costumbre a tener en cuenta, pese a lo dispuesto por el art. 144 inciso segundo de la L.O.T., afirmándose incluso que es necesario adoptar otras pautas que derivan de la costumbre con sustento en la realidad invocándose el art. 1834 del C.C.

Asimismo, expresa SOBA (2021, p. 76) que:

Los tribunales acuden al concepto indeterminado de precio de costumbre, empleado en el artículo 1834 del Código Civil, previsto en materia de arrendamiento de servicios, por considerar que el Arancel del Colegio de Abogados del Uruguay resulta cuestionable “en un mercado que reiteradamente y en los hechos”, se aparta del precio resultante de la aplicación del Arancel para reducirlo, en ocasiones, en forma muy considerable. Esa falta de concordancia entre el Arancel y el mercado no es objeto de prueba, incluso se lo llega a considerar como un «hecho notorio» fruto de lo que “habitualmente acontece, dentro de un mercado fuertemente competitivo y afectado por la situación económica del país”. Ello hace que no se comparta la aplicación mecánica de las normas arancelarias (cfr., Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, sentencia n° 49/2016)

En la misma línea se ha pronunciado nuestra jurisprudencia: “El Arancel del Colegio de Abogados no es vinculante y por ende su aplicación no es preceptiva, máxime cuando desde hace años dejó tan siquiera de revelar el precio de costumbre”⁽⁶⁾.

(5) Destacamos que en Uruguay no existe colegiación obligatoria

(6) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, Sentencia N° 152/2020 de fecha 5 de agosto de 2020, disponible en BJN

Más allá de esta discusión sobre la aplicación del arancel, en cuanto a lo estrictamente procesal, surge la duda de si el promotor del proceso de regulación de honorarios tiene la carga de establecer una liquidación detallada que ilustre las bases de cálculo que se ha tomado para llegar al monto que se pretende (realizando una traducción numérica de los criterios que se explicitaron por escrito), o si por el contrario, basta con una justificación expositiva y la identificación de una suma final.

A diferencia de lo que se establece en otros procesos (véase, por ejemplo, el art. 8 de la Ley N° 18.572 para el proceso laboral), no hay una exigencia legal expresa que requiera la formulación de una liquidación detallada que ilustre las bases de cálculo para movilizar correctamente la pretensión. De hecho, existen pronunciamientos en los que sin haberse formulado una liquidación han amparado la demanda regulatoria. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, en un caso en el que el demandado objetó la no formulación de la liquidación detallada expresó:

Si bien asiste razón al recurrente en cuanto a que el actor no realizó una liquidación y ni siquiera citó al arancel del CAU, ello no resulta impedimento para defenderse como lo hizo y para permitir el progreso de su acción(7).

Sin embargo, no pueden desconocerse otros pronunciamientos en los que se ha objetado la falta de liquidación con la sola identificación de una suma final:

De los propios términos de la demanda no surge en forma clara y detallada cuáles son los honorarios reclamados, en que procesos fueron generados, las bases, pautas y liquidación del monto al que arriba de UR 1.535 en función del Arancel del Colegio de Abogados pertinente(8).

Por ello, resultará conveniente formular una liquidación detallada que trasluzca los criterios aplicados en el caso concreto y las consideraciones expuestas de forma escrita, lo que permitirá fortalecer el planteo y el ejercicio de la contradicción.

Por último, cabe destacar que la demanda de regulación de honorarios puede ser modificada en los términos previstos en el art. 121.1 del C.G.P., debiéndose interpretar que puede modificarse hasta tanto no se haya deducido oposición o hasta tanto no hayan vencido los 10 días otorgados a tales efectos.

(7) Sentencia N° 5-201/2017 de fecha 13 de diciembre de 2017, disponible en BJN.

(8) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4° Turno, Sentencia N° 15/2022 de fecha 18 de marzo de 2022, disponible en BJN.

Eventualmente, podría caber la posibilidad de que se invoquen hechos nuevos (art. 121.2 del C.G.P.), aunque ello resulta poco probable puesto que los honorarios ya se habrían causado.

5.3. Control de la demanda y citación a la parte contraria

El tribunal realizará el control de admisibilidad de la demanda, en los términos previstos en el art. 119 del C.G.P., y citará a la contraparte por el término de 10 días hábiles y perentorios (inc. 3° del art. 144 de la LOT).

Debe tenerse en cuenta que: “Si la petición se formula por el abogado, se sustanciará con citación del patrocinado y, también de la parte contraria si ésta hubiere sido condenada en costos. El plazo de la citación será de diez días particulares y perentorios”.

Como establece la norma, la citación se cumplirá en el domicilio real del citado, excepto tratándose del condenado en costos, el que puede ser citado en el domicilio procesal electrónico que constituyó en el proceso en el que se generaron los honorarios.

El trámite procesal que corresponde seguir dependerá de si media o no media oposición.

Si no se deduce oposición, los autos se pondrán al despacho para sentencia; mientras que, si se deduce oposición, se dará traslado de la misma y se sustanciará de forma correspondiente a los incidentes. En términos prácticos, PEDROZO y ARIAS (2017, p. 85), indican que se suele decretar en los siguientes términos: “Por deducida demanda de regulación de honorarios. Con citación a domicilio del demandado por 10 días, vuelvan para sentencia regulación” o “Autos para sentencia de regulación de honorarios, con citación a domicilio del demandado por el término de 10 días”.

FRESSIA y YAMGOTCHIAN (1988, pp. 349-350), advertían que “La particular solución legal por la cual frente a la demanda regulatoria el Juez provea autos para sentencia con citación contraria, ha inclinado a parte de nuestra doctrina a calificar a este proceso de ‘modelo’ monitorio”.

Sin embargo, asiste razón a los autores al concluir que ello no es así. Por su claridad, nos remitimos a sus comentarios:

Consideramos que, sólo entendiendo el modelo monitorio en un sentido muy amplio, éste puede dar cabida al proceso que nos ocupa. Corrientemente se entiende como monitorio aquel proceso en el cual el Juez provee sobre el fondo de lo pedido en la demanda, sin escuchar al demandado. Esto sería, en el presente caso, que el Juez acogiera la pretensión regulatoria inaudita altera parte, aunque sometiendo su decisión a la condición de que no se formulara oposición por la otra parte

en un plazo determinado. Sin embargo, en el caso de regulación de honorarios, vemos que no es ese el modelo legal. Aquí lo que se resuelve es la mera subida de los autos al despacho para resolución, a condición de que, previa citación contraria, no se formule oposición. Es decir que no hay en el comienzo resolución de fondo, sino que sólo se dispone un acto de mera ordenación de trámite: subir los autos al despacho para resolver. Esto aleja al procedimiento en estudio de los monitorios estricto sensu.

En la misma línea, PEDROZO y ARIAS (2017, p. 86), sostienen que:

La particularidad de esta tramitación podría llevar a sostener la similitud con los procesos monitorios (Arts. 351 y siguientes) así como con lo que se resuelven mediante ‘providencia con citación’ (Art. 202 del C.G.P.). Esta similitud a nuestro entender sería únicamente aparente, en tanto en la providencia inicial de triple contenido, por un lado, como en la providencia que queda condicionada a la falta de oposición por el otro, el Magistrado actuando está resolviendo sobre el fondo. En el caso del proceso de regulación de honorarios, el contenido de dicha resolución es ‘de trámite’, desde que únicamente se resuelve sobre la puesta al despacho del expediente para estudio y posterior sentencia, condicionada a la falta de oposición.

5.4. Falta de oposición

Como hemos visto, la falta de oposición determinará que los autos se pongan al despacho para el dictado de la sentencia. Es de considerar que este supuesto opera solo para el caso en que ninguno de los sujetos citados haya deducido oposición.

La falta de oposición responde a los supuestos de incomparecencia, mera comparecencia, y allanamiento total.

PEDROZO y ARIAS (2017, p. 86), estiman que la falta de oposición (por no haber comparecido o no contestar la demanda) torna aplicable la regla de la admisión tácita de hechos conforme a lo previsto en el art. 130.2 del C.G.P. Sin embargo, aclaran que:

teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión de autos, consideramos que dicha consecuencia jurídica tal cual podríamos llegar a verla en otros supuestos, en materia de honorarios será de difícil aplicación, en tanto la actividad jurisdiccional, se constriñe o limita a determinar, fijar o justipreciar los honorarios por la actividad realizada en los autos que se generaron, con ajénidad a hechos personales sobre los cuales el demandado debe pronunciarse.

Asiste razón a los autores al sostener que, en la práctica, no resulta tan sencilla la aplicación de dichas reglas. El tribunal tendrá a la vista el expe-

diente en el que se gestaron los honorarios causados, y podrá identificar, por ejemplo, si las actividades relacionadas en la demanda regulatoria se condicen o no se condicen con las actuaciones cumplidas previamente. En este punto debe recordarse que la admisión tácita de hechos se produce, “en cuanto no resultaren contradichos por la prueba de autos” (art. 130.2 del C.G.P.).

Asimismo, debe advertirse que la falta de oposición no produce la automatización de la pretensión planteada. Como vimos, el art. 144 de la LOT, ordena al tribunal considerar: “la importancia económica del asunto de acuerdo a los valores de la fecha de la demanda de regulación, su complejidad, el trabajo realizado, la eficacia de los servicios profesionales y, en cuanto corresponda, el arancel de la asociación profesional vigente en el momento de presentarse la demanda de regulación”, factores que pueden analizarse aún sin oposición.

Sobre el tema, la jurisprudencia ha señalado que: “en principio, la regla de admisión solo alcanza a las circunstancias fácticas en que se funda una pretensión, pero no a la estimación del monto de los honorarios, puesto que tal extremo constituye una *quaestio iuris*”(9).

A su vez, la demanda puede ser desestimada, aún en ausencia de oposición, en aquellos casos en los que el actor no haya cumplido con la carga de la sustanciación.

5.5. Oposición y posterior traslado al actor

El art. 144 de la LOT establece que si se dedujere oposición a la demanda de regulación de honorarios “se dará traslado de la misma y se sustanciará en la forma correspondiente a los incidentes.”

Como vemos, el legislador utiliza el sistema de la remisión. Al decir DE BARRIOS DE ANGELIS (1990): “La remisión es un procedimiento económico, que el legislador lo utiliza para ahorrar esfuerzo; en lugar de reiterar un texto, se lo refiere sintéticamente (...)”.

Por lo tanto, se remite a la estructura incidental para la sustanciación de la oposición a la demanda de regulación de honorarios. Los arts. 320 a 322 del C.G.P regulan los procesos incidentales innominados. Si bien en el caso a estudio resulta aplicable el procedimiento previsto en el art. 321 (“incidente fuera de audiencia”), por lo que según el art. 321.1 del C.G.P se debe conferir traslado de la oposición por el plazo de 6 días.

(9) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, Sentencia N° SEF-0006-100008/2012 de fecha 28 de noviembre de 2012, disponible en B.J.N.

Hay quienes entienden que la oposición constituye verdaderamente la “demanda incidental”, y que no evacuar el traslado de la oposición, haría operar las reglas de la admisión.

No obstante, coincidimos con PEDROZO y ARIAS (2017, p. 86) al señalar que: “en caso de que no se evacue dicho traslado, es decir, el traslado de la oposición no podría aplicarse la regla de la admisión a dicha omisión desde que los hechos se encontrarán controvertidos con la demanda de regulación de honorarios”.

Pero, si volvemos al contenido de la oposición, debemos analizar cuáles son las actitudes que el demandado puede asumir.

No hay dudas de que puede contestar la demanda contradiciendo y oponer excepciones. Pero ¿qué sucede con otras actitudes como la reconvencción?

El objeto específico que se procesa mediante esta estructura, las reglas en materia de competencia y su sumariedad estructural, podría habilitar el cuestionamiento de aquellos planteos que supongan, además de la contradicción, la introducción de una nueva pretensión que se acumule por inserción (por ejemplo, vía reconvencción, intervención provocada de terceros o mediante el planteo de una *cross-claim*).

Pensemos en los siguientes ejemplos.

Imaginemos que “A” planteó contra “B” un proceso ordinario ante el tribunal “X”, que finalizó con la desestimatoria de la demanda y la condena en costos a cargo de “A”. Posteriormente, “B” planteó un proceso ordinario en contra de “A” ante el mismo tribunal “X” (piénsese, en aquellos lugares donde hay un único juzgado letrado), que finalizó con la desestimatoria de la demanda y la condena en costos a cargo de “B”. “A” promueve proceso de regulación de honorarios contra “B”, regulando los honorarios que se produjeron en el segundo de los procesos a los que hemos referido. En este caso, ¿podría “B” deducir reconvencción por los honorarios causados en el primero de los procesos puesto que ambos se tramitaron ante el mismo tribunal y se cumple con la regla competencial?

Ahora pensemos en el siguiente supuesto. Tras haberse conferido poder a un abogado, el apoderado exige que su representado lo mantenga indemne por cualquier condenación que pudiera recaerle en el proceso de acuerdo con lo previsto en el art. 60 del C.G.P. Para ello suscriben un documento en el cual se estipula una cláusula de indemnidad. En el proceso en que se causan los honorarios, se arriba a una condena en costos que alcanza al apoderado por aplicación de la norma procesal ya referida. Posteriormente, el titular del crédito promueve demanda regulatoria en contra del represen-

tado y el apoderado. En este caso, ¿podría el apoderado ejercitar su acción regresiva en contra del representado?

Aunque ello pueda resultar discutible, y se trate de supuestos que en la práctica forense serán muy limitados, la respuesta a estas interrogantes puede ser afirmativa.

En primer lugar, corresponde considerar que la pretensión regulatoria no está dotada de urgencia como sucede con otras pretensiones que disponen de una estructura abreviada.

En segundo lugar, corresponde tener en cuenta que no hay actitudes vedadas como si ocurre en otros procesos (por ejemplo, art. 10 de la Ley N° 18.572) que disponen de una estructura abreviada.

Finalmente, y en favor de la economía procesal, parecería deseable que todos estos planteos se dilucidan conjuntamente en el marco de un mismo proceso.

Ahora bien, corresponde analizar cuál sería el trámite para considerar en cada caso.

En el primero de los supuestos planteados, esto es, si el citado se opone a la demanda regulatoria y deduce reconvencción, correspondería que el tribunal otorgue dos plazos al actor que ha promovido la pretensión originaria: (I) uno de 6 días a los efectos del traslado previsto en el inc. 6° del art. 144 de la LOT, es decir, respecto de la oposición; y (II) otro de 10 días a los efectos de que pueda deducir oposición a la reconvencción, en los mismos términos previstos en el inc. 3° del art. 144 de la LOT, puesto que lo cierto es que se trataría de una “contrademanda” de regulación de honorarios. Si el actor de la pretensión originaria no se opusiera a la reconvencción, entonces el tribunal debería pasar los autos para sentencia y pronunciarse acerca de la pretensión reconvenccional, por medio de una sentencia que podría definirse como “definitiva parcial”(10) (decimos parcial ya que la resolución de la reconvencción en este estadio procesal no agotaría el objeto del proceso, puesto que este continuaría con la tramitación de la pretensión inicial). En caso de que sí se oponga, se conferirá un traslado de 6 días al actor “reconviniente”.

En este punto, conviene dejar en claro que la pretensión que se incorpore vía reconvenccional deberá ser necesariamente regulatoria. No es posible, por ejemplo, que el demandado persiga por esta vía el cobro de una serie de facturas no conformadas cuyo pago imputa al actor. Resulta de vital impor-

(10) Trazándose una analogía con lo previsto en el núm. 2° del art. 14 de la Ley N° 18.572, lo deseable es que esta resolución se apele sin efecto suspensivo.

tancia que el proceso no se desvirtúe (totalmente) con relación a su objeto inicial.

En el segundo de los supuestos planteados, esto es, cuando el codemandado deduce *cross-claim* contra su co-parte, el tribunal deberá otorgar traslado al actor que promovió la pretensión inicial a efectos de que se pronuncie acerca de la oposición y sobre la admisibilidad de la demanda dirigida a la co-parte (inc. 6° del art. 144 de la LOT). Fecho, se pronunciará acerca de la admisibilidad de la *cross-claim*, y en caso de admitirla, conferirá traslado a la co-parte, por el plazo de 10 días (solución integrada conforme a lo previsto en el inc. 3° del art. 144 de la LOT). Si la co-parte no dedujera oposición respecto de la *cross-claim*, convocará a audiencia, en la que tendrá por cierto el vínculo de indemnidad (en cuanto no surja lo contrario de la prueba obrante en el expediente).

Otra actitud a analizar su procedencia en los procesos de regulación de honorarios es la intervención forzada de terceros. En doctrina, CERETTA y VERA (2010) se han pronunciado respecto de la improcedencia de la citación en garantía a quien hubiere tenido la calidad de letrado patrocinante o mandatario (representante judicial o legal) de una parte condenada en costos. Señalan que (2010, p. 33):

es inequívocamente posible deducir pretensión resarcitoria por el cliente respecto al letrado patrocinante o al mandatario que lo hubiere representada” pero “no es la citación en garantía en un proceso de regulación de honorarios la vía apropiada para tal fin (...) el objeto del proceso de regulación de honorarios – independiente de la vía a la que corresponda ocurrir – no es otro que fijar la cuantía de los honorarios a abonar y su posterior cobro. No lo es, la revisión o revalorización de las razones que determinaron que el pretorio hubiese dispuesto la condena.

Y reiteran que:

adoptando como premisa el objetivo concreto que tiene la regulación de honorarios, no se percibe bajo qué circunstancia es posible que en este proceso se debata otra cosa que no sean los elementos que contribuyan a determinar la cuantía de los mismos. De allí, que las hipótesis contempladas en el art. 51 C.G.P ya indicadas (obligación del Abogado a garantizar al citante, que la controversia le sea común, o que la sentencia lo pueda afectar), no se configurarían.

También destacan otras razones para la improcedencia de la citación en garantía del letrado patrocinante:

En el proceso regulatorio, lo que se considera es una suma de dinero al tenor de las actuaciones ya cumplidas en el proceso principal. De allí que medularmente, las probanzas puede decirse en cierto modo que

ya están diligenciadas. En cambio, el objeto de lo que sería el segundo proceso que se adiciona refiere al buen o mal desempeño del letrado, y en su caso, generador de indemnización a favor del cliente.

En relación al abogado que actúa en calidad de mandatario señalan que: “si los razonamientos anteriores entendemos obstan a la citación en garantía al letrado, con mayores razones se torna imposible querer que se cite en garantía al mandatario”.

Con respecto a otras actitudes, debe considerarse que en los supuestos en los que la oposición resulte defectuosa (por haberse brindado respuestas evasivas o ambigüas), corresponderá otorgar igualmente traslado al actor, sin perjuicio de aplicarse las reglas de admisión en ocasión de delimitar el objeto de la prueba.

Si se produjo un supuesto de allanamiento parcial (supuesto casi improbable de verificarse en los hechos), ello deberá considerar a la hora de delimitar el objeto del proceso en audiencia.

Finalmente, entendemos que resultaría prácticamente inviable el planteo de la actitud de expectativa ya que, quien eventualmente pudiera encontrarse alcanzado por lo previsto en el art. 135 del C.G.P., podrá acceder al expediente en el que se generaron los honorarios, y discutir la cuantificación, conforme a los parámetros establecidos en la propia ley.

6. Audiencia

6.1. Convocatoria

Contestado el traslado o vencido el término para evacuar el mismo, el tribunal “ordenará el diligenciamiento de la prueba si correspondiere y convocará a audiencia, la que se desarrollará de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1) y 4) del artículo 346, en lo pertinente” (art. 321.2 C.G.P.), pudiendo prescindir de la audiencia “cuando se tratare de asuntos de puro derecho”.

PEDROZO y ARIAS (2017, p. 86) advierten que la audiencia es eventual “a que la cuestión no sea de puro derecho, en donde en tales situaciones se podrá prescindir de la audiencia por razones de economía procesal y la sentencia podrá dictarse fuera de audiencia”.

6.2. Comparecencia de las partes a la audiencia

El art. 321 numeral 2 del C.G.P establece que: “La incomparecencia de las partes a la audiencia determinará la aplicación del artículo 340”. Cabe destacar que, en sede de proceso extraordinario, el art. 346 numeral 1) del C.G.P

– al que también se remite el art. 321.2) C.G.P – tiene una redacción similar: “La inasistencia de las partes se regirá por lo dispuesto en el artículo 340”.

Estas disposiciones normativas han generado numerosos problemas y cuestionamientos interpretativos a nivel doctrinario. Esto por cuanto se refieren exclusivamente a “la incomparecencia” o “inasistencia” de las partes a la audiencia, pero se remiten al art. 340 del C.G.P en su totalidad, disposición normativa que regula otros aspectos de la audiencia preliminar, entre ellas, la exigencia de comparecencia *personal* de las partes en su numeral 1).

Por lo tanto, esto ha derivado en la siguiente discusión doctrinaria: ¿el legislador pretendió aplicar únicamente las consecuencias procesales de la incomparecencia de las partes y el régimen recursivo o también quiso el legislador que se aplicara el régimen de comparecencia personal de las partes previsto en el numeral 1) del art. 340 del C.G.P.?

Este tema no es nada menor por cuanto de entenderse que la comparecencia es personal, si la parte no concurre personalmente a la audiencia del proceso incidental se lo tendrá por inasistente y se aplicarán las gravísimas consecuencias del art. 340 del C.G.P. Sobre este punto, autores como VALENTIN, PEREIRA CAMPOS y GOMES han sostenido que —pese a la deficiente redacción del art. 321.2 inciso 4 del C.G.P —, la intención del legislador fue la de exigir la comparecencia personal de las partes.

Así pues, VALENTIN (2015, p. 224) ha señalado que:

Aunque la remisión es equívoca, ya que no se remite a las normas que regulan la comparecencia a la audiencia preliminar del proceso ordinario, sino a aquellas que regulan la incomparecencia a esa audiencia, entendemos que lo que la norma quiso exigir es la comparecencia personal de las personas físicas capaces e imponer la aplicación de las consecuencias para el caso de incomparecencia de las partes. En caso de incomparecencia de las partes, se aplican las consecuencias previstas en el art. 340 para la incomparecencia a la audiencia preliminar (v. análisis de ese artículo). Esta es una importante modificación, ya que, a nuestro juicio, en el régimen anterior no correspondía aplicar esas sanciones, aunque existían algunos fallos contradictorios sobre este punto. La solución, según se indicó en el proyecto original de la SCJ, buscó eliminar esa diversidad jurisprudencial: aunque, a nuestro juicio, optando por la peor alternativa. Como veremos oportunamente, discrepamos frontalmente con la severa solución prevista para la incomparecencia de las partes a la audiencia preliminar; y más aún con su extensión a la audiencia del proceso incidental.

En la misma línea, GOMES (2014, p. 56) ha expresado que:

Si bien la redacción del 321.2 inciso 4 C.G.P puede dar lugar a dudas, debido a que dice “La incomparecencia de las partes a la audiencia deter-

minará la aplicación del artículo 340”, creemos, siguiendo a PEREIRA CAMPOS y a VALENTIN que pese a que el artículo refiere a la “incomparecencia” y que ella “determinará la aplicación del artículo 340”, en definitiva, está exigiendo la comparecencia personal de las partes a la audiencia del proceso incidental. También coincidimos con VALENTIN que la solución actual no es buena. Varias razones nos llevan a calificar de inadecuada a la nueva regulación sobre el punto. En primer lugar, la técnica utilizada; el legislador acude a la vía de la remisión, es decir, en lugar de regular en el artículo 321 C.G.P la asistencia personal de las partes a la audiencia del proceso incidental, las consecuencias para el caso de que una parte no asista a dicha audiencia y el régimen recursivo, simplemente remite in totum al artículo 340 C.G.P, lo cual, como veremos, trae muchos problemas. (...) Por otra parte, no parece razonable que se requiera la presencia personal de las partes a la audiencia del proceso incidental, art. 321 inc. 4 C.G.P y el propio artículo 321.2 C.G.P inciso tercero autorice al Juez a prescindir de esa audiencia.

Desde una interpretación opuesta, SANTI (2014) concluye que dicho artículo no regula la forma de comparecencia sino exclusivamente las consecuencias de la incomparecencia. Señala SANTI (2014, pp. 67-70) que:

si se analiza el código procesal en su globalidad se percibe sin mayor esfuerzo que la comparecencia personal a la audiencia inicial está prevista para las estructuras principales, que tramitan la dilucidación de objetos principales, de naturaleza muy diferente a las cuestiones en general procesales objeto de los incidentes.

Por lo tanto, concluye este autor (2014, p. 69) que las partes podrán:

comparecer de todas las maneras que lo habilita la ley procesal. Podrían comparecer personalmente o por representante con poder para pleitos (art. 39 C.G.P) con facultades para disponer, especialmente conciliar. Queda descartada la comparecencia por representante judicial del art. 44 C.G.P, porque el art. 321.2 inciso segundo C.G.P remite en cuanto al contenido de la audiencia a los numerales 1 y 4 del art. 346 C.G.P, entre cuyas actividades se encuentra la tentativa de conciliación y otros actos como la fijación del objeto que claramente importan la posibilidad de disposición de derechos, facultades que el representante judicial claramente no tiene”.

Como puede verse, existen interpretaciones diversas respecto del art. 321.2 del C.G.P: en cuanto para algunos autores el citado artículo se remite a todo el art. 340 del C.G.P; para otros se remite únicamente a las normas que emanan de la interpretación de los numerales 2 y 3 del art. 340, debido a que la remisión se establece con el interés de regular la incomparecencia y nada más.

Respecto corresponde desarrollar el siguiente análisis:

Primero: el art. 340 del C.G. es, en la clasificación propuesta por GUASTINI (2016, p. 101), una disposición compleja. Esto por cuanto “no expresan una norma sino una multiplicidad de normas conjuntas. En ese sentido, a una sola disposición corresponde diversas normas conjuntamente”. Ello implica que, del conjunto de normas contenidas en la disposición, debemos seleccionar aquellas que responden a la regulación de los supuestos de “incomparecencia” dado que para los efectos de la regulación de la “incomparecencia” que precisamente se estableció la remisión normativa.

Segundo: lo que se aplica son las normas derivadas de la interpretación del art. 340 del C.G.P. Esto tiene base en que se asume una distinción elemental elaborada por los teóricos del derecho en las últimas décadas: a) lo que se interpretan son las disposiciones normativas y b) la aplicación no puede predicarse de las disposiciones sino de las normas que son el resultado de su interpretación.

Tercero: corresponde determinar, por un lado, si efectivamente existió una intención del legislador al establecer este art. 321.2 inciso 4 del C.G.P y, en caso afirmativo, cuál fue su voluntad (esto es, si pretendió regular únicamente las consecuencias de la incomparecencia de las partes o también exigir la comparecencia personal a la audiencia). La intención del legislador no debe ser una construcción de lo que se cree que esa intención fue, sino que debe ser un hecho constatable. Y para que sea constatable tienen que existir mecanismos de corroboración externa (por ejemplo, versiones taquigráficas univocas en tal sentido).

De una búsqueda de antecedentes legislativos hallamos la versión taquigráfica de la reunión realizada el día 7 de setiembre de 2011, sobre la Ley Nro. 19.090 y las modificaciones al art. 321 del C.G.P. De la misma surge lo siguiente:

En discusión las modificaciones al artículo 321, relativo a ‘Incidente fuera de audiencia’. ‘Se adoptó una estructura clara y adecuada a la naturaleza de los incidentes y se clarificó la necesidad del desarrollo de una audiencia, de conformidad con los principios de oralidad e inmediatez que rigen el Código, salvo en los casos de cuestiones de puro derecho. Asimismo, se previó las consecuencias de la incomparecencia de los interesados a la audiencia del incidente a fin de conferir coherencia a los fallos judiciales que adoptan diversas soluciones, en concordancia con la sanción prevista en el art. 340.

Sin perjuicio de que el legislador se remite nuevamente al art. 340 en su globalidad, hay algo no menor: enfatiza en que lo importante es lo relativo a la incomparecencia de las partes a la audiencia del incidente. Y se aclara que este agregado es fundamental para “conferir coherencia a los fallos ju-

diciales que adoptan diversas soluciones”. Recordemos que antes de la reforma de la Ley Nro. 19.090 no había referencia en el art. 321 del C.G.P a las consecuencias de la incomparecencia de las partes y esto implicaba que la jurisprudencia optara por diversas posturas.

En definitiva, podríamos válidamente afirmar la existencia de una intención del legislador en el sentido de regular exclusivamente la incomparecencia de las partes a la audiencia, pero no la de exigir la comparecencia personal. Cabe aclarar igualmente que esta afirmación podría verse matizada, ya que también el legislador hace mención al principio de inmediatez procesal, el que podría tener vinculación con la comparecencia personal de las partes.

Por su parte, y como ya mencionamos, el art. 340 del C.G.P es una disposición compleja. Las normas derivadas del art. 340 del C.G.P que regulan la incomparecencia son dos: la del numeral 2 y la del numeral 3. Sumado a que también existe una convención interpretativa entre los operadores jurídicos que apunta en esa dirección. Por lo tanto, existe un reconocimiento general (convencional) de que la regulación de la incomparecencia surge de la interpretación de dos numerales del 340 y no de todo su texto.

Sobre esa base y tomando en consideración que:

- a) el art. 340 del C.G.P es una disposición normativa compleja y;
- b) el art. 321.2 del C.G.P refiere a la “incomparecencia” y al parecer la intención del legislador fue la de regular las consecuencias de la incomparecencia de las partes a la audiencia incidental, parece claro (y lo opuesto resultaría contraintuitivo) que las normas que cabe aplicar por virtud de la remisión contenida en el art. 321.2 son aquellas que aluden exclusivamente a la incomparecencia, a saber, las que resultan de la interpretación de los numerales 2 y 3 del art. 340 del C.G.P.

En el marco de esta argumentación hay que tener en cuenta si las normas contenidas en los numerales 2 y 3 del art. 340 del C.G.P, son interpretables con independencia de lo edictado por el numeral 1 de ese mismo artículo, o si para comprender lo que establecen los numerales 2 y 3 hay que remitirse a la preconsideración de la situación prevista en el numeral 1. Si se pueden escindir, entonces el art. 321.2 del C.G.P remite a esas dos normas y a nada más. De lo contrario, el numeral 1 del art. 340 también quedaría comprendido. En apoyo de la tesis de que son escindibles pueden ensayarse los siguientes argumentos:

- a) Argumentos consecuencialistas: basta advertir las consecuencias graves que desataría la aplicación del 340 del C.G.P en cuanto exige comparecencia personal en audiencia de procesos incidentales.

- b) Argumentos de consistencia: que la remisión del art. 321 del C.G.P sea únicamente a los numerales 1 y 2 del art. 340 no contradice el cuerpo de normas procesales. Aquí podría validarse lo mencionado por SANTI en cuanto a que:

si se analiza el código procesal en su globalidad se percibe sin mayor esfuerzo que la comparecencia personal a la audiencia inicial está prevista para las estructuras principales, que tramitan la dilucidación de objetos principales, de naturaleza muy diferente a las cuestiones en general procesales objeto de los incidentes.

Por lo tanto, no es evidente que la comparecencia personal de las partes sea una *conditio sine qua non* de los procesos.

En conclusión, consideramos que no resulta aplicable la exigencia de comparecencia personal de las partes a la audiencia del proceso de regulación de honorarios.

6.3. Consecuencias de la incomparecencia de las partes a la audiencia de regulación de honorarios. Régimen recursivo y efecto de la apelación

Como vimos, el art. 144 de la LOT remite a la regulación de los incidentes y el art. 321 establece que la incomparecencia de las partes a la audiencia “*determinará la aplicación del art. 340*”. Por lo tanto, no cabe lugar a dudas que el legislador quiso extender las graves sanciones previstas para la audiencia preliminar a la audiencia del proceso incidental, y consecuentemente a la del proceso de regulación de honorarios.

PEREIRA CAMPOS (2013, p. 322) ha señalado que se aplican las disposiciones del art. 340 en lo que refiere a las incomparecencias de las partes, aplicándose las sanciones y el régimen impugnativo allí previsto.

GOMES (2014, p. 56) ha manifestado respecto de la posibilidad de que el actor recurra la resolución que lo tuvo por desistido de la pretensión que:

a nosotros no nos quedan dudas que si el actor no comparece a la audiencia del proceso incidental y se le imponen las sanciones del artículo 340.2 C.G.P se puede apelar esa sentencia a efectos de acreditar la fuerza mayor o causa justificada que le impidió asistir a dicha audiencia. Ello porque esa sentencia que dispone tener al actor por inasistente a la audiencia del proceso incidental, implicará tener al pretensor por desistido del proceso incidental, conforme lo dispone el artículo 340.2 C.G.P. En definitiva, esa sentencia le está poniendo fin al incidente y esa sentencia perfectamente encarta en lo establecido por el artículo 321.2 C.G.P. Además, la remisión que el artículo 321.2 C.G.P hace al artículo 340 C.G.P impone la misma conclusión.

Y respecto del demandado GOMES (2014, p. 58) ha señalado que:

no podemos decir que la sentencia que lo tiene por incompareciente, le pone fin al incidente o que resuelve el mismo (...) por ello podría plantearse su inapelabilidad. Contrariamente a lo que pueda surgir el artículo 322.2 C.G.P, concluimos, sin lugar a dudas que dicha sentencia es apelable, tal como lo dispone el artículo 340.3 C.G.P. Nos basamos en dos argumentos; de texto el primero, la remisión del art. 321.2 inciso 4, al 340 C.G.P, lo es a toda la norma, es decir, remite a todo el artículo 340 C.G.P, a todos sus numerales e incisos, en consecuencia, no quedan dudas que el artículo 340.3 debe aplicarse en estos casos. El otro argumento deriva de la aplicación lógica del artículo 340 C.G.P, puesto que la única forma que tienen, tanto actor como demandado, de justificar su inasistencia a la audiencia, es mediante los recursos de reposición y apelación, de impedirle al demandado apelar la sentencia que dispuso tenerlo por incompareciente a la audiencia, se le limita su derecho de impugnar.

El problema que se suscita refiere al efecto que se concede a dicha apelación, ya que se presenta una desarmonía entre lo previsto para los recursos del proceso incidental y el régimen recursivo del art. 340 del C.G.P. Conforme al art. 322.1 del C.G.P la sentencia que resuelve el incidente se apela con efecto diferido, mientras que según el art. 340 del C.G.P la sentencia que tiene por desistido al actor de su pretensión se apela con efecto suspensivo y la tiene por ciertos los hechos alegados por el actor se apela con efecto no suspensivo.

Analizando este punto, GOMES (2014, p. 57) expresa respecto del actor y en tesis que compartimos que: “No sin dudas, optamos por la aplicación del efecto suspensivo a la apelación”. Entre sus argumentos maneja que la remisión al art. 340 del C.G.P es “in totum” y que el art. 318 del C.G.P impone la resolución previa de la cuestión incidental a la principal. Respecto del demandado, el referido autor sostiene:

creemos que el efecto a conferirse al recurso es el no suspensivo, en efecto, la sentencia que declara incompareciente al demandado no le pone fin al incidente, por otra parte el efecto diferido corresponde cuando la ley expresamente lo establece (...) y por otra parte la claridad del art. 340 C.G.P en este extremo.

6.4. Contenido

El art. 346 del C.G.P (que regula el proceso extraordinario) dispone en su numeral 1) lo siguiente:

El trámite se concentrará en una sola audiencia de conciliación, fijación de los puntos en debate, prueba, alegatos y sentencia. La inasistencia

de las partes se regirá por lo dispuesto en el Artículo 340” y el numeral 4) expresa: “El tribunal se pronunciará en una única sentencia sobre todas las excepciones y defensas; sólo si entre ellas se encuentra la de incompetencia y se declarare incompetente, omitirá pronunciarse sobre las otras.

Por lo tanto, el contenido de la audiencia de regulación de honorarios es el siguiente: a) ratificación de actos de proposición; b) tentativa de conciliación; c) fijación del objeto del proceso, d) fijación del objeto de la prueba, e) pronunciamiento sobre los medios de prueba y diligenciamiento de la prueba en audiencia, f) alegatos (generalmente la prueba ya está incorporada en el proceso en el que se generaron los honorarios, por lo cual no hay diligenciamiento de medios probatorios, siendo muy importante tener presente que posiblemente las partes alegarán por su orden en esta misma audiencia), g) dictado de la Sentencia(11).

7. Sentencia y régimen recursivo

7.1. Naturaleza de la resolución que resuelve el objeto del proceso regulatorio

Al iniciar este trabajo, presentábamos las distintas posiciones que existen acerca de si se trata de un proceso principal o incidental. De ello se deriva la naturaleza de la resolución que resuelve el proceso regulatorio. Si se concluye que se trata de un proceso principal, la sentencia que regula los honorarios será definitiva. Por el contrario, si se concluye que se trata de un proceso incidental, la sentencia será interlocutoria.

Como afirmamos previamente, a nuestro juicio, tratándose de un proceso autónomo y principal, la sentencia que resuelve el objeto del proceso de regulación de honorarios es definitiva, por más que se asigne una estructura incidental a la sustanciación de la oposición.

(11) Si bien el art. 346.1 dispone que al final de la audiencia se dictará sentencia, resulta aplicable el art. 203 C.G.P que faculta al tribunal a diferir la expresión de los fundamentos, suspendiendo a tal efecto la audiencia, la que deberá llevarse a cabo en plazo no mayor de 10 días si se tratare de sentencia interlocutoria y de quince días si se tratare de sentencia definitiva (art. 203.2) o cuando la complejidad del asunto lo justifique, a diferir el dictado de la sentencia con sus fundamentos, por un plazo no mayor a quince días si fuere interlocutoria y treinta días si se tratare de una sentencia definitiva.

7.2. Régimen recursivo

El inc. 11° del art. 144 de la LOT establece: “Contra la sentencia de regulación de honorarios sólo cabrá el recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de cinco días”.

Por tanto, corresponde analizar el régimen recursivo previsto para las resoluciones que se dictan en este proceso.

7.2.1. Recursos en contra de las resoluciones dictadas en el curso del proceso

Como señala ABAL (1993, p. 70), “Durante este proceso sólo se admitirá —salvo para la sentencia definitiva (es definitiva y no interlocutoria, aún cuando la vía procesal sea similar a la incidental)— el recurso de reposición. Así lo dispone el art. 322.1 C.G.P.”.

También son admisibles los recursos de aclaración y ampliación, conforme al régimen general (art. 244 del C.G.P.).

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia:

Como ha expresado esta Sala en anteriores fallos, cuando el legislador establece que un procedimiento se tramitará por el de los incidentes, ello abarca el sistema impugnativo. Es por ello, que, tramitándose el juicio de regulación de honorarios por el procedimiento de los incidentes, las providencias dictadas en el transcurso del proceso y que no resuelven en definitiva la acción incoada solamente admiten el recurso de reposición, conforme lo disponen los arts. 250 y 322.1 del C.G.P.(12).

No obstante, debe tenerse presente el régimen recursivo previsto en los inc. 2° y 3° del art. 340 del C.G.P., para aquellos supuestos en los que se apliquen las consecuencias frente a la incomparecencia a la audiencia. De la misma manera, resultaría aplicable lo previsto en el art. 315.3 del C.G.P., si en el marco del proceso regulatorio se solicita la disposición de una medida cautelar.

7.2.2. Apelación de la sentencia que resuelve el objeto del proceso

Como se señaló previamente, la sentencia que resuelve el objeto del proceso regulatorio es apelable en el plazo de 5 días hábiles siguientes al de su notificación.

(12) Tribunal de Apelaciones de Familia de 1° Turno, Sentencia N° 65/2019 de fecha 10 de abril de 2019, disponible en BJN.

Sin embargo, y pese a lo claridad de la norma, señala ELIZALDE (2006, p. 112) que “se han sostenido tres posturas” con relación al plazo que se dispone para apelar.

La primera, es la que surge del art. 144 de la LOT (5 días).

La segunda, sostiene que:

el plazo para apelar la sentencia de regulación de honorarios es el correspondiente al de la apelación de las sentencias definitivas, esto es, quince días hábiles (art. 253.1 C.G.P.). Se recurre al argumento de que ni siquiera con la inclusión del literal f) en el art. 545 por la Ley N° 16.699, rige el régimen recursivo del artículo 144, sino que rige el régimen general del C.G.P. Asimismo, se sostiene que esta interpretación, en tanto admite un plazo mayor, otorga garantías más amplias a las partes (ELIZALDE, 2006, p. 114).

La tercera, “sostiene que el proceso de regulación de honorarios es un incidente y que, como tal, su sentencia debe ser recurrida como se recurren las sentencias interlocutorias según el C.G.P., en el plazo de seis días hábiles (art. 254 C.G.P.)” (ELIZALDE, 2006, p. 115).

Considerando la vigencia del art. 144 de la LOT, corresponde considerar que el recurso de apelación debe interponerse dentro del plazo de los 5 días siguientes al de la notificación.

Esta es la solución que defiende nuestra jurisprudencia actual:

cabe señalar que nos hallamos ante un proceso de regulación de honorarios tramitado de conformidad al art. 144 de la ley 15.750, en el cual el recurso de apelación contra la sentencia regulatoria fue deducido vencido el plazo de cinco días previsto en el art. 144 inc. 11 de la citada ley(13).

Laudada esta cuestión, corresponde analizar cuál es el plazo por el que debe otorgarse traslado de la apelación a todos aquellos litigantes con intereses contrarios.

GOMES (2013, p. 5) ha sostenido:

el traslado del recurso presenta algún problema interpretativo, puesto que el artículo 144 de la ley 15.750 no menciona por qué plazo se debe conferir traslado del recurso. Al respecto podrían manejarse dos posiciones: entender que el plazo del traslado es de 15 días conforme a lo dispuesto por el artículo 253.1 C.G.P., o, que el traslado es por plazo de 6

(13) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, Sentencia N° 59/2018 de fecha 12 de setiembre de 2018, disponible en BJN.

días conforme lo establecido por el artículo 99 G.C.P.- Entendemos que la situación más análoga es la que establece el plazo de 15 días, puesto que la norma refiere expresamente al plazo para evacuar el traslado del recurso de apelación, con lo cual quedará una desigualdad para las partes, mientras el agraviado tiene un plazo de 5 días para apelar, el apelado tiene un plazo de 15 días para evacuar el traslado del recurso.

Difiriendo con GOMES, creemos que la solución correcta es la propuesta por ELIZALDE (2006, p. 116):

En nuestra opinión, el principio de igualdad que debe regir el debate judicial y la especificidad de la regulación procedimental del art. 144, permiten concluir razonablemente que el plazo para evacuar el traslado del recurso, para adherir y para contestar la adhesión sea de cinco días. En efecto, si abogamos por la plena vigencia de los plazos procesales especiales previstos en el artículo 144, el traslado del recurso, que generalmente es una oportunidad procesal en espejo al recurso, debe ser por el mismo plazo que para apelar... Desde nuestro punto de vista, en estos casos debe destacarse la aplicación de un plazo de quince días, pues el plazo especialmente previsto para apelar es de cinco días.

La autora, en posición que compartimos, alude a la admisibilidad de la adhesión a la apelación, y expresa: “La adhesión, como un instituto accesorio a la apelación, también debe regirse por los mismos plazos y procedimientos que ésta” (ELIZALDE, 2006, p. 116).

Finalmente, corresponde señalar que, considerando que la doctrina mayoritaria sostiene que estamos ante una sentencia definitiva dictada en el marco un proceso autónomo, no debería anunciarse la apelación en audiencia, pues dicho anuncio sólo es necesario tratándose de sentencias interlocutorias. Sin embargo, en la práctica forense el criterio de seguridad impone igualmente anunciarlo o consultar en el momento la opinión de la Sede al respecto.

7.2.3. Improcedencia del recurso de casación

La Suprema Corte de Justicia sistemáticamente ha declarado inadmisibles el recurso de casación, con condena en costas.

El fundamento radica en el régimen impugnativo previsto por el art. 144 de la LOT, que establece: “contra la sentencia de regulación de honorarios sólo cabrá el recurso de apelación”, lo cual sostiene la Corporación que torna inadmisibles el recurso de casación(14).

(14) Sentencia N° 437/2018 de fecha 14 de marzo de 2018, disponible en BJN.

8. Ejecución de la sentencia

El art. 144 de la LOT señala que:

La sentencia que fije los honorarios constituirá título que apareja ejecución, la que se seguirá por el trámite previsto para la ejecución de las sentencias que condenan al pago de cantidad líquida; en caso de ejecución no será necesaria la intimación prevista por el inciso final del artículo 53 de la ley 13.355, de 17 de agosto de 1965.

En caso de que la sentencia de regulación de honorarios quede ejecutoriada y no se verifique el cumplimiento de la misma, se podrá promover el proceso de ejecución en base a dicho título (art. 377 núm.. 1) del C.G.P). Y según lo dispuesto por el art. 144 de la LOT no corresponde la intimación previa.

9. Consideraciones finales

A la luz de lo analizado a lo largo del trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- (i) El proceso de regulación de honorarios regulado por el art. 144 de la Ley N° 15.750 es un proceso autónomo y principal, atendiendo a su objeto que consiste en regular los honorarios causados “en actividad judicial” y “que no hayan sido concertados” previamente.
- (ii) Tratándose de un proceso autónomo y principal, la sentencia que resuelve el objeto del proceso de regulación de honorarios es definitiva, por más que se asigne una estructura incidental a la sustanciación de la oposición.
- (iii) El tribunal competente para conocer en el proceso de regulación de honorarios es aquel ante quien se hayan causado éstos, o ante quien exista el expediente en el momento de la gestión. Cuando la demanda regulatoria se haya planteado ante un Tribunal de Apelaciones por ser este el órgano “ante quien exista el expediente en el momento de la gestión”, sin desconocer la complejidad de la cuestión, consideramos admisible la interposición del recurso de apelación fundado en el derecho a la doble instancia, el cual constituye una manifestación del debido proceso.
- (iv) En cuanto a los sujetos legitimados para promover la acción, el art. 144 de la LOT incluye un amplio elenco de habilitados, al disponer que la demanda podrá ser promovida “a petición de cualquiera de los interesados en su cobro o en su pago”.
- (v) La intervención de terceros, pese a la especialidad del proceso, podría verificarse en algunos supuestos.

- (vi) El proceso de regulación de honorarios está exceptuado de conciliación previa (núm. 1° del art. 294 del C.G.P.).
- (vii) La demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el Artículo 117 del C.G.P y se debe hacer expresa mención de las actividades que dieron lugar a la generación de los honorarios, siendo conveniente formular una liquidación detallada que trasluzca los criterios del art. 144 de la LOT aplicados en el caso concreto.
- (viii) La falta de oposición en el plazo de 10 días hábiles y perentorios determinará que los autos se pongan al despacho para el dictado de la sentencia, pero ello no produce la automatización de la pretensión planteada y tampoco la aplicación directa de las reglas de admisión, puesto que el tribunal tendrá a la vista el expediente en el que se generaron los honorarios.
- (ix) Si se dedujere oposición a la demanda de regulación de honorarios “se dará traslado de la misma y se sustanciará en la forma correspondiente a los incidentes.” En ese caso, es posible analizar las distintas actitudes que el demandado puede adoptar frente a la citación, no pudiendo descartarse la introducción de una nueva pretensión que se acumule por inserción (por ejemplo, vía reconvencción, intervención provocada de terceros o mediante el planteo de una *cross-claim*), pese a que en la práctica forense serán supuestos limitados.
- (x) Contestado el traslado o vencido el término, el tribunal convocará a audiencia, salvo que la cuestión sea de puro derecho. El contenido de la audiencia de regulación de honorarios será el siguiente: a) ratificación de actos de proposición; b) tentativa de conciliación; c) fijación del objeto del proceso, d) fijación del objeto de la prueba, e) pronunciamiento sobre los medios de prueba y diligenciamiento de la prueba en audiencia, f) alegatos (generalmente la prueba ya está incorporada en el proceso en el que se generaron los honorarios, por lo cual no hay diligenciamiento de medios probatorios, siendo muy importante tener presente que posiblemente las partes alegarán por su orden en esta misma audiencia), g) dictado de la Sentencia.
- (xi) En cuanto a la comparecencia de las partes a la audiencia, consideramos que no se aplica la exigencia de su comparecencia personal, si bien su incomparecencia determinará la aplicación de las sanciones previstas en el art. 340 del C.G.P, así como el régimen recursivo aplicable.
- (xii) La sentencia definitiva que resuelve el objeto del proceso regulatorio es apelable en el plazo de 5 días hábiles y no debería anun-

ciarse la apelación en audiencia, pues dicho anuncio sólo es necesario tratándose de sentencias interlocutorias.

- (xiii) En cuanto al plazo por el que debe otorgarse traslado de la apelación, si bien no está previsto en el art. 144 de la LOT, en base al principio de igualdad procesal, también debería ser de 5 días hábiles.
- (xiv) El recurso de casación resulta improcedente por cuanto el régimen impugnativo previsto por el art. 144 de la LOT establece que “contra la sentencia de regulación de honorarios sólo cabrá el recurso de apelación”.
- (xv) El proceso de ejecución será la vía para obtener el cumplimiento coactivo de la sentencia de regulación de honorarios ejecutoriada (art. 377 núm. 1) del C.G.P).

Bibliografía consultada

- ABAL OLIÚ, Alejandro (1993). “C.G.P. y honorarios profesionales”, en *Revista del C.A.U.*, t. XXIV, pp. 61-72.
- ALMEIDA IDIARTE, Rodrigo (2019). El debido proceso en materia procesal civil: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* - Nº 2 /2018, pp. 815-824.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante (1990). *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, Ed. Idea, Montevideo.
- CERETTA CASTELO, Héctor Daniel y VERA IZETA, José Luis. (2010). “Regulación de honorarios del abogado: Procedencia de la citación en garantía al profesional patrocinante de la parte condenada en costos” en *Revista de Técnica Forense*, Número 18, pp. 31-35.
- ELIZALDE, Lucía. (2006). “Plazos procesales: Cuestiones prácticas vinculadas a su cómputo, suspensión y vencimiento”, en *Revista de Derecho y Tribunales*, Número 1, pp. 93-120.
- FRESSIA, Gloria y YAMGOTCHIAN, Sergio (1988). “Proceso de regulación de honorarios”, VV.AA., *Curso de Derecho Procesal*, t. V, volumen II, obra colectiva del IUDP, FCU, Mdeo., pp. 344-352.
- GOMES SANTORO, Fernando J. (2013). “Disponibilidad de las estructuras procesales. Naturaleza jurídica del proceso y la sentencia y plazo para apelar ésta en el proceso de regulación de honorarios” en *La Justicia Uruguaya*, Tomo 148, Jurisprudencia Comentada, Cita Online: UY/DOC/155/2013.

- GOMES SANTORO, Fernando J. (2014). “Consecuencias de la imposición de asistencia personal a audiencia en el proceso incidental” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro.1/2014, FCU, Montevideo, pp. 55-65.
- GUASTINI, Riccardo (2016). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Editorial Gedisa, Reimpresión, España.
- GUERRA PÉREZ, Walter D. (2010). “Cuestiones de legitimación activa, de aplicación del arancel profesional y de aplicación de oficio del reajuste del dec.-ley 14.500” en *La Ley Uruguay 2010-5*, 670, Cita Online: UY/DOC/400/2010.
- PEDROZO IBAÑEZ, Xenia y Arias, Javier. (2017). “El proceso de regulación de honorarios” en *Judicatura*, Número 62, CADE, pp.85 -88.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago (2013). *Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090 comparadas y comentadas*, Editorial Universidad de Montevideo, Montevideo.
- SANTI, Alejandro (2014). “No se requiere la comparecencia personal a la audiencia única del proceso incidental fuera de audiencia” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* Nro. 1/2014, FCU, Montevideo, pp. 67-70.
- SOBA BRACESCO, Ignacio (2021). “Los honorarios profesionales de los abogados y abogadas. Lecciones, desafíos y problemas por resolver” en *El ejercicio de la abogacía en América Latina: en la búsqueda de una agenda de trabajo*, II Volumen, CEJA JSCA, Chile.
- UMPIÉRREZ BLENGIO, Camila (2021). *La comparecencia de las partes a las audiencias en distintas estructuras procesales: una mirada analítica, crítica y práctica de nuestro ordenamiento procesal*, trabajo inédito, tesis de la Especialización en Derecho Procesal Facultad de Derecho - UDELAR entregada el 26 de octubre de 2021.
- VALENTIN, Gabriel (2013). *Principio de congruencia y regla Iura Novit Curia en el proceso civil uruguayo*, FCU, Montevideo.
- VALENTIN, Gabriel (2015). *La reforma del Código General del Proceso*, 1° reimpresión, FCU, Montevideo.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

GOOD ADMINISTRATION OF THE RIGHT TO HOUSING

A BOA ADMINISTRAÇÃO DO DIREITO À HABITAÇÃO

PABLO DANIEL CRUZ (*)

Fecha de recepción: 14 de abril 2023.

Fecha de aceptación: 9 de junio 2023.

RESUMEN. El concepto de buena administración es vasto y surge de la evolución en la concepción del Derecho Administrativo. En la actualidad podemos identificar tres dimensiones de la buena administración: Como deber de la Administración de desempeñarse con eficiencia y eficacia para el logro de los resultados procurados. Como derecho, en tanto la Administración está para el logro del bien común, y esto es apto para el desarrollo de la persona humana, existe un derecho de las personas a que la Administración se desempeñe en función de los criterios de buena administración. También puede apreciarse la buena administración como un principio general de derecho que debe regir la actividad de la Administración, con lo cual constituye uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo. La Buena Administración y el derecho a la vivienda parte del reconocimiento que el acceso y el goce de una vivienda decorosa es un derecho fundamental que debe ser tutelado por el Estado. El plan de realojo de familias residentes en el asentamiento “El Placer” (Punta del Este – Departamento de Maldonado) es una manifestación de la protección del derecho fundamental de acceder y gozar de una vivienda digna y decorosa, aplicando criterios de buena administración.

PALABRAS CLAVE. Buena administración. Derecho humano. Vivienda decorosa. Dignidad. Interés general. Plan de realojo.

(*) Profesor Titular de Derecho Administrativo (Público II) Facultad de Derecho UCLAEH. Profesor Adjunto de Procesos Constitucionales (Publico III) Facultad de Derecho UCLAEH. Correo electrónico: cruzpablodaniel@gmail.com

ABSTRACT. The concept of good administration is vast and arises from the evolution of Administrative Law. We can currently identify three dimensions of good administration. First, as the duty of the administration to perform efficiently and effectively to achieve the results sought. Second, as a right inasmuch as the administration seeks the achievement of the common good and this is suitable for the development of the human person, there is a human right to have the administration perform according to the criteria of good administration. Third, good administration can also be seen as a general principle of law that should govern the activity of the administration, which constitutes one of the primary structural supports of the entire legal system. Good administration and the right to housing are based on the recognition that access to and enjoyment of housing is a fundamental right that must be protected by the State. The relocation plan for families residing in neighborhood “El Placer” (Punta del Este – Department of Maldonado) evidences the protection of the fundamental right to access and enjoyment of decent housing, applying criteria of good administration.

KEY WORDS. Good administration. Human right. Decent housing. Dignity. General interest. Relocation plan.

RESUMO. O conceito de boa administração é vasto e surge da evolução na concepção do Direito Administrativo. Na atualidade podemos identificar três dimensões da boa administração. Como dever da Administração de desempenhar-se com eficiência e eficácia para a realização dos resultados procurados. Como direito, enquanto a Administração está para a realização do bem comum, e isto é adequado para o desenvolvimento da pessoa humana, existe um direito das pessoas a que a Administração se desempenhe em função dos critérios de boa administração. A boa administração pode também ser vista como um princípio geral de direito que deve reger a atividade da Administração, constituindo assim um dos suportes primários estruturais do sistema jurídico. A boa administração e o direito à habitação partem do reconhecimento de que o acesso e o gozo de uma habitação decorosa é um direito fundamental que deve ser tutelado pelo Estado. O plano de realojamento de famílias residentes no assentamento “El Placer” (Punta del Este - Departamento de Maldonado) é uma manifestação da proteção do direito fundamental de acessar e gozar de uma habitação digna e decorosa, aplicando critérios de boa administração.

PALAVRAS CHAVES. Boa administração. Direito humano. Vivenda decorosa. Dignidade. Plano de realojamento.

I. La buena administración

Buena administración no es una expresión reciente en el derecho administrativo. Ya HAURIUO (1921) aludía a ella y no precisamente en forma incidental; antes bien estaba en la médula de su concepción institucionalista del derecho administrativo, con todo lo que para el autor implica la noción de institución.

Como toda institución, el poder está subordinado a la función; en la institución administrativa esa función es la administrativa y ella se rige por principios de derecho extraídos tanto del medio jurídico externo como de la idea directriz de la empresa que esa organización procura realizar. De ahí que esa institución esté sujeta a las *reglas de la buena administración pública*.

Sin embargo, no fue esa la visión del derecho administrativo que primó en su época. Es más, antes y después de HAURIUO (1921, p. 4 en DURÁN MARTÍNEZ, 2015, pp. 286 y 287) y por mucho tiempo, conforme a la visión autoritaria de la Revolución Francesa, se impuso una concepción de derecho administrativo, basada en las prerrogativas. Se trataba de un derecho de y para la Administración; casi no se hablaba de buena administración, y cuando se hablaba no tenía la connotación que tenía en HAURIUO (DURÁN MARTÍNEZ, 2015, p. 287).

El término buena administración aparece por primera vez en nuestro país en un texto constitucional: en la Constitución de 1952,⁽¹⁾ refiriendo a la anulación de actos administrativos por razones de buena administración. No obstante, la mayoría de la doctrina de la época no reparó en la expresión buena administración incorporada al texto constitucional.

Fue GIORGI quién comienza a definir la buena administración, pero de forma acotada, conforme a la cultura imperante de la época, a la zona del mérito -oportunidad y conveniencia-.

En tal sentido expresó:

El mérito del acto atañe a su oportunidad o conveniencia, esto es, a sus elementos extra -jurídicos. La validez, al conjunto de reglas jurídicas: de competencia, de forma y de fondo, que condicionan su emisión. En principio, toda violación por el acto, de una prescripción legal, produce el efecto de su invalidez, sin requerirse que la nulidad se prevea, en cada caso, expresamente. El mérito o demérito califican el buen o mal uso del poder discrecional (1976, p. 83).

Luego, la doctrina nacional⁽²⁾ siguiendo y profundizando los pasos de GIORGI, advierte que si los medios elegidos no son los aptos para el fin debido, se incurre en ilegitimidad y no en un simple demérito.

(1) Es la primera Constitución Latinoamericana que menciona a la *buena administración*.

(2) A modo de ejemplo, ver CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo., *El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales en la legislación uruguaya*, en VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República, Montevideo, 1980, t. II, pp. 102 y ss; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *La discrecionalidad administrativa* en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Montevideo, año XXVI, ene-

El carácter misional de la Administración lleva a esta conclusión (DURÁN MARTÍNEZ, 2012, p. 159).

Recordemos que etimológicamente la palabra “administrar” proviene del latín “ad” y “ministrare”, que significa “servir a”. Quiere decir que la propia génesis de la palabra está poniendo de relieve la servicialidad de la Administración para la procura del bien común (DELPIAZZO, 2015, p. 59).

En tal sentido, el acápite del art. 2º del Decreto 500/991 establece: “La Administración debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho...”.(3)

En una primera etapa la buena administración fue encarada como un *deber*. Después de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, expedida en Niza el 7 de diciembre del año 2000 comienza a encararse la buena administración desde la perspectiva del *derecho*.

En efecto, el art. 41 de la citada Carta recoge el derecho a una buena administración. Tal artículo dice:

Artículo 41. Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2.- Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

ro-junio de 1982, N.º 1, p. 104; BRITO, Mariano. *La aptitud del acto administrativo para el fin debido; supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad*, en VV.AA., Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República ..., t. II, p. 31 y ss; citado en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso...*p. 292 y ss.

(3) Esta disposición es extraída en forma textual de la Constitución Española. El texto de la norma fue redactado por el Profesor José Luis Meilán Gil y denota un cambio en la concepción del Derecho Administrativo acorde con las nuevas tendencias, enfatizando en la naturaleza servicial de la Administración, finalizada al interés general. Dicho concepto normativo ilumina la comprensión de los principios que se enumeran a continuación (imparcialidad, legalidad objetiva, impulsión de oficio, verdad material, economía, celeridad y eficacia, informalismo en favor del administrado, etc.), que rigen la actividad administrativa y que sirven también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ enseña que:

El buen gobierno o la buena administración no es solo una característica que debe distinguir a los aparatos gubernamentales o administrativos, sino, sobre todo, un derecho que asiste a los ciudadanos, exigible ante los Tribunales, con las dificultades, es verdad, que implica el contenido de este nuevo derecho (2008, p. 114).

DURÁN MARTÍNEZ (2015, pp. 294 y 295) -siguiendo a FREITAS- sostiene que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acordes a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.

En la actualidad podemos identificar tres dimensiones de la buena administración:

Como *deber* de la Administración de desempeñarse con eficiencia y eficacia para el logro de los resultados procurados.

Como *derecho*, en tanto la Administración está para el logro del bien común, y esto es apto para el desarrollo de la persona humana, existe un derecho de las personas a que la Administración se desempeñe en función de los criterios de buena administración.

También puede apreciarse la buena administración como un *principio general de derecho* que debe regir la actividad de la Administración, con lo cual constituye uno de los soportes primarios estructurales del sistema jurídico todo.

Esta última perspectiva fue recibida expresamente en la Carta Iberoamericana de Derechos del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial

– virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrado en Panamá el 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, también celebrada en Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013.

En efecto, dicha Carta, en su preámbulo establece:

La buena administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado Social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.

La buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad en este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida por el muy noble y superior principio de servir con objetividad el interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.

II. El derecho fundamental a la vivienda

La Constitución establece en el artículo 45 que: “Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La Ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin”.

Esta norma constitucional consagra el acceso y goce de una vivienda decorosa como un derecho fundamental que debe ser tutelado por el Estado.

En particular, la primera parte del párrafo: “[t]odo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa”, establece directamente el derecho a la vivienda; no es que encomiende a la ley que lo establezca. Lo que encarga al legislador es establecer instrumentos para su aplicación (KORZENIAK, 2007, p. 125).

Tal disposición ha sido objeto de desarrollo a través de múltiples disposiciones. En particular interesa destacar a nivel nacional lo previsto en el art. 1º de la ley N.º 13.728 del 17 de diciembre de 1968 (Plan Nacional de Viviendas), a cuyo tenor: “Toda familia, cualesquiera sean sus recursos económicos, debe poder acceder a una vivienda adecuada que cumpla el nivel mínimo habitacional definido en esta ley”. En este sentido, se refuerza lo dispuesto por la Constitución respecto al derecho de toda persona y familia a acceder a una vivienda. Como contrapartida la norma agrega: “Es función del Estado crear las condiciones que permitan el cumplimiento efectivo de ese derecho”.

Dicho mínimo habitacional se define en el art. 18 de la ley precitada en atención a determinados parámetros que allí se describen. Con lo cual se desprende que el mero acceso a un techo sin las comodidades o servicios mínimos no satisface el derecho a la vivienda. Por el contrario, se requiere que dicha vivienda sea acorde a las necesidades de las personas que en ella habitan, que posea las condiciones mínimas para que la estadía en ella sea digna; pero también que sea accesible a las posibilidades económicas de cada persona.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual inserta el derecho a la vivienda en el muy comprensivo derecho a un nivel de vida adecuado:

Los Estados partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medida apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (art. 11.1).

Asimismo, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que el derecho a una vivienda adecuada no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (Naciones Unidas, 2009).

Las características del derecho a una vivienda adecuada están definidas principalmente en la Observación general N.º 4 del Comité. En ese sentido señala:

En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, la `dignidad inherente a la persona humana´ de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término `vivienda´ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones y, principalmente, que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamiento Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000 en su párrafo 5: `el concepto de vivienda adecuada (...) significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable (1991).

El derecho a una vivienda adecuada abarca libertades.

Estas libertades incluyen en particular:

- La protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar;
- El derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia;
- El derecho de elegir residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación;

El derecho a una vivienda adecuada contiene otros derechos. Entre ellos figuran:

- La seguridad de la tenencia;
- La restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio;
- El acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;

- La participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.

Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo. Deben satisfacerse varias condiciones para que una forma particular de vivienda pueda considerarse que constituye “vivienda adecuada”. Estos elementos son tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda. Para que la vivienda sea adecuada debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

- La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.
- Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos de residuos.
- Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.
- Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.
- Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.
- Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.
- Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural.

La protección contra los desalojos forzosos es un elemento clave del derecho a una vivienda adecuada y está vinculada estrechamente a la seguridad de la tenencia. Pero se aclara que el derecho a una vivienda adecuada no es solamente una mete programática que debe alcanzarse a largo plazo. Se ha malentendido que el derecho a una vivienda adecuada no impone obligaciones inmediatas al Estado.

Por el contrario, los Estados deben realizar sin demora todos los esfuerzos y adoptar todas las medidas posibles, dentro de los recursos de que disponen, para llevar a la práctica el derecho a una vivienda adecuada. No obstante las limitaciones de recursos, algunas obligaciones tienen efecto inmediato, como la de garantizar el derecho a una vivienda adecuada condiciones no discriminatorias y de igualdad, elaborar legislación y planes de acción específicos, prevenir los desalojos forzosos y garantizar cierto grado de seguridad de tenencia para todos (GIALDINO, 2013).

Nuestro país aprobó este Pacto y Protocolos Adicionales por Ley N.º 13.751.

III. Breve referencia al caso del plan de realojo de familias residentes en el asentamiento “El placer” (Punta del Este, Departamento de Maldonado)

Al año 2017 más de 130 familias residían en el asentamiento “El Placer” ubicado en el Departamento de Maldonado, sobre las costas del arroyo homónimo (en la zona de Punta del Este); situación originada varias décadas atrás.

La Intendencia de Maldonado considerando la situación habitacional de las familias residentes en el asentamiento mencionado y la problemática social que implicaba, con el fin de mejorar la calidad de vida de las respectivas familias, se avocó a poner en marcha programas de urgente solución para proteger derechos fundamentales del individuo y la familia, como es el de gozar de una vivienda digna y decorosa.

El objetivo principal del Ejecutivo Departamental fue atender la problemática social y urbana de las familias asentadas irregularmente, a través de su realojo, así como prevenir la formación de nuevas ocupaciones informales en ese lugar.

A esos efectos ambas partes resolvieron abordar el tema en forma coordinada.

En tal sentido, la Intendencia de Maldonado asumió la obligación de aportar lotes de terrenos no inundables integrados al cono urbano de la ciudad y asesoramiento técnico para la construcción de soluciones habitacionales, servicios de luz, agua y saneamiento, canasta de materiales y aportes sociales correspondientes.

La superficie de los terrenos fue de trescientos metros cuadrados, la construcción de viviendas se realizó conforme a las normas de edificación e higiene municipal y bajo dos modalidades diferentes -según se estimó conveniente- en forma individual o apareadas.

Por su parte, los vecinos del asentamiento “El Placer” beneficiarios de la viviendas adjudicadas se comprometen a abonar un precio a la Intendencia Municipal de Maldonado, en cuotas mensuales iguales y consecutivas. El pago deberá realizarse dentro de los primeros diez días hábiles de cada mes y a partir del mes siguiente a la ocupación de la solución habitacional. Lo recaudado por concepto de pago de precios de viviendas, terrenos y canasta de materiales, será destinado a la creación de un Fondo de Vivienda, a fin de mantener activos los planes de viviendas de interés social.

Las cuotas que deberán abonar los adjudicatarios de las viviendas será proporcional al ingreso del grupo familiar, en consideración y ponderación del núcleo involucrado, no comprometiéndose nunca más allá del 25% (veinticinco por ciento), de sus ingresos. Cuando transitoriamente el ingreso del núcleo familiar sea igual o inferior a dos salarios mínimos nacionales y tengan menores a su cargo o personas con capacidades diferentes, podrán ser subvencionados hasta con el 100% (cien por ciento) del valor de las cuotas, mientras dure la causal. Asimismo y por el mismo lapso, podrá disponerse como contraprestación un servicio a la comunidad. Los pagos por adelantado recibirán una bonificación del 6% (seis por ciento) y los atrasos serán reajustados por IPC.

Quienes momentáneamente no puedan afrontar el pago de las cuotas, podrán acogerse al régimen de quitas y esperas, según ponderación de la Comisión Asesora de Quitas y Esperas. Una vez abonado el precio total de la vivienda adjudicada, el titular de la misma recibirá el título que acredita su propiedad.

Los adjudicatarios de las soluciones habitacionales se comprometen a dejar libre de bienes muebles y de ocupantes a cualquier título la vivienda que ocupaban en el asentamiento y entregarla al Municipio de Maldonado, para su disponibilidad y/o posterior demolición. Las familias adjudicatarias se comprometen a mantener una conducta decorosa de responsabilidad social y de respeto con los vecinos y con el medio ambiente.

Por último, a los efectos de la efectiva adjudicación de las unidades habitacionales se instrumentó -accediendo a una solicitud expresa de los vecinos- acudir al sistema del sorteo entre las familias según su composición y de acuerdo con la tipología constructiva.(4)

(4) Se proyectó la realización de dos sorteos: uno, entre las familias postulantes para vivienda de uno y dos dormitorios, y otro para familias postulantes a viviendas de tres y cuatro dormitorios.

IV. Conclusiones

1.- El Derecho Administrativo debe diseñarse de acuerdo con los principios de la centralidad de la persona humana y servicialidad administrativa.

2.- La Administración es gestora o administradora y está al servicio del interés general, no es un fin en sí mismo.

3.- El interés general requiere un dialogo entre la sociedad y los poderes públicos, no se puede imponer unilateralmente, como sucedía durante el Estado Liberal y el Estado Benefactor.

4.- La Buena Administración es un principio, es un deber y es un derecho.

5.- El acceso y el goce de una vivienda decorosa es un derecho fundamental que debe ser tutelado por el Estado.

6.- El caso del plan de realojo de familias residentes en el asentamiento “El Placer” (Punta del Este – Departamento de Maldonado) es una manifestación de la protección del derecho fundamental de acceder y gozar de una vivienda digna y decorosa, en que el interés general se definió mediante un dialogo entre el poder público y los vecinos involucrados, actuando el Ejecutivo departamental de acuerdo con criterios de buena administración en el marco del nuevo concepto de Gobernanza.

Bibliografía consultada

DELPIAZZO, Carlos E. (2015). *Derecho Administrativo General, V. I* Segunda edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. (2012). *La Buena Administración en Neo Constitucionalismo y Derecho Administrativo*. La LEY URUGUAY.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. (2015). *Contencioso Administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. FCU.

GIALDINO, Rolando. (2013) *El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires, Doctrina. JA 2013-1, fascículo N.º 10.

GIORGI, Héctor. (1976) *El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya*, en Escritos jurídicos. FCU. Montevideo.

HAURIUO, M. (1921) *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la société du Recueil Sirey. París, en DURÁN MARTÍNEZ. (2015)

Augusto. Contencioso Administrativo. Segunda edición actualizada y ampliada. FCU.

KORZENIAK, José. (2007). *La Constitución explicada*. FCU.

Naciones Unidas. (2009). *Folleto informativo No. 21 (Rev.1): El derecho humano a una vivienda adecuada*.

RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ, Jaime. (2008). *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas*, en Anuario de Derecho Administrativo, FCU, Montevideo.

EL SISTEMA COMPUESTO POR LAS LEYES N° 18.930, 19.288 Y 19.484: ¿CUÁLES SON SUS FRUTOS?

THE SYSTEM COMPOSED OF LAWS NO. 18,930, 19,288 AND 19,484:
WHAT ARE ITS FRUITS?

O SISTEMA COMPOSTO PELAS LEIS N° 18.930, 19.288 E 19.484:
QUAIS SÃO SEUS FRUTOS?

ALAN HIRSCHLAFF (*)

Fecha de recepción: 30 de junio 2023.
Fecha de aceptación: 19 de agosto 2023.

RESUMEN. Las Leyes N° 18.930, N° 19.288 y N° 19.484 junto a sus decretos reglamentarios crearon un sistema de indudable repercusión en el ordenamiento jurídico uruguayo, habiendo realizado, en especial, una multiplicidad de movimientos en el tablero de ajedrez del derecho societario vernáculo. El presente trabajo analiza sus nueve frutos más importantes.

PALABRAS CLAVE. Registro a cargo del BCU. Obligaciones. Participaciones patrimoniales. Entidades. Beneficiarios Finales.

ABSTRACT. Laws No. 18,930, No. 19,288 and No. 19,484 together with their regulatory decrees created a system of unquestionable repercussion in the Uruguayan legal system, having given, in particular, a multiplicity of moves in the chessboard of local corporate law. This paper analyzes its nine most important fruits.

KEYWORDS. Registration in charge of BCU. Bonds. Equity interest. Entities. Beneficial owners.

RESUMO. As Leis N° 18.930, N° 19.288 e N° 19.484, juntamente com seus decretos regulamentares, criaram um sistema de repercussão inquestionável no sistema jurídico uruguaio, tendo proporcionado, em particular, uma multiplicidade de movimentos no tabuleiro de xadrez do direito das sociedades local. Este artigo analisa seus nove frutos mais importantes.

(*) Abogado y Licenciado en Relaciones Internacionales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Correo electrónico: hirschlaffalan@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE. Registro pelo BCU. Obrigações. Participações societárias. Entidades. Beneficiários finais.

Introducción

Las Leyes N° 18.930 (y su Decreto Reglamentario N° 247/012) de 17 de julio de 2012, N° 19.288 (y su Decreto Reglamentario N° 346/014) de 26 de setiembre de 2014 y N° 19.484 (y su Decreto Reglamentario N° 166/017) de 5 de enero de 2017 (en adelante, todas juntas, “**las leyes en análisis**”), crearon un sistema(1) de indudable repercusión en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Día a día una infinidad de entidades obligadas se ven ante la necesidad de efectuar comunicaciones al Banco Central del Uruguay (en adelante, “**BCU**”) en cumplimiento de lo mandado por las referidas leyes, en tanto otras son citadas por la Auditoría Interna de la Nación (en adelante, “**AIN**”) para fiscalizar su cumplimiento.

Este sistema dio una multiplicidad de movimientos en el tablero de ajedrez del derecho societario vernáculo. Ha llegado el momento de reflexionar y responder a la pregunta que da título a este trabajo: ¿cuáles son sus frutos?

I. Creación de diversas obligaciones

El primer fruto producido por las leyes en análisis consiste en la instauración de diversas obligaciones en cabeza de diferentes sujetos de derecho.

A. Ley N° 18.930

La Ley N° 18.930 instauró:

(i) la obligación de los titulares de participaciones patrimoniales al portador emitidas por entidades residentes de proporcionar determinada información (a través de una Declaración Jurada – Formulario A) a la entidad emisora de las mismas (art. 1).

(ii) la obligación de los titulares de participaciones patrimoniales(2) emitidas por entidades no residentes (que cumplan con determinados re-

(1) La Real Academia Española define “sistema” como el “Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”.

(2) Tras su entrada en vigor, se produjo una aplicación divergente de la Ley N° 18.930 por parte de diversos organismos, debido a un disímil entendimiento respecto a si en el caso de las entidades no residentes, su obligación alcanzaba únicamente a las participaciones patrimoniales al portador o a las participaciones patrimoniales en general (al portador, pero también nominativas y escriturales, o incluso otras que estuvieran previstas en legislacio-

quisitos) de proporcionar determinada información (a través de una Declaración Jurada – Formulario A) a la entidad emisora de las mismas (art. 2);

(iii) la obligación de la entidad residente emisora de las participaciones patrimoniales al portador de comunicar al BCU (a través de una Declaración Jurada – Formulario B) la información recibida del titular e información adicional requerida por ley (art. 6);

(iv) la obligación de la entidad no residente emisora de las participaciones patrimoniales de comunicar al BCU (a través de una Declaración Jurada – Formulario B) la información recibida del titular e información adicional requerida por ley (art. 6).

En el caso de los titulares (puntos i y ii *supra*), su obligación de proporcionar información a la entidad emisora nace con la constitución de la entidad (o cuando esta deviene obligada), con la modificación de los datos del titular (excepto la variación del valor nominal, si no altera el porcentaje de participación) y con los cambios en la titularidad (arts. 4, 5 y 6 del Decreto N° 247/012). En todos estos supuestos, una vez que la entidad emisora recibe la Declaración Jurada del titular debe efectuar la respectiva comunicación al BCU en cumplimiento de sus obligaciones (puntos iii y iv *supra*) (arts. 7 y 8 del Decreto N° 247/012).

B. Ley N° 19.288

La Ley N° 19.288 fue aprobada con la finalidad de resolver el *status* de las entidades incumplidoras de la Ley N° 18.930. Sus aspectos más importantes serán reseñados más adelante.

C. Ley N° 19.484

La Ley N° 19.484 instauró:

(i) la obligación de entidades residentes y no residentes (que cumplan con determinados requisitos) de identificar sus beneficiarios finales (arts. 23 y 24);

nes del derecho comparado). En doctrina, el asunto fue analizado por Amado Rodríguez (2012) y Ferreira Tamborindeguy (2012). Ambos autores expusieron argumentos elocuentes para fundar su posición referente a que alcanzaba únicamente a las participaciones patrimoniales al portador. En especial, repararon en la finalidad perseguida por la ley y en su historia fidedigna. La cuestión fue zanjada a través de la Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas, s/n, de 13 de octubre de 2014, en la cual el Resultando número I) estableció que las entidades no residentes comprendidas en la Ley N° 18.930 están obligadas a identificar sus titulares ante el BCU, aunque sus participaciones patrimoniales no estén representadas por títulos al portador.

(ii) la obligación de entidades residentes y no residentes (que cumplan con determinados requisitos) de informar al BCU sus beneficiarios finales (a través de una Declaración Jurada – Formulario B) (art. 29).

Beneficiario final es toda persona física que, directa o indirectamente, posea como mínimo el 15% del capital o su equivalente, o de los derechos de voto, o que por otros medios ejerza el control final sobre una entidad. Se entiende como control final el ejercido directamente, o indirectamente a través de una cadena de titularidad o a través de cualquier otro medio de control (art. 22).

(iii) la obligación de las entidades emisoras de partes sociales nominativas (incluyendo para las sociedades comerciales, a las entidades emisoras de acciones escriturales), de comunicar al BCU los datos identificatorios de sus titulares, así como el porcentaje de su participación en el capital (a través de una Declaración Jurada – Formulario B) (art. 25).

Las obligaciones ii y iii mencionadas *supra* nacen con la constitución de la entidad o cuando la misma deviene obligada, y con la modificación de los datos oportunamente informados en la Declaración Jurada (excepto la variación del valor nominal del capital integrado o su equivalente, si no altera el porcentaje de participación) (arts. 25, 11, 11 bis y 12 del Decreto N° 247/012).

(iv) la obligación de conservación de la documentación respaldante de la información (art. 26).

II. Registro de participaciones patrimoniales, entidades emisoras, y beneficiarios finales, a cargo del BCU

El segundo fruto producido por las leyes en análisis, que es su propio *leitmotiv*, se trata de la creación de un registro de participaciones patrimoniales, entidades emisoras, y beneficiarios finales, a cargo del BCU.

En efecto, la Ley N° 18.930 creó el registro de participaciones patrimoniales al portador (en el caso de entidades residentes) y participaciones patrimoniales (en el caso de entidades no residentes) a cargo del BCU (art. 3).

Por su parte, la Ley N° 19.484 creó el registro de beneficiarios finales y entidades emisoras de acciones o partes sociales nominativas a cargo del BCU (art. 27).

La información contenida en los registros es de carácter secreto. Su acceso se encuentra restringido a una enumeración taxativa de organismos, sin perjuicio de la posibilidad de relevamiento del secreto por parte de los sujetos registrados o los representantes de las entidades emisoras de las participaciones patrimoniales (art. 5, Ley N° 18.930; art. 39, Ley N° 19.484).

III. Imposición de un régimen sancionatorio de magnitud

El tercer fruto producido por las leyes en análisis reside en la imposición de un régimen sancionatorio de envergadura en los términos que a continuación se explicarán.

A. Ley N° 18.930

La Ley N° 18.930 posee tres ámbitos subjetivos de aplicación del régimen sancionatorio: titulares de las participaciones patrimoniales, entidades emisoras (residentes y no residentes) y representantes.

A.1. Titulares de participaciones patrimoniales

Respecto de los titulares de las participaciones patrimoniales, la referida ley estableció las siguientes sanciones:

(i) imposibilidad de ejercicio de cualquier derecho que le correspondiera a la persona, en su condición de titular o beneficiario de las participaciones patrimoniales, tales como: dividendos o utilidades, rescates de capital, reembolso de acciones en caso de receso, cuota de liquidación (art. 8);

La doctrina se ha mostrado dividida con relación al alcance de esta sanción en cuanto a si comprende todos los derechos del accionista (patrimoniales y políticos) o solo algunos de ellos.

Para Pampillón Noble (2012), se encuentran únicamente comprendidos los “derechos patrimoniales” por dos argumentos. En primer lugar, uno de orden práctico, debido a que si la sanción comprendiera también los derechos políticos se produciría una distorsión en el funcionamiento de la sociedad. En segundo lugar, uno de texto, ya que cuando la norma habla de que las entidades no podrán pagar, entre otros, dividendos y utilidades, se está tratando de partidas que refieren a derechos patrimoniales del socio.

Poziomek (2013) se inclina por una interpretación restrictiva admitiendo la posibilidad de ejercicio del derecho de voto.

Ferrer Montenegro, Bacchi Argibay y Ferreira Tamborindeguy (2012), Cianciarulo Bertone (2013) y Falco y Alfaro Borges (2013) señalan que cuando la Ley N° 18.930 sanciona al incumplidor quedan incluidos todos los derechos que le corresponden a este por su calidad de accionista.

En mi opinión, la expresión utilizada por el legislador *de “imposibilidad de ejercer cualquier derecho”* es omnicompreensiva de todos los derechos inherentes (patrimoniales y políticos) a la calidad de accionista, en aplicación de aquella máxima respecto a que “donde no distingue la ley, no debe de

hacerlo el intérprete”. De acuerdo con lo dispuesto por el art. 17 del Código Civil: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal”*.

(ii) multa de hasta 100 veces el valor máximo de la multa por contravención⁽³⁾, disponiéndose la solidaridad de las entidades no residentes respecto de las sanciones impuestas a los titulares de sus participaciones patrimoniales (art. 8);

(iii) responsabilidad solidaria del adquirente de títulos de participación patrimonial en caso de que el enajenante hubiera incumplido su obligación de proporcionar determinada información (a través de una Declaración Jurada – Formulario A) a la entidad emisora de las mismas (art. 10).

A.2. Entidades emisoras

Respecto de las entidades emisoras, la referida ley estableció las siguientes sanciones:

(i) una multa de hasta 100 veces el valor máximo de la multa por contravención por el incumplimiento de la obligación de comunicar al BCU (a través de una Declaración Jurada – Formulario B) la información recibida del titular e información adicional requerida por ley (art. 9);

(ii) en el caso que la entidad residente hubiere pagado dividendos o utilidades, rescates de capital, reembolso de acciones en caso de receso o la cuota de la liquidación, así como cualquier partida de similar naturaleza, se impone una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido indebidamente; en el caso que las entidades no residentes hubieran remitido utilidades, se impone una multa cuyo máximo será equivalente al monto remitido indebidamente (art. 9);

(iii) suspensión del certificado único (art. 12).

A.3. Representantes

Respecto de los representantes, la referida ley estableció que aquellos estarán sometidos al régimen sancionatorio dispuesto para las entidades emisoras, por su actuación personal en el incumplimiento (inc. fin, art. 9). La solución de la Ley N° 18.930 no se aparta del régimen imperante, puesto que, la nota de “personal”, es atribuida con carácter general a la responsabilidad de los administradores societarios en el marco de la LSC (Olivera García, 2015a).

(3) El valor máximo de la multa por contravención para el año 2023 fue fijado en \$11.570 por Decreto N° 420/022, de 21 de diciembre en 2022.

Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley N° 18.930, su Decreto Reglamentario N° 247/012 es el que contiene el régimen sancionatorio aplicable en materia de multas. En ese sentido, su art. 17 dispone las multas aplicables a las entidades por el incumplimiento en la obligación de comunicar la titularidad de participaciones patrimoniales al portador (en entidades residentes) y participaciones patrimoniales (en entidades no residentes) las cuales se gradúan atendiendo a dos variables: dimensión económica de la entidad y plazo de incumplimiento.

La misma disposición normativa incluye las multas aplicables a los titulares de las participaciones patrimoniales y se gradúan atendiendo a tres variables: dimensión económica de la entidad, participación relativa de los titulares y plazo de incumplimiento.

B. Ley N° 19.288

La ley N° 19.288 posee dos ámbitos subjetivos de aplicación del régimen sancionatorio: entidades emisoras y titulares de las participaciones patrimoniales.

B.1. Entidades emisoras

Respecto de las entidades emisoras (únicamente las “residentes” – art. 1 del Decreto Reglamentario N° 346/014), la mencionada ley consagró las siguientes sanciones:

(i) disolución o extinción de pleno derecho de sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y demás entidades residentes obligadas por la Ley N° 18.930 que en el plazo de 90 días corridos desde la vigencia de la ley (es decir, hasta el 29 de enero de 2015) no cumplieron con la obligación de informar los titulares de participaciones patrimoniales que representasen al menos el 50% del capital integrado o su equivalente (a través de la Declaración Jurada – Formulario B) (arts. 1 y 13); en dichos casos, las citadas entidades debieron liquidarse en el plazo de 120 días corridos contados a partir del vencimiento del plazo mencionado de 90 días (arts. 3 y 15 de la ley; art. 2 del Decreto N° 346/014);

(ii) en caso de que se hubiere vencido el plazo de 120 días sin que la entidad se hubiera liquidado, se impone una multa del equivalente al 50% de los activos propiedad de la entidad a esa fecha, valuados de conformidad con normas contables adecuadas; la competencia para fijar la multa recae en la AIN y la resolución firme que lo dispone constituye título ejecutivo (arts. 4 y 15 de la ley; art. 18 del Decreto N° 346/014).

B.2. Titulares de participaciones patrimoniales

Respecto de los titulares de las participaciones patrimoniales, la mencionada ley consagró las siguientes sanciones:

(i) siempre y cuando las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y demás entidades residentes obligadas por la Ley N° 18.930 no se hubieren disuelto o extinguido de pleno derecho, los titulares de participaciones patrimoniales al portador que no cumplieron con su obligación de presentar la Declaración Jurada (Formulario A) a la sociedad en el plazo de 90 días corridos contados desde la entrada en vigor de la ley, perdieron de pleno derecho (*ipso iure*) su calidad de titulares (arts. 12 y 14);

(ii) para los casos que se presenten con posterioridad al vencimiento del plazo mencionado en el punto anterior, se dispone la pérdida de pleno derecho de la calidad de titular, en la hipótesis donde hubieren pasado 90 días corridos desde el vencimiento del plazo para comunicar a la entidad respecto a la transferencia de la calidad de titular de participaciones patrimoniales (literal C, art. 16).

Las dos sanciones precedentes implican que las sociedades comerciales por acciones al portador deban reducir su capital integrado, tratándose de una hipótesis de reducción real obligatoria que no conlleva tener que efectuar publicaciones ni convocar acreedores a deducir oposición.

En coherente armonización entre el régimen sancionatorio de la Ley N° 19.288 y el de la Ley N° 18.930, se dispuso que: *“Las sociedades disueltas por la causal establecida en el artículo 1° de la presente ley, y sus accionistas, quedarán eximidos de las sanciones dispuestas por los artículos 8° y 9° de la Ley N° 18.930, de 17 de julio de 2012”* (art. 5, Ley N° 19.288).

C. Ley N° 19.484

La Ley N° 19.484 posee dos ámbitos subjetivos de aplicación del régimen sancionatorio: entidades (residentes y no residentes) y representantes.

C.1. Entidades

Respecto de las entidades, la antedicha ley estatuyó las siguientes sanciones:

(i) una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención por el incumplimiento en la obligación de identificar beneficiarios finales; y en el caso de las entidades emisoras de partes sociales nominativas, por el incumplimiento de comunicar al BCU los datos identificatorios de sus titulares, así como el porcentaje de su participación en el capital (art. 32);

(ii) una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención por el incumplimiento en la obligación de conservar la documentación e información dispuesta por el art. 26 de la ley, y por la no presentación de la Declaración Jurada (Formulario B) (art. 32).

(iii) en las entidades residentes: prohibición de pago de dividendos o utilidades, rescates de capital, reembolso de acciones en caso de receso, o la cuota de la liquidación, así como cualquier partida de similar naturaleza realizada a titulares que no hubieren sido identificados en la Declaración Jurada (Formulario B); en las entidades no residentes: prohibición de remisión de utilidades; por el incumplimiento de estas prohibiciones se impone una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido indebidamente; en el caso que las entidades no residentes hubieran remitido utilidades, se impone una multa cuyo máximo será equivalente al monto remitido indebidamente (art. 33);

(iv) suspensión del certificado único (art. 34);

(v) imposibilidad de inscribir actos y negocios jurídicos en los Registros dependientes de la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, sin la acreditación de haber efectuado la comunicación al BCU (art. 37 de la ley y art. 17 del Decreto N° 166/017).

C.2. Representantes

Respecto de los representantes, la antedicha ley estatuyó que aquellos estarán sometidos al régimen sancionatorio dispuesto para las entidades, por su responsabilidad personal en el incumplimiento (inc. fin, art. 32). Al igual que se mencionó al describir el régimen sancionatorio previsto para la Ley N° 18.930, debe consignarse que la nota de “personal”, es atribuida con carácter general a la responsabilidad de los administradores societarios en el marco de la LSC (Olivera García, 2015a).

Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley N° 19.484, es su Decreto Reglamentario N° 166/017 el que contiene el régimen sancionatorio aplicable en lo que se circunscribe a las multas. En ese sentido, su art. 21 dispone las multas aplicables a las entidades emisoras de partes sociales nominativas por el incumplimiento en la obligación de comunicar al BCU los datos identificatorios de sus titulares, así como el porcentaje de su participación en el capital, las cuales se gradúan atendiendo a dos variables: dimensión económica de la entidad y plazo de incumplimiento.

La misma disposición normativa incluye las multas aplicables a las entidades por el incumplimiento en la obligación de informar al BCU sus beneficiarios finales, y se gradúan atendiendo a tres variables: dimensión eco-

nómica de la entidad, porcentaje de desconocimiento del beneficiario final y plazo de incumplimiento.

IV. La comunicación al BCU: una pieza esencial en el tablero de ajedrez del derecho societario

Como corolario de los tres capítulos anteriores, puede aseverarse que la comunicación al BCU se convirtió en una pieza esencial en el tablero de ajedrez del derecho societario. Ello por cuanto las entidades obligadas por las Leyes N° 18.930 y 19.484 que no cuenten con la declaración jurada y la constancia de recepción del formulario emitida por el BCU, visualizaran la existencia de un obstáculo a la hora de operar en el mundo jurídico y en el mercado. Tres claros ejemplos extraídos de la realidad son una clara prueba de la afirmación precedente.

En primer lugar, en aplicación del art. 37 de la Ley N° 19.484 y el art. 17 de su Decreto Reglamentario N° 166/017, no es posible inscribir actos y negocios jurídicos en los Registros dependientes de la Dirección General de Registros sin acreditar haber realizado la respectiva comunicación al BCU. Ello se traduce en que, si una sociedad anónima por acciones nominativas quiere enajenar un bien inmueble, el escribano interviniente deberá controlar que la Sociedad hubiere cumplido con la Ley N° 19.484 y certificar notarialmente que no hubiere habido modificaciones posteriores. El no cumplimiento de este requisito no permitirá que la compraventa se inscriba con éxito.

En segundo lugar, los Bancos de plaza no autorizan la apertura de cuentas bancarias en caso de que las sociedades no acrediten el cumplimiento de las Leyes N° 18.930 y 19.484. Disponer de una cuenta bancaria es casi elemental para que una sociedad comercial pueda operar en el mercado.

En tercer lugar, a la hora de vender una empresa (vía compraventa de acciones), el *due diligence* societario puede detectar incumplimiento de la sociedad de las leyes en análisis, y, según el caso, conllevará analizar los riesgos implicados, pudiendo incidir sobre el precio final de la transacción.

V. Cambio de paradigmas en la tenencia de acciones al portador

Como enseña Olivera García (2012), el régimen de la ley N° 18.930 vino a sustituir paradigmas en la tenencia accionaria en lo que concierne a las sociedades comerciales por acciones al portador.

El rasgo caracterizante de las acciones al portador consiste en que no son emitidas a favor de persona determinada y su transferencia se produce por mera tradición (entrega). Para el ejercicio de los derechos inherentes a la

calidad de accionista, resulta suficiente la sola tenencia material del título. En contracara, en las acciones nominativas, para el ejercicio de los derechos propios de la calidad de accionista se requiere que el accionista sea el legítimo tenedor del título, pero, a su vez, debe encontrarse inscripto en el registro que debe llevar el emisor del título (art. 305, Ley N° 16.060) (Olivera García, 2012).

Como ya ha sido visto en este trabajo, con la Ley N° 18.930 el titular de acciones al portador no solo debe informar su titularidad a la sociedad emisora, sino que el régimen sancionatorio lo priva de ejercer cualquier derecho correspondiente a su calidad de accionista y, en simultáneo, veda a la sociedad emisora de permitirle el ejercicio de los derechos. De allí que, Olivera García (2012) infiere la transformación *ope legis* de las acciones al portador en nominativas, no en lo que respecta a su régimen de transferencia sino en lo que atañe al ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de accionista. Ello en función de que, aplicación mediante de la Ley N° 18.930, para ejercer los derechos de accionista, en definitiva, el titular de las acciones al portador deberá comunicar a la sociedad su calidad de tal, la cual deberá conservar las Declaraciones Juradas de sus accionistas en las mismas condiciones que las establecidas para los libros sociales obligatorios de las sociedades comerciales, conforme al art. 6.

Personalmente, adhiero a lo expresado por Olivera García (2012). Debo destacar, asimismo, que, aunque sea cuestionable el proceder, el legislador debió de optar entre dos caminos: de un lado, implementar un nuevo régimen que afecte la naturaleza de las acciones al portador en lo relativo al ejercicio de los derechos; de otro lado, exigir la presentación de las declaraciones juradas por parte de los accionistas hacia la sociedad, pero no elevar la presentación de las mismas a requisito necesario para el ejercicio de los derechos.

Aun cuando dicha circunstancia llame la atención, es evidente que el camino escogido se trata de una cuestión de política legislativa, efectuada con el afán de fortalecer el régimen sancionatorio hacia los titulares de acciones al portador, para lograr la registración de aquellos, que, en definitiva, constituye el espíritu que inspira la norma.

VI. Creación de una nueva causal de disolución y una nueva causal de extinción de la calidad de accionista

El art. 159, LSC, enlista las diversas causales de disolución de las sociedades comerciales. El art. 143, LSC, concede autonomía de la voluntad para pactar causales de disolución no previstas por ley.

De regla, la verificación de una causal no produce la disolución automática de la sociedad pues es necesario, o bien que los socios o accionistas

arriben a un acuerdo para efectivizar la disolución, o bien que la disolución se declare judicialmente(4).

La Ley N° 19.288 da vida a una nueva causal de disolución para las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones, inexistente hasta el momento en el derecho societario uruguayo: el incumplimiento con la obligación de informar los titulares de participaciones patrimoniales que representasen al menos el 50% del capital integrado o su equivalente (a través de la Declaración Jurada – Formulario B) en el plazo de 90 días corridos desde la vigencia de la ley. A su vez, dispuso su acaecimiento de pleno derecho: el mero vencimiento del plazo indicado, produjo la disolución automática de la sociedad

Cabe recordar que la disolución de pleno derecho en leyes especiales no es obra de la Ley N° 19.288. En efecto, la Ley N° 18.092 previó dicha sanción para las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones y otras formas jurídicas mencionadas en el primer inciso del art. 1 de la referida ley, que fueren titulares de inmuebles rurales o explotaciones agropecuarias y no hubieren transformado sus acciones de “al portador” en “nominativas”, en el plazo previsto para ello.

Otra de las creaciones de la Ley N° 19.288 radica en una nueva causal de extinción de la calidad de accionista. En el derecho uruguayo la calidad de accionista puede extinguirse por las siguientes causales: enajenación de acciones, muerte, disolución y liquidación de la sociedad, retiro de accionistas por regularización de la sociedad, ejecución judicial de las acciones, reembolso en caso de ejercicio de derecho de receso, rescate de acciones en caso de una reducción real de capital integrado, reintegro de capital, amortización de acciones y exclusión (Lapique, 2021).

La Ley N° 19.288 dispuso en su art. 3, que los titulares de participaciones patrimoniales al portador de sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones que en el plazo de 90 días corridos contados desde la entrada en vigor de la ley no cumplieron con su obligación de presentar la Declaración Jurada (Formulario A) a la sociedad, perdieron de pleno derecho su calidad de accionistas. Ello, siempre y cuando la sociedad no se hubiere vista alcanzada por la disolución de pleno derecho.

(4) Rodríguez Olivera y López Rodríguez (2013) entienden que “En el caso de la disolución por vencimiento de plazo y en el caso de que el número de socios haya quedado reducido a uno, no se requiere ni el acuerdo social ni resolución judicial. Los efectos de la disolución se producen de inmediato, de pleno Derecho” (p. 133). En igual sentido explica Beltrán (1997): “La sociedad anónima se disuelve automáticamente («de pleno derecho») por el transcurso del término de duración fijado en los estatutos (...)” (p. 92).

Mientras la causal de disolución impuesta por imperio de la Ley N° 19.288 desplegó sus efectos por única vez para las sociedades anónimas y en comandita por acciones que al 29 de enero de 2015 no presentaron la Declaración Jurada (Formulario B) que contuviere como mínimo la información del 50% de los titulares de sus participaciones patrimoniales, la nueva causal de extinción de la calidad de accionista perdura hasta nuestros días.

En ese marco, la Ley N° 19.288 (lit. C, art. 16) impone la extinción de la calidad de accionista de sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones, en los casos de transferencia de la titularidad de participaciones patrimoniales al portador, o modificación de porcentaje de participación en el capital integrado o su equivalente, cuando dichas circunstancias no se comunicaran a la sociedad emisora mediante la Declaración Jurada (Formulario A), en el plazo de 90 días corridos desde el vencimiento del plazo previsto para su comunicación.

VII. Ostensible reducción de las sociedades comerciales por acciones al portador: ¿el principio del fin?

Las sociedades anónimas pueden ser emisoras de acciones al portador, nominativas o escriturales (LSC, art. 304). Las acciones al portador y nominativas se representan en títulos.

Los títulos accionarios al portador no se expiden a favor de una persona determinada y se transmiten por la simple tradición (Decreto-Ley N° 14.701, art. 52 y LSC, art. 316). Decía Broseta Pont (1977) que “Estas acciones son títulos de legitimación anónima, porque no consta en ellas el nombre de su titular” (p. 221). Y planteaba Uría (1990) que “Las acciones al portador no designan titular alguno, o, por mejor decir, indican como titular al «tenedor» del documento” (p. 249).

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 18.930, la doctrina ya advertía que el sistema uruguayo se veía “(...) ante la crónica de la muerte anunciada de las acciones al portador” (Miller, 2011, p. 148) y que en muchos países del derecho comparado o bien se había abandonado, o bien se había acotado o desestimulado el uso de esta tipología accionaria (Olivera García, 2011).

Dicho vaticinio doctrinario fue ganando fuerza -a nivel legislativo- desde 2012 hasta la actualidad. Todo comenzó con las Leyes N° 18.930 y N° 19.288.

La Ley N° 18.930 implicó un llamado de atención a esta tenencia accionaria por las sanciones pasibles de ser aplicadas a los titulares de acciones al portador, a las sociedades anónimas emisoras de las mismas y a los repre-

sentantes de aquellas. Asimismo, considerando que a través de un régimen especial un tanto más ágil se concedió la opción de transformación de las acciones al portador en nominativas o escriturales (art. 17), se creó un estímulo adicional para abandonar esta tenencia accionaria⁽⁵⁾.

Finalmente, la Ley N° 19.288 logró la disolución de pleno derecho de todas las sociedades anónimas y en comandita por acciones emisoras de acciones al portador que, al 29 de enero de 2015, no presentaron la Declaración Jurada (Formulario B) identificando al menos al 50% de sus titulares. Adicionalmente estableció sanciones de envergadura que continúan vigentes hoy en día y que desestimulan esta tenencia accionaria.

Más recientemente en el tiempo, la Ley N° 19.820 dio nacimiento a la SAS, la cual solamente puede ser emisora de acciones nominativas o escriturales (art. 16).

Actualmente se encuentra a estudio del Parlamento un Proyecto de Reforma, modificativo de la LSC. En el Proyecto, mediante la modificación del art. 304, se infiere que las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones no podrán ser más emisoras de acciones al portador.

En caso de que el Proyecto resulte aprobado, es factible de esperar que por vía reglamentaria se disponga un régimen que permita la transformación de todas las sociedades por acciones al portador existentes. De verificarse dicho escenario, eso implicaría la extinción total de las acciones al portador, cerrando un capítulo en la historia del derecho societario uruguayo, el cual pondría fin a esta tenencia accionaria.

El camino del abandono de las acciones al portador ha sido atravesado por diversos países. A modo de ejemplo, en Argentina, en 1985 se sancionó la Ley N° 23.299 que puso en vigencia la Ley N° 20.643 del año 1974, la cual imponía la nominatividad obligatoria de las acciones, eliminando las acciones al portador del derecho argentino (Nissen, 1994).

VIII. Superposición de etapas finales en el procedimiento de liquidación de las sociedades comerciales

La Ley N° 19.288, en su art. 19, dio nueva redacción al art. 181 de la LSC. La exposición de motivos contenida en Proyecto de Ley que el Poder Ejecutivo presentó a la Asamblea General (el cual incluía este artículo y fue sancionado en todos sus términos) manifestó que el objetivo de modificar la

(5) Unas 13.500 sociedades anónimas por acciones al portador aproximadamente completaron el proceso de transformación de dicha tenencia accionaria por acciones nominativas, según se menciona en la exposición de motivos de la Ley N° 19.288.

referida norma, radicaba en prescindir de los Certificados Especiales emitidos por DGI y BPS, *conditio sine qua non* para la cancelación de la inscripción (personería jurídica) ante la DGR. En la medida que la solicitud de los Certificados Especiales, o bien no se realizaba, o bien su expedición tenía lugar después de un tiempo muy extenso, con la disposición legal se pretendía permitir la cancelación de la inscripción registral sin necesidad de contar con los Certificados Especiales y sin que la Administración Tributaria renunciara al cobro de las eventuales obligaciones tributarias que pudieran existir(6).

Desde la doctrina se comprendió que el nuevo texto del art. 181, LSC, implicaba una derogación tácita del art. 409, LSC, en lo que atañe a la fiscalización del órgano estatal de control sobre la “*disolución anticipada*”, en tanto y en cuanto no se contempla su participación en este (Olivera García, 2015b).

No obstante, el órgano estatal de control entiende que tiene competencia en la materia, lo cual produce la existencia de dos posibles etapas finales en el procedimiento de liquidación de las sociedades comerciales.

Un primer camino consiste en seguir al pie de la letra el art. 181, LSC, de modo que se procede a disolver y liquidar la sociedad sin pasar en momento alguno por la AIN. Un segundo camino implica reconocer que el art. 409, LSC, se mantiene vigente en lo que respecta al asunto de marras, por lo que será necesario solicitar la aprobación de la AIN.

En mi opinión, corresponde entender que la nueva redacción otorgada al art. 181, LSC, derogó tácitamente la referida competencia de la AIN. La razón principal se haya en el espíritu de la norma. La exposición de motivos del Proyecto de Ley que el Poder Ejecutivo presentó a la Asamblea General fue clara en cuanto a que la modificación al artículo se realizaba “*a efectos de establecer un trámite eficiente*”. Allí se menciona que, en su aplicación, se prescindirá de solicitar los Certificados Especiales. Por lo tanto, hay que considerar derogada la competencia de la AIN, puesto que: (i) la AIN no aparece mentada en el art. 181, LSC: (ii) si fuera necesario solicitar la aprobación de este organismo, el trámite no sería eficiente, todo lo contrario. Adicionalmente, en la práctica, la AIN exige la presentación de los Certificados Especiales, los cuales expresamente el art. 181 habilita prescindir y que fue el extremo que inspiró la redacción de la norma(7).

(6) El Proyecto de Ley de la Ley N° 19.288 puede ser consultado en el siguiente link: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/119299/tramite>

(7) En este sentido, véase: <https://www.gub.uy/tramites/aprobacion-disoluciones-anticipadas-sociedades-anonimas>.

IX. Pluralidad de problemas no resueltos

El noveno y último fruto de las leyes en análisis es un legado de problemas no resueltos, algunos interpretativos y otros de política legislativa. A lo largo de estos años, a través de la sanción de ciertas leyes(8) o la aprobación de sendas resoluciones por parte del BCU o de la AIN se han intentado zanjar algunas perplejidades, pero lejos está de haberse agotado el universo de interrogantes.

El más claro ejemplo de ello, es el caso de las sociedades comerciales que resultaron disueltas de pleno derecho por imperio de la Ley N° 19.288 y no se liquidaron en el plazo de 120 días. Dichas sociedades se encuentran actualmente en estado de incertidumbre sobre su continuación, aguardando una decisión legislativa que prevea su tratamiento. Cabe recordar que la ley les vedó expresamente la posibilidad de reactivarse (art. 1 de la Ley N° 19.288). En el Tomo II de la Memoria Anual del año 2021, elaborada por Presidencia de la República, se dejó constancia que se está trabajando en la redacción de un anteproyecto de ley tendiente a contemplar la situación de estas sociedades(9).

X. Reflexiones finales

El sistema compuesto por las Leyes N° 18.930, N° 19.288 y N° 19.484 produjo un giro copernicano en el derecho societario uruguayo con la instauración de obligaciones sin precedentes y un régimen sancionatorio sumamente severo.

Su gran obra maestra fue la creación de un Registro de participaciones patrimoniales, entidades emisoras y beneficiarios finales a cargo del BCU, en el cual, la comunicación a este organismo se tornó una pieza esencial en el tablero de ajedrez del derecho societario.

Un cambio de paradigmas en la tenencia de acciones al portador a floró e igual camino atravesó la nueva causal de disolución para ciertas sociedades comerciales y la nueva causal de extinción de la calidad de accionista.

Corolarios del sistema son la ostensible reducción de las sociedades comerciales por acciones al portador y la superposición de etapas finales en

(8) A modo de ejemplo: el art. 243 de la Ley N° 19.920 estableció el régimen de prescripción en la materia y el art. 732 aclaró que, para las obligaciones descriptas en el presente trabajo, los días se computan en hábiles.

(9) La memoria anual de la gestión del gobierno puede ser consultada en el siguiente link: <https://www.gub.uy/presidencia/institucional/informacion-gestion/memorias-anales/memoria-anual-gestion-del-gobierno-nacional-3>

el procedimiento de liquidación de las sociedades comerciales, junto a una pluralidad de problemas no resueltos.

Bibliografía consultada

- AMADO RODRÍGUEZ, A. (2012). Obligación de informar de los titulares de participaciones patrimoniales de entidades no residentes. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 51-57). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- BELTRÁN, E. (1997). *La disolución de la sociedad anónima*. 2° ed. Madrid, España: Civitas.
- BROSETA PONT, M. (1977). *Manual de Derecho Mercantil*. 3° ed. Madrid, España: Tecnos.
- CIANCIARULO BERTONE, D. (2013). Consecuencias del incumplimiento de la Ley 18.930. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Dinamismo y desafíos del derecho comercial* (pp. 57-62). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- FALCO, E., ALFARO BORGES, J. (2013). Enajenaciones de acciones al portador por titular no registrado ante BCU. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Dinamismo y desafíos del derecho comercial* (pp. 81-88). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- FERREIRA TAMBORINDEGUY, H. (2012). Obligación de informar de accionistas de sociedades no residentes en la Ley N° 18.930. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 93-99). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- FERRER MONTENEGRO, A., BACCHI ARGIBAY, A., FERREIRA TAMBORINDEGUY. (2012). Acciones al portador: comentario exegético a la Ley 18.930 sobre participaciones patrimoniales al portador en Uruguay. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- LAPIQUE, L. (2021). *El accionista en la Sociedad Anónima*. 2° ed. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- MILLER, A. (2011). Las acciones al portador en la picota. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Tres pilares del moderno derecho comercial* (pp. 147-152). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- NISSEN, R.A. (1994). *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*. Tomo 3. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Abaco.
- OLIVERA GARCÍA, R. (2011). ¿Requiem para las acciones al portador? En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Tres pilares del moderno derecho*

- comercial* (pp. 171-177). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- OLIVERA GARCÍA, R. (2012). El cambio de los paradigmas en la tenencia de acciones. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 183-188). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- OLIVERA GARCÍA, R. (2015a). Responsabilidad del administrador societario. En R. Olivera García (Director), *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia. Tomo II* (pp. 891-1051). Montevideo, Uruguay: La Ley.
- OLIVERA GARCÍA, R. (2015b). Las Sociedades Anónimas disueltas por Imperio de la Ley N° 19.288. Boletín Técnico Digital del Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay, año VIII, N° 14, Montevideo. http://www.ccea.org.uy/ccea_nws04/docs/LAS+SOCIEDADES+AN%C3%93NIMAS+DISUELTAS.pdf
- PAMPILLÓN NOBLE, A. (2012). Derechos de los accionistas y régimen sancionatorio en la nueva Ley 18.930 sobre participaciones patrimoniales al portador. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Hacia un nuevo derecho comercial* (pp. 207-211). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- POZIOMEK, R. (2013). Alcance de las sanciones de la Ley 18.930 con referencia al accionista incumplidor. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Dinamismo y desafíos del derecho comercial* (pp. 243-250). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E., LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. (2013). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*. Volumen 4. Tomo 6. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- URÍA, R. (1990). *Derecho Mercantil*. 17° edición. Madrid, España: Marcial Pons.

PEDIDO DE DATOS, INFORMES Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

REQUEST FOR DATA, REPORTS AND ACCESS
TO PUBLIC INFORMATION

SOLICITAÇÃO DE DADOS, RELATÓRIOS E ACESSO
A INFORMAÇÕES PÚBLICAS

MARIEL LORENZO PENA (*)
PAULA SARAVIA DI LUCA (**)

Fecha de recepción: 30 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 29 de julio 2023.

RESUMEN. Nuestra Constitución establece para los legisladores, tanto nacionales como departamentales, el mecanismo de control a través del pedido de datos e informes. A esto se debe agregar las garantías establecidas el artículo 72 entre otros, así como en normativa especial, el derecho de acceso a la información pública (DAIP).

Ahora bien, ¿pueden estos legisladores ejercer el DAIP habiendo otro mecanismo específico? ¿existe en este caso alguna limitación o consecuencia? ¿pueden éstos ejercer el derecho frente al cuerpo al que pertenecen?

Este artículo busca dar respuesta a estas interrogantes.

PALABRAS CLAVE. Derecho de acceso a la información pública. Pedido de datos e informes.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Constitucional por la UdelaR. Magíster LL.M. -Máster en Derecho- por la Universidad de Montevideo. Profesora Asistente (Grado II) de Derecho Constitucional (UdelaR). ORCID: 0000-0001-6989-2527. Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

(**) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Especialista en Derecho Informático e Inteligencia Artificial. ORCID: 0000-0002-9236-3444. Correo electrónico: drapaulasaravia@gmail.com

ABSTRACT. Our Constitution establishes for legislators, both national and departmental, the control mechanism through the request for data and reports. This must be supplemented with the guarantees established in section 72, among others, as well as in special regulations, the right of access to public information.

Now, can these legislators exercise this right if there is another specific mechanism? Is there any limitation or consequence in this case? Can they exercise the right against the body to which they belong?

This paper seeks to answer these questions.

KEYWORDS. Right of access to public information. Request for data and reports.

RESUMO. Nossa Constituição estabelece para os legisladores, tanto nacionais quanto departamentais, o mecanismo de controle por meio da solicitação de dados e relatórios. A isto acrescem as garantias estabelecidas no artigo 72, entre outras, bem como em regulamentação especial, o direito de acesso à informação pública (DAIP).

Ora, esses legisladores podem exercer o DAIP se houver outro mecanismo específico? Existe alguma limitação ou consequência neste caso? Podem exercer o direito contra o corpo a que pertencem?

Este artigo busca responder a essas perguntas.

PALAVRAS-CHAVE. Direito de acesso à informação pública. Solicitação de dados e relatórios.

Introducción

Nuestro derecho constitucional prevé por un lado la existencia de mecanismos de control parlamentario, entre los que se encuentra el pedido de datos e informes y, por otra parte, garantiza por medio del artículo 72, el derecho de acceso a la información pública.

Ambos refieren en esencia, a la posibilidad de acceder a la información en poder de instituciones públicas como forma de controlar la labor que se realiza. Diferencias en sus procedimientos y efectos nos interpelan a la hora que sean legisladores los que ejercen el DAIP. Se analizarán a continuación brevemente ambos institutos, sin ánimo de agotarlos teóricamente, sino para poder realizar un comparativo.

1. Pedido de datos e informes

El pedido de datos e informes es una “potestad de cada legislador, y en su caso, del Cuerpo legislativo, es un medio para instrumentar el control propiamente dicho” (CAGNONI, 2006, p. 261).

Su espectro es bien amplio: puede ser utilizado con el exclusivo objeto de reunir material para la ilustración de la Cámara en su labor estrictamente legislativa (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 2016, p. 271), puede considerarse una potestad de control de las minorías sobre las mayorías o un peso y contrapeso en la dinámica y accionar de los tres poderes.

Si bien el origen del instituto se remonta a la creación de los controles parlamentarios, en nuestro derecho fue incorporado en el texto constitucional de 1918.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 de nuestra Carta, es una potestad individual de cada legislador el pedir los datos e informes que estime necesarios para cumplir su cometido. “Se tramita por escrito ante el Presidente de la Cámara respectiva, quien lo debe remitir de inmediato al órgano que corresponda” (CORREA FREITAS, 2009, p. 99).

El pedido puede ser realizado a los Ministros de Estado, a la Suprema Corte de Justicia, a la Corte Electoral, al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y al Tribunal de Cuentas.

Establece la Carta que si no se facilitaren “los informes dentro del plazo que fijará la ley, el Legislador podrá solicitarlos por intermedio de la Cámara a que pertenezca, estándose a lo que ésta resuelva” (artículo 118). Conforme lo establecido en el artículo 132 de la Constitución, es una facultad que se extiende a la Comisión Permanente en su caso.

La Ley N° 17.673 del 21 de julio de 2003 estableció los plazos para dar respuesta a los pedidos, fijándose en 45 días hábiles. En casos que la complejidad de la información solicitada impida remitirla en plazo, mediando informe circunstanciado que detalle las causas del impedimento, se cuenta con 30 días hábiles más. El plazo para la remisión si el pedido es reiterado por la Cámara respectiva es de 30 días hábiles.

La Ley N° 16.134 de 24 de setiembre de 1990 zanjó la discusión en cuanto a si la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional del Servicio Civil, dependencias de la Presidencia de la República, estaban obligadas o no a proporcionar los datos e informes que solicitaran los Legisladores. El artículo 17 establece que deberán hacerlo.

Por otra parte, parece también zanjada la discusión sobre si el pedido de datos e informes refiere a un Ente Autónomo o Servicio Descentralizado. Estos podrán tramitarse por intermedio del Ministerio con quien se comunica con el Poder Ejecutivo.

Conforme a lo establecido por el artículo 118 inciso segundo, en relación con los pedidos de datos e informes al Poder Judicial y al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, no podrán estos referir a lo relacionado con la

materia y competencia jurisdiccionales de dichos organismos. Es esta, por tanto, “la única situación en la cual la autoridad puede decir que no responde” (CASSINELLI MUÑOZ, 2009, p. 229).

Por último, y en aplicación del artículo 121 de la Constitución, las Cámaras podrán formular declaraciones.

A nivel departamental, el artículo 284 regula similar instituto, indicando que “todo miembro de la Junta Departamental puede pedir al Intendente los datos e informes que estime necesarios para llenar su cometido”. Al igual que a nivel nacional “el pedido será formulado por escrito y por intermedio del Presidente de la Junta Departamental, el que lo remitirá de inmediato al Intendente”.

Este artículo sí prevé un plazo para la respuesta, en tanto “si éste no facilitara los informes dentro del plazo de veinte días, el miembro de la Junta Departamental podrá solicitarlos por intermedio de la misma”.

2. Derecho de acceso a la información pública

El derecho de acceso (o al acceso) a la información pública forma parte del derecho a la información en general, que a su vez deriva del derecho a averiguar la verdad proveniente, como se ha dicho, de la naturaleza específica de ser racional del hombre; dentro de este derecho a la información en términos amplios se fue perfilando uno más específico, el derecho a la información pública. Este derecho, como especie del género aludido, derecho a la información, tiene el mismo fundamento que éste, pero además deriva de la dimensión social, más precisamente política, del estrato racional de la naturaleza humana (DURÁN MARTÍNEZ, 2012).

El derecho de acceso a la información pública es un derecho humano consagrado en la normativa nacional como internacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, más allá de estar garantizado por el artículo 72 de la Constitución nacional, se cuenta con normativa específica: Ley N° 18.381 sobre derecho de acceso a la información pública, la que fue promulgada el 17 de octubre de 2008 y su Decreto Reglamentario N° 232/010 del 2 de agosto de 2010.

La ley citada, en sus casi quince años, solo tuvo pequeños cambios y en algunos artículos por diversas leyes.

Más allá del ordenamiento jurídico que se acaba de mencionar, es importante hacernos esta pregunta ¿qué es el derecho de acceso a la información pública?

El derecho de acceso a la información pública es un desmembramiento de otro derecho humano: el derecho de libertad de pensamiento y expresión, y dentro de éste podemos encontrar el derecho de información general. Esto se traduce en lo siguiente, para que una persona pueda ejercer de forma libre su pensamiento y expresión, debe de estar informada para que ese ejercicio sea a conciencia y debe tener toda la información posible para poder tomar decisiones y como parte de la información está en poder del Estado, surge así el derecho de acceso a la información pública.

Si bien ya se dijo que es un derecho humano, éste se ha de denominar “derecho llave”. Esto hace referencia a que haciendo uso de este derecho, se pueden ejercer otros, por ejemplo, ante una solicitud de acceso a la información pública realizada a un organismo se puede obtener información sobre violación a los derechos humanos si la solicitud fue referente a eso, por lo cual, en este caso, ejerciendo el derecho de acceso a la información pública se ejerce también el derecho a la verdad. En palabras de Rotondo (2012, p. 82):

La libertad de información, el derecho a obtenerla y recibirla, el acceso a la fuente es también un derecho fundamental, como manera de llegar a la verdad, lo que es propio de la naturaleza racional del hombre. Se incluye allí el derecho al acceso a la información pública, el cual corresponde a un sistema democrático republicano, en el cual es básico el principio de publicidad y su dimensión espontánea, de transparencia.

Es importante mencionar cómo está regulado el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y dicha información se encuentra en el Capítulo Tercero de la Ley N.º 18.381 denominado “Del procedimiento administrativo para acceder a la información pública”.

Se ejerce el derecho de acceso a la información pública cuando se realiza una solicitud ante el sujeto obligado, dicha solicitud tiene determinadas características que están mencionadas en el artículo 13. Una vez realizada la solicitud de acceso a la información pública, el sujeto obligado tiene un plazo de 20 días hábiles para responder o denegar el acceso a la información pública solicitada. Sin desmedro de los 20 días hábiles que cuenta el organismo para responder o denegar, el mismo cuenta con el mecanismo de la prórroga, la cual habilita a que el sujeto obligado cuente con otros 20 días hábiles más para poder responder o denegar el acceso. No es menor recordar lo siguiente, tanto para franquear o negar el acceso, términos estos que se encuentran en el artículo 16 de la Ley N.º 18.381, tiene que ser el jerarca máximo del organismo quien lo decida mediante acto administrativo y también es el jerarca máximo o quien tenga funciones delegadas el que puede prorrogar el plazo siempre y cuando haya razones fundadas para acudir a este mecanismo.

Si bien la Ley N.º 18.381 no dice que la prórroga tiene que ser emanada por el jerarca máximo, y aplicando el principio del derecho romano “qui potest plus, potest minus” (quien puede lo más, puede lo menos), se entiende que es el jerarca quien tiene la potestad de franquear o rechazar el acceso, así como de prorrogar.

Pasados los 20 días hábiles del plazo legal o de los 20 días de prórroga si se hubiera solicitado la misma y el sujeto obligado no responde a la solicitud, es decir, no se expresa por la entrega o la denegación, cae en lo que la normativa denomina silencio positivo y deberá entregar la información(1).

En el caso de no responder a la solicitud de acceso, es decir, el sujeto obligado ha caído en silencio positivo, se abren dos mecanismos para la persona: 1) realizar la denuncia ante la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) o 2) ejercer la acción de acceso a la información pública ante la justicia ordinaria o también denominado proceso de Habeas Data impropio.

La denuncia ante la UAIP se podrá realizar ante el vencimiento de plazos, el silencio positivo, que de forma injustificada se le haya negado el acceso, no se le entregó o dicha entrega fue parcial a lo solicitado o que se le negó el acceso por considerar el objeto obligado que la información reviste carácter de secreta, reservada o confidencial.

Este procedimiento se rige por el procedimiento administrativo del Decreto 500/991 y finaliza con un acto administrativo resolución emanada del Consejo Ejecutivo de la UAIP que será favorable al denunciante o al denunciado.

En lo que respecta al proceso judicial, el mismo se encuentra detallado en el Capítulo Quinto de la Ley N.º 18.381 y es un proceso de estructura sumaria. Como característica de este tipo de proceso, interpuesta la demanda se convocará a audiencia en un plazo de tres días y en la misma se dictará sentencia o a más tardar a veinticuatro horas de la celebración, pudiéndose prorrogar de forma excepcional por un plazo de tres días. La sentencia definitiva de primera instancia podrá ser recurrida interponiendo el recurso de apelación.

(1) Sin perjuicio de los límites establecidos legamente en tanto, el derecho de acceso por cualquier ciudadano a la información en poder de las Administraciones Públicas no alcanza a toda la información, sino específicamente a la calificable como pública, la cual no comprende a la de carácter privado o personal ni a las secretas por imperio de la ley dictada en razón del interés general (Delpiazzo, 2009, p.16).

3. Relaciones entre ambos institutos

Si comparamos ambos institutos, surgen algunas diferencias claves:

i. Personas legitimadas

En el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el mismo puede ser ejercido por toda persona, sin distinción alguna y con una característica propia de este derecho, es decir, que para ejercerlo no es necesario fundamentar o manifestar para qué se quiere la información.

En el pedido de informe, este instituto está limitado a quien cumple la función de legislador, sea este nacional o departamental.

ii. Plazos para responder

En el acceso a la información pública el sujeto obligado cuenta con un plazo de 20 días o prorrogable dicho plazo por 20 días más para responder o denegar el acceso. En el pedido de informe a nivel nacional se cuenta con un plazo mayor para responder que es de 45 días hábiles con una “prórroga” de 30 días más. A nivel departamental, como se dijo, el plazo es de 20 días.

iii. Efectos del silencio

En el acceso a la información pública si el sujeto obligado no responde en los plazos legales, es decir, incurre en silencio positivo, se le abre al solicitante la vía administrativa (denuncia ante la UAIP) o la vía judicial (habeas data impropio).

En el pedido de informes, frente al silencio del organismo al que se le pidió la información no se han fijado efectos, llevando esto a que el legislador no tenga modo alguno de hacerse de la información ante la falta de respuesta del organismo.

iv. Posibles acciones posteriores

Como se indicó anteriormente, si el solicitante no recibe respuesta por haberse vencido los plazos o porque se le denegó de forma injustificada el acceso, puede realizar la denuncia ante la Unidad de Acceso a la Información Pública o ir por la vía judicial. Es importante destacar, que se puede ir por ambas vías o por una de ellas solamente.

En el caso del pedido de informes, el legislador puede pedir a la Cámara a la que pertenece, (o a la Junta Departamental en su caso), si este lo estima conveniente que se realice el pedido de informe por esa vía.

v. Efectos de las acciones posteriores

En el caso del acceso a la información pública, si se le da la razón en vía administrativa al denunciante, como se hizo mención, el Consejo Ejecutivo resuelve mediante resolución con una exhortación a que se entregue la información. Es importante destacar que la UAIP no tiene potestades sancionatorias(2), caso contrario cuando en la vía jurisdiccional se le da la razón al demandante, que ante la sentencia definitiva que indique la entrega, el organismo está obligado a hacerlo. Si se le da la razón en vía jurisdiccional, debe entregar (más allá de la apelación), o de lo contrario, podrá ser condenado al pago de astreintes(3)

En el caso del pedido de informe si se le da la razón, pero no le contestan a la Cámara, ésta no puede hacer nada, no hay efectos sancionatorios y lo que solo queda es una consecuencia política.

4. Algunas conclusiones

El análisis de ambos institutos permite concluir que, si bien parecen tener como fin último la obtención de información en poder de organismos públicos, el proceso, pero sobre todo los efectos y las consecuencias, tienen sus diferencias.

La Unidad de Acceso a la Información Pública, en Resolución 8/017 de 28 de julio de 2017(4) estableció que “el ejercicio de este derecho fundamen-

(2) Conforme Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo 47 de 2013 de 14 de febrero de 2013: “El art. 21 de la Ley referido a los “Cometidos” establece que deberá realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos... y enumera las funciones y atribuciones.- Basta su lectura para concluir que: “como se percibe, este órgano carece de potestades de administración activa” (ver DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; “Derecho a la Protección de Datos Personales y al Acceso a la Información Pública, Amalio M. Fernández, 1ª Edición Septiembre 2009, pág. 126).- En el caso particular, lo que se solicitó en el formulario que obra a fs. 3/4 A.A., fue precisamente un asesoramiento, y la Unidad de Control se expidió en ese sentido.- Y otra cosa no podía realizar porque la ley no prevé sanción, más allá de lo que prevé el art. 31 de la ley, no pudiéndose entender -por falta de regulación- que lo dispuesto en el acto impugnado refiera a una obligación que pueda ser ejecutoriada por la demandada. Simplemente, resulta ser la opinión del órgano de control en cuanto a si dicha información es dable sea entregada al requirente, manteniéndose expedita la vía jurisdiccional para reclamar su cumplimiento.” Sentencia no disponible abiertamente, puede consultar a las autoras para conocerla.

(3) Sentencia N° 4/2023 de 6 de febrero de 2023 del Tribunal de Apelaciones de 2do Turno que confirma la Sentencia N° 120/2022 del Juzgado Letrado de Tacuarembó de 3er Turno. Disponible en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=198634>

(4) <https://www.gub.uy/unidad-acceso-informacion-publica/institucional/normativa/resolucion-n-8017>

tal no requiere de legitimación alguna, por lo que no procede considerar la investidura del solicitante como una restricción para el ejercicio pleno de su derecho a “buscar”, “recibir” y “acceder” a la información pública”. Por lo que, “debe delimitarse el alcance de lo establecido por el art. 291 de la Constitución y el art. 38 de la Ley Orgánica Municipal, en cuanto prohíben a Intendentes y Ediles “tramitar o dirigir asuntos propios o de terceros ante el Gobierno Departamental”.

Uno y otro instituto operarán por tanto en órbitas diferentes, siendo decisión de cada legislador nacional y departamental el mecanismo a utilizar.

Si bien con el DAIP podría verse que el fin último de hacerse de la información por parte del legislador -nacional o departamental- parece estar garantizado, ir por el pedido de informe no lo parece tanto, quedando como se dijo más arriba, una consecuencia política que muchas veces puede tener más incidencia en el hacer político que la propia obtención de la información.

Bibliografía consultada

CAGNONI, A. (2006). *El derecho constitucional uruguayo*. Montevideo: FCU.

CASSINELLI MUÑOZ, H. (2009). *Derecho público*. Montevideo: FCU.

CORREA FREITAS, R. (2009). *Derecho constitucional contemporáneo. Tomo II*. Montevideo: FCU.

DELPIAZZO, C. (2009). A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. En DELPIAZZO, C. (Coord.), *Protección de datos y acceso a la información pública*. Instituto de Derecho informático. Montevideo: FCU, AGESIC.

DURÁN MARTÍNEZ, A. (2012). *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública*. Montevideo: AMF 2da ed.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (2016). *Teoría del gobierno*. Montevideo: FCU.

ROTONDO, F. (2012). Acceso a la información pública y protección de datos personales. Aspectos conceptuales y prácticos. *Revista de Derecho Público*, 21, 42.

DERECHO A LA SALUD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

RIGHT TO HEALTH AND LEGAL ARGUMENTATION

DIREITO À SAÚDE E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ÁLVARO MIGUEL MACHADO RODRÍGUEZ (*)

Fecha de recepción: 21 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 16 de agosto.

RESUMEN. El Poder Judicial ha tomado un mayor protagonismo en la tutela de los Derechos Humanos, tras el abandono del paradigma del Estado de Derecho legal, pasando a un Estado de Derecho Constitucional, en donde los jueces pueden lograr que el espíritu de la Carta Magna viva en sus sentencias. En cuanto a la protección efectiva del derecho a la vida y a la salud, surge como medio más idóneo el Amparo.

PALABRAS CLAVE. Amparo. Derecho a la salud. Constitucionalismo. Derechos humanos. Argumentación.

ABSTRACT. The Judiciary has taken a more significant role in the protection of Human Rights, upon having abandoned the paradigm of the legal Rule of Law, moving to a Constitutional Rule of Law, where judges can ensure that the spirit of the Constitution lives in their judgments. Regarding the effective protection of the right to life and health, the writ of amparo emerges as the most suitable means.

KEY WORDS. Protection. Right to health. Constitutionalism. Human rights. Argumentation.

RESUMO. O Poder Judiciário tem assumido maior protagonismo na proteção dos Direitos Humanos, após abandonar o paradigma do Estado de Direito legal, caminhando para um Estado de Direito Constitucional, onde os juízes

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Correo electrónico: dralvaromachado3@gmail.com.

possam assegurar que o espírito da Constituição viva em suas sentenças . No tocante à efetiva proteção do direito à vida e à saúde, o Amparo surge como o meio mais adequado.

PALAVRAS – CHAVE. Proteção. Direito à saúde. Constitucionalismo. Direitos humanos-argumentação.

I. Cuestiones preliminares

Primeramente, en cuestión de derechos humanos, la concepción jusfilosófica reviste una importancia capital, de tal manera que ha sido recogida por el constituyente uruguayo, según veremos en las líneas ulteriores.

Por otro lado, si bien los jusnaturalistas ven en el Positivismo Jurídico formalismo, escepticismo o ausencia de ética; por el contrario, los positivistas ven en el Jusnaturalismo, planteos cargados de subjetividad, arbitrariedad política, ética.

Ahora bien, nuestra jurisprudencia vernácula ha sostenido lo siguiente:

“En esta línea, sostiene Cassinelli Muñoz que ello es congruente con la premisa jusfilosófica en la que se ubica el constituyente uruguayo, de que los derechos inherentes a la personalidad humana preexisten a su consagración constitucional y son por ende independientes de su mención en la Constitución.

El derecho primario a la salud, por ser inherente a la personalidad humana, puede ser directamente invocado antes las autoridades administrativas o jurisdiccionales aunque falte la regulación legal respectiva, de conformidad con los artículos 72 y 332 de la Constitución que garantizan la validez de los derechos no enumerados en la misma, y su vigencia independientemente de reglamentación. (aut.cit.,Uruguay, en el derecho a la salud en las Américas.. Estudio constitucional comparado. 19898, Organización Panamericana de la Salud p. 458 y ss., Recopilación La Ley Uruguay, p. 849 y ss.)”(1).

En el fondo existe una honda preocupación por resolver el problema del fundamento que sustente al Derecho Positivo y el problema de la crítica (ética) que lo sujete.

El análisis se centra en una cuestión de “humanizar” al Derecho Positivo.

Respecto al Derecho Natural, se plantean determinados problemas que forman parte de la esencia del Derecho.

(1) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno, Sentencia N° 107/2022.

Entre ellos, el problema de la justicia o ética jurídica material, lo cual se traduce en una teoría de la Justicia.

Así también, se plantea el problema de la relación de la voluntad con los fines jurídicos o éticos de la acción humana.

Además, se proyecta el problema del conocimiento de los fines justos del obrar humano.

Por lo tanto, según esta postura jurídica, el Derecho Positivo que no se encuentre en línea con los postulados anteriores, si bien mantendrá su poder coercitivo, perderá el carácter de obligatorio.

Señala Hart que los criterios que separan los órdenes Derecho y Moral, no implica que los analistas negaran la coincidencia entre la moral y el Derecho, ni tampoco la incidencia de la moral sobre éste. (Giuffra,1993, p. 39).

Coincide este autor, en que tanto el Derecho como la Moral deben tutelar al ser humano de su vulnerabilidad; ambos sistemas normativos deberán tener como propósito la finalidad de permitir al hombre sobrevivir.

Los jusnaturalistas de la fenomenología existencial sostienen que la Justicia no es otra cosa que una forma ética de coexistencia; así, el orden jurídico debe participar del mínimo de “tener que ser para el otro” (la justicia). (Giuffra,1993, p. 45).

Evidentemente, es el orden jurídico el que establece en forma permanente la Justicia; es decir, responde a la necesidad de anexar algo a lo que es justo (Giuffra,1993, p. 45).

II. Derecho humano a la salud

Como veremos a continuación, nuestro ordenamiento jurídico dedica especial atención al derecho a la salud.

Asimismo, la internacionalización de los derechos humanos tiene su inicio en la conciencia universal de la insuficiencia de los Estados nacionales para lograr la tutela de los derechos a nivel de Derecho Interno; lo cual implica reconocer la legitimidad de un poder extra estatal, con fuerza para imponer su autoridad frente al Estado.

En ese sentido, se han pronunciado nuestros Tribunales:

“Pero el Estado Uruguayo está constitucionalmente obligado a proteger el derecho a la salud más allá de los términos que surgen de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que ha ratificado, debido a que, conforme dispone el art.44 de la Constitución Nacional en su parte final está obligado a proporcionar “gratuitamente los medios de

prevención y asistencia ... a los indigentes o carentes de recursos". Es un criterio interpretativo firme en materia de derechos humanos el principio pro hominen o pro-persona, que opera como una directriz de preferencia indicando que prevalece la regulación que mejor tutela el derecho en cuestión (SAGÜES, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos, p.6; RISSO, Martín. Algunas garantías básicas de los derechos humanos, 2ª. ed. Bogotá, 2011, p.49) y ese es el caso del art.44 inc.2 de la Constitución Nacional.

"El derecho a la salud, expresamente reconocido en el art. 44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este sentido, el derecho a la salud podría considerársele, conjuntamente con la vida, uno de los derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible.

"Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".

"Ahora bien. Teniendo en cuenta que según el art. 44 de la Carta la obligación del Estado se extiende a proporcionar asistencia no sólo a los indigentes sino también a aquellos que carezcan de recursos para cubrir los costos de la atención médica, en aplicación del principio pro homine el Estado no puede desconocer el mandato constitucional citado, derechos respecto de los cuales la Constitución no autoriza ni habilita limitación de especie alguna.

"Es de señalar asimismo que, la persona afectada debe acreditar cuál es la enfermedad que padece y que, para su estado de evolución, corresponde proporcionar el medicamento que pretende acreditando fehacientemente su viabilidad a través de prueba idónea a tales efectos, así como que carece de recursos suficientes para cubrir los costos del tratamiento, de forma acorde al requerimiento contenido en la Carta Magna.

"En suma, como lo ha sostenido la Corte en reiteradas oportunidades, los derechos establecidos en el art. 7 de la Carta -salvo el derecho a la vida- no pueden ser limitados, excepto por razones de interés general, las que no se han articulado debidamente a la hora de establecer la limitación en la norma cuestionada, lo que determina corresponda declarar su inaplicabilidad al caso concreto".(2)

Se trata entonces, de la existencia de un derecho subjetivo de los habitantes de la República a recibir del Estado las prestaciones de salud que no

(2) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, Sentencia Definitiva N° 20/2022.

puedan soportar por sus propios medios. Negar la cobertura en el caso significa atentar contra la igualdad de las personas, pues a ciertos enfermos se les otorga el medicamento, mientras que a otros igualmente enfermos que gozan de igual prescripción médica se les niega(3).

III. Límites a los derechos humanos

Las líneas finales del capítulo anterior, nos remiten al debate sobre los límites a los derechos humanos.

Tal como señala Uriarte (2013), el problema de los límites a los derechos humanos resulta ser de gran conflictividad, en tanto que plantea la discusión sobre la imposibilidad del disfrute absoluto de todos los derechos jurídicamente consagrados (p. 189).

Como bien indica recientemente nuestra jurisprudencia, existen normas jurídicas que pueden arrojar una solución restrictiva al derecho de acceso a la salud:

“...Como guía interpretativa cabe destacar, además, la reciente sanción de los arts. 461 y 462 en la última Ley de Presupuesto No. 19.355, normas por las que se reglamentó en vía legal el procedimiento que debe seguir el Ministerio de Salud Pública para la aprobación y registro de especialidades farmacéuticas en el Formulario Terapéutico de Medicamentos. Las referidas disposiciones resultan prístinamente claras en su finalidad restrictiva respecto al derecho de acceso a la salud.

“En efecto, la inclusión de medicamentos por el M.S.P. en el denominado “Formulario Terapéutico de Medicamentos”, deberá efectuarse conforme los principios consagrados en la legislación, en la especie, los enunciados en el propio art. 7 de la Ley No. 18.335. No obstante, ese “margen” legal previsto, y que se completará en vía administrativa, deja una “ventana” abierta para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción.

“En su mérito, del análisis contextual de la norma impugnada, emerge incuestionablemente que se trata de una norma regresiva, que tiende a limitar los medios médicos disponibles de prevención, tratamiento y asistencia, contradiciendo de esta forma la norma de rango superior. Limitación que, por otra parte, no responde a razones de interés general, sino meramente económicas.

En la ponderación entre los derechos constitucionales, principios y valores que están en juego, parece razonable concluir que la actuación judicial en la protección del Derecho a la Vida y a la Salud no puede ser obs-

(3) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia No. 126/2022.

taculizada por la alegación de intereses generales o fiscales difusos, y sin respaldo en elementos de convicción que permitieren inferir su concreta afectación, ni supeditada a la satisfacción de requisitos reglamentarios o burocráticos cuya desmesurada extensión temporal no encuentra justificación razonable alguna. (Cfme Van Rompaey. Reflexiones sobre el Derecho a la Salud y su Judicialización. Judicatura T. 52. P. 145 y stes)”(4).

IV. Procedencia de la Acción de Amparo

De lo expuesto en los capítulos anteriores, se deduce que uno de los mecanismos indispensables para la protección del derecho a la salud es precisamente el proceso amparista.

En ese orden de cosas, la acción de Amparo prevista en la ley N° 16011 del 19/12/1988, en su artículo 1 establece que: “Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución...».

De esta manera, nuestra jurisprudencia se refiere diáfananamente al punto en análisis:

“Procede el amparo no solo en caso de lesión, alteración o restricción de un derecho o libertad sino también en caso de amenaza de producirse o que se vaya a producir un daño irreparable, es un medio de carácter residual y limitado a los casos en que exista ilegitimidad manifiesta”(5).

Continúa la referida sentencia: “... por esto, la no prestación del tratamiento suministro o la demora en recibirlo conlleva una amenaza actual y efectiva al derecho a la salud de la parte actora con la consecuente ilegitimidad manifiesta, amenazando provocar un daño irreparable o difícilmente reparable a su salud (artículos 7, 8, 44, 72 de la Constitución; artículos 10, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo de San Salvador; artículo 4 Ley 18.331; Cfe. LJU: casos 15.510; 17.408; TAC 2° Turno, Sentencias: No. 88/2016, 92/2018, 14/2019, 94/2019, 156/2019)”.

En este mismo sentido, La Suprema Corte de Justicia, ha expresado: “... el acogimiento de la demanda puede fundamentarse, obviamente, en la aplicación al caso de principios generales del derecho de recepción consti-

(4) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, Sentencia Definitiva N° 20/2022.

(5) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, Sentencia No. 357-92/2022.

tucional (arts. 7 y 72 de la Carta) que conforman derechos humanos inherentes a la dignidad de la persona y valores superiores de rango normativo preeminente en relación con las normas legales y reglamentaciones que regulan la función pública. Señala Guastini ... que la función de la Constitución es moldear las relaciones y, por tanto, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización del orden jurídico es precisamente la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Y como sostiene la Dra. Castro de la visión meramente legalista se produce una reorientación ideológica y teórica -que en esencia es un viraje político-jurídico- hacia una visión constitucionalista del derecho que implica la sujeción del legislador, el administrador y el juez a las normas constitucionales. Y, precisamente en el caso, la operatividad directa de los derechos, principios y valores de raigambre constitucional no habrá de verse como puro arbitrio judicial, sino como el fruto de una argumentación jurídica que respeta la eficacia vinculatoria de los principios constitucionales, descartando su carácter meramente programático, en la búsqueda de la justicia del caso concreto, finalidad esencial de la función jurisdiccional” (Sent. N° 130/2007; de la S.C.J. comentada por Castro Alicia Argumentación y Constitucionalismo en la fundamentación de sentencias...” Anuario, T. XXXIX, pág. 842).

En doctrina, el Dr. Daniel OCHS se ha referido a los Procedimientos de Amparo Sanitario, ha expuesto en tal sentido: “...Parámetros hermenéutico a emplear en casos de amparo sanitario.... En este tipo de conflictos entraña una verdad innegable que justicia retardada es justicia denegada, por ello la jurisdicción ha de proceder con sentido tutelar considerando el dato objetivo según el cual tratamientos de esta naturaleza no pueden ser discontinuados in mengua gravísima de la salud del paciente. En supuestos en que existe adecuadamente acreditada la prescripción médica fundada del fármaco, su entrega debe ser inmediata, y si media oposición, se impone la medida cautelar in límine Litis... La negación injustificada de un tratamiento farmacológico prescrito a un paciente grave por el equipo médico tratante, configura un supuesto de trato cruel e inhumano subsumible en el concepto de tortura psicológica, que padece obviamente el paciente pero también su entorno.... La relación médico paciente debe quedar adecuadamente resguardada de intromisiones indeseables que la desnaturalizan...” (Daniel Ochz. La Acción de Amparo, p. 142 y siguientes)(6).

Conforme lo indica Viera: El Art. 1° de la Ley 16.011 requiere que la ilegitimidad del acto lesivo sea manifiesta, dicho calificativo “manifiesta” signi-

(6) Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, Sentencia N° 198/2021.

fica que el agravio invocado “debe sobresalir y mostrarse fehacientemente, en forma que la necesidad de prueba sea mínima y que su producción pueda efectuarse sin deterioro de la celeridad y sumariedad del proceso amparista...(Viera, 1993, p. 22).

Este requisito (ilegitimidad manifiesta) se cumple en tanto las instituciones de salud resuelven no brindar un medicamento a los pacientes, fundándose en razones de sustentabilidad del sistema (requisitos burocráticos o intereses fiscales difusos) y no en razones estrictamente científicas(7).

V. Respuestas jurisprudenciales

Con buen tino, nuestra Justicia ha decretado: *“De modo que ante una persona que carece de recursos para proveerse de la medicación que necesita para tratar su patología y mejorar la calidad de su vida –y quizás prolongarla por un tiempo- debe cumplir con ese imperativo constitucional”. La negativa estatal convierte en ilegítima la conducta del Ministerio de Salud Pública como representante del Estado en esta causa (Ley N°16.320 art.384).(8)”*

Así también, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer Turno, Sentencia definitiva N° 20/2022, ha sostenido pertinentemente:

“Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

“En el ámbito del derecho internacional, el propio artículo 31 de la Convención de Viena, permite fundamentar lo que se ha denominado o puede denominarse el principio pro homine, cada vez más aceptado por los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos, incluso reconocido como parte de la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos.

“En ese sentido, se ha subrayado que ‘la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la

(7) Este tipo de argumento, colide directamente con lo establecido por el artículo 4 de la Ley N° 18.211, que establece claramente los objetivos que debe cumplir el Sistema Integrado de Salud.

(8) Tribunal de Apelaciones en lo Civil .1º Turno, Sent. N° 123 de 27/9/11; Sent.Nº186 de 16/12/11.

defensa judicial en derechos humanos, debido al objetivo garantista que orienta la materia’.

“En sentido análogo se ha expresado que este principio se puede considerar como [...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre’.

“En efecto, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena, la interpretación debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado y es aquí donde debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin, el reconocer derechos a los individuos frente al Estado y no regular las relaciones entre los Estados como lo hace el ‘derecho de gentes’.

“Como ya lo sostuvo cuando integraba el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, en Sentencia identificada como SEF-0006-000173/2013: “Dicha Cartera [en referencia al Ministerio de Salud Pública] es la encargada de preservar la salud de los habitantes, bien fundamental que no puede estar supeditado a las contingencias de un trámite burocrático de tal naturaleza [la inclusión en el FTM], que bien puede durar meses e, inclusive, años.”.

En este orden, debemos tener presente que el derecho a la salud es un derecho primario y fundamental que impone plena y exhaustiva tutela. Y este derecho conforme al artículo 44 de la Constitución por su naturaleza no es susceptible de menoscabo.

Corolario de ello es que dicho derecho no debe ser limitado por la mera diferencia de criterios técnicos, o económicos como se pretende mediante las normas objeto de estudio ya que tales extremos desconocen claramente la supremacía del derecho a la salud de la persona que debe primar en la interpretación de las normas aplicables.

De admitir tal posibilidad estaríamos no sólo asignándoles a las mencionadas autoridades un poder que claramente carecen sino también legitimando la violación de los derechos constitucionales que la Carta Magna garantiza a todos los habitantes (Artículos 7, 8, 10 y 44 de la Constitución).

No debemos perder de vista que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin distinción de especie alguna y no se puede afectar su esencialidad por ninguno de ellos. Por consiguiente, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable que el legislador no puede ultrapasar.

Debemos tener presente que el Estado tiene la obligación ineludible de cumplir con aquellas prestaciones destinadas a procurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Asimismo, no debemos perder de vista que: “los Gobiernos al desarrollar su función de gobierno tienen, pues, obligaciones jurídicas de no vulnerar principios constitucionales, y de cumplir los deberes en positivo que de ellos se derivan” (Cfm. Ponce Solé, Julio; “De la metafísica a la ciencia jurídica: deber de buen gobierno, derecho a una buena administración y límites y orientación de la discrecionalidad del poder ejecutivo”. Ponencia del XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 nov. 2015).

Por último, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno en Sentencia No. 221/2022, reafirma el fundamento constitucional y en normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos:

“Véase que el derecho a la salud es un derecho fundamental garantizado por el artículo 44 de la Constitución y por normas internacionales como el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), consagra el derecho de toda persona a la salud, “... entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.- Agrega que con el fin de hacerlo efectivo, las partes se comprometen a reconocer la salud como un “bien público” y particularmente, a adoptar las medidas concretas que promuevan la atención integral en toda su extensión.- ...” (Blengio Valdés, Mariana en “Principio de Progresividad en relación al Derecho a la Salud y sus consideraciones desde la ética y el derecho” en Revista de Derecho Público, Año 27, nro. 54, diciembre 2018, págs. 124-125).-

VI. Conclusiones

De los argumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios expuestos en el presente artículo, se desprende que el sistema jurídico debe tener especialmente en cuenta -a la hora de tutelar el derecho a la salud- principios caros al ordenamiento jurídico como el principio pro homine, de progresividad y constitucionales, atendiendo a la consideración de aquel derecho como un bien público con carácter de esencial.

En esencia, la protección jurídica de los derechos humanos está supeditada a una debida correlación e interdependencia recíproca entre todos los principios que fundan el Estado democrático de Derecho.

El derecho a la salud de la persona, a la igualdad, a la forma republicana de gobierno, elevados al rango de norma constitucional, merecen una res-

puesta motivada de parte de la Administración, en base a los artículos 8, 44 y 72 de la Carta Magna.

Resulta fundamental en estos casos, focalizarse en la idea de atención centrada en la persona, como la única forma de materializar los derechos humanos en la práctica clínica.

En ese sentido, cobra una importancia capital la idea de conceptualizar a la dignidad humana como un valor a proteger jurídicamente y considerarla como fuente informativa de los sistemas legales.

Por lo tanto, la labor interpretativa de las normas tiene por objeto no solo el núcleo textual de la misma, sino también los demás hechos que sirven para integrarla.

En definitiva, los anteriores constituyen aspectos fundamentales que los operadores jurídicos no deben perder de vista en cuanto a la argumentación jurídica aplicable a un tópico como el planteado en este trabajo.

Bibliografía consultada

ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta.

BLENGIO VALDÉS, M. (2015). *Manual de Derechos Humanos*, Ediciones Del Foro.

GIUFFRÀ, R. (1993). Algunas anotaciones sobre una nueva y actual corriente iusnaturalista: “La Fenomenología del Derecho Natural”, *Cuadernos, Filosofía del Derecho* N° 19, Fcu.

OCHS, D. (2001). *La acción de amparo*, 2da. Edición, Fcu.

URIARTE, D. (2013). *Curso de Derechos Humanos y sus garantías*, Tomo I, 1ª edición, Fcu.

VAN ROMPAEY, L. (2012). Reflexiones sobre el Derecho a la Salud y su Judicialización. *Judicatura* T. 52. P. 145 y stes.

VERNENGO, R. (1993). Morales y órdenes jurídicos: problemas lógicos de su aplicación, *Cuadernos, Filosofía del Derecho* N° 19, Fcu.

VIERA, L. (1993). *Ley de Amparo*, Editorial Idea.

ADOLESCENTES Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

ADOLESCENTS AND ENFORCEMENT
OF CONFINEMENT MEASURES

ADOLESCENTES E CUMPRIMENTO
DE MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

GABRIELA JIMENA MENDIGUIBEL LÓPEZ (*)

Fecha de recepción: 30 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 4 agosto 2023.

RESUMEN. La especificidad de la materia penal juvenil lleva a que no sean tantos los profesionales que accedan a conocer las particularidades del sistema. El propósito que perseguimos con esta obra radica en ilustrar al lector acerca de las disposiciones normativas vigentes en la materia, así como de los procedimientos y mecanismos que operan tanto a nivel de la justicia como de los principales actores estatales que intervienen en la ejecución de medidas socioeducativas privativas de libertad previstas para adolescentes en nuestro país. Prestaremos especial atención al rol del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente [INISA] como Institución ejecutora de dichas medidas en Uruguay y su vinculación con la tarea de Defensores, Fiscales y Jueces que se desempeñan profesionalmente en esta área del Derecho.

PALABRAS CLAVE. Adolescentes. Proceso de ejecución. Medidas socioeducativas. Privación de libertad. Uruguay.

ABSTRACT. The specificity of juvenile criminal matters means that few professionals become aware of the particularities of the system. The purpose of this paper is to enlighten the reader about the legal provisions in force, as well as the procedures and mechanisms that operate both at the level of justice and

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Diplomada en Penalidad Juvenil, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República. Profesora de Educación Media, Instituto de Profesores Artigas. Correo electrónico: gmendiguibel@hotmail.com

of the main State stakeholders involved in the enforcement of socio-educational confinement measures provided for adolescents in our country. We will pay special attention to the role of the Adolescent Social Inclusion National Institute [INISA] as the institution enforcing these measures in Uruguay and its link with the work of Public Defenders, Prosecutors and Judges who work professionally in this area of Law.

KEY WORDS. Adolescents. Enforcement proceedings. Socio-educational measures. Confinement. Uruguay.

RESUMO. A especificidade das questões criminais juvenis leva a que poucos profissionais tenham acesso a conhecer as particularidades do sistema. O objetivo que buscamos com este trabalho é esclarecer ao leitor sobre os dispositivos normativos vigentes na matéria, bem como os procedimentos e mecanismos que operam tanto no âmbito da justiça quanto dos principais atores estatais envolvidos na execução das medidas socioeducativas privativas de liberdade previstas para adolescentes em nosso país. Daremos especial atenção ao papel do Instituto Nacional de Inclusão Social Adolescente [INISA] como instituição executora dessas medidas no Uruguai e sua ligação com o trabalho de Defensores, Promotores e Juízes que atuam profissionalmente nessa área do Direito.

PALABRAS – CHAVE. Adolescentes. Processo de execução. Medidas socioeducativas. Privação de liberdade. Uruguai.

I. Palabras introductorias

Para la realización de este trabajo nos hemos planteado como aspiración el poder repasar algunos aspectos que hacen al quehacer laboral de quienes de algún modo participamos del proceso de ejecución de medidas privativas de libertad por parte de adolescentes. Debemos aclarar que este artículo no pretende abarcar la totalidad de la normativa ni de la casuística en la materia, lo cual excedería a la intención de la autora. Por el contrario, pretendemos brindar un panorama general que posibilite pensar y repensar el desempeño profesional en la especie y que pueda despertar la curiosidad de quienes desconocen los grandes lineamientos y algunos pormenores de esta área tan específica de actividad. Por tal motivo, por ejemplo, no abordaremos la normativa internacional en la materia, ni ingresaremos a la consideración de aspectos polémicos o de reciente aparición o cuestiones que entendemos no se presentan como indispensables a los fines de esta producción intelectual.

II. Régimen procesal

En todos los casos en que se investigue la responsabilidad de un adolescente, el procedimiento se ajustará a lo establecido por el Código de la Niñez y la Adolescencia [CNA] y, en forma subsidiaria, a lo dispuesto en el Código del Proceso Penal [CPP] y sus modificativas (artículo 75 del CNA).

III. Proceso de ejecución

El proceso penal comprende el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución (artículo 13 del CPP). Las penas –en la especie, las denominadas “medidas socioeducativas”–, solo podrán ejecutarse en cumplimiento de sentencia definitiva ejecutoriada (artículo 286 del CPP). La actividad procesal de ejecución comprende los actos destinados a promover el cumplimiento de las condenas penales y el trámite y decisión de las cuestiones sobrevinientes relativas a las penas (artículo 287 del CPP).

En la etapa de ejecución se ejerce función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 6 de la Ley 15.750). Lo sustancial de la actividad jurisdiccional radica en ordenar que la ejecución comience y la consiguiente vigilancia de la regularidad y legalidad de su cumplimiento. En materia de adolescentes, la actividad procesal de ejecución de las medidas socioeducativas, comprende los actos destinados a promover el cumplimiento de las medidas y el trámite y la decisión de las cuestiones sobrevinientes (artículo 99 del CNA).

IV. Justicia competente

En la etapa de ejecución, los Jueces Letrados de Primera Instancia de Ejecución y Vigilancia son quienes conocen en todas las cuestiones –formales o sustanciales– que se planteen a partir del momento en que la sentencia quede ejecutoriada (artículo 26 del CPP).

Por Acordada 7308 de 8 de noviembre de 1996, la Suprema Corte de Justicia [SCJ] determinó las pautas de actuación para las Sedes Letradas de Menores, estableciendo como cometidos de los Jueces en la ejecución la vigilancia del cumplimiento de las medidas dispuestas en la sentencia, la valoración de su eficacia, y su adecuación o cese en los casos en que resulte conveniente. Asimismo, dispuso el control del cumplimiento de las normas de rango constitucional y legal, y los acuerdos internacionales que tutelan el respeto a la dignidad inherente a la persona del “menor”, el tratamiento apropiado para su bienestar, y el mantenimiento del vínculo con su familia.

A partir de la sanción del CNA en 2004, los antiguos Juzgados Letrados de Menores pasaron a llamarse “Juzgados Letrados de Adolescentes”, entendiéndose en primera instancia en todos los procedimientos a que den lugar las infracciones de adolescentes a la ley penal (artículo 67). A dichas Sedes judiciales compete vigilar los casos en que hayan recaído medidas educativas dispuestas por sentencia ejecutoriada, hasta el término de su cumplimiento; y entender por audiencia y con intervención del defensor y Ministerio Público las reclamaciones de los adolescentes durante el período de

ejecución de las medidas, tanto en los establecimientos, como fuera de ellos (artículo 100 numerales 1 y 2).

En Montevideo, hasta hace no tanto contábamos con cuatro Juzgados Letrados de Adolescentes, que entendían en Primera Instancia y que estaban especializados en la materia penal juvenil. Por Acordada 8093 de 3 de diciembre de 2020, la scj resolvió suprimir los Juzgados Letrados de Adolescentes de 1º y 2º Turno de Montevideo, dejando de funcionar a partir del 21 de diciembre de 2020, fecha en que comenzaron a operar, en su lugar, los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Familia Especializados de 11º y 12º Turno. Por tal motivo, actualmente sólo se cuenta con los Juzgados Letrados de Adolescentes de 3º y de 4º Turno en la Capital. En el resto del país, entienden en la especie los Jueces Letrados de Primera Instancia del Interior con competencia en materia de adolescentes.

En segunda instancia, no contamos con justicia especializada en la materia, por lo que entienden los Tribunales de Apelaciones de Familia (artículo 67 del CNA y artículo 324 de la Ley 16.226). Cuando el Expediente se encuentre en apelación, se formará la pieza correspondiente a fin de poder presentar nuevas solicitudes ante la Sede de Primera Instancia.

V. Declinatoria de competencia

El artículo 95 del CNA prevé que se limitará al mínimo posible la internación de los adolescentes fuera de la jurisdicción de su residencia habitual. Ahora bien, cuando se disponga el cumplimiento de la medida privativa de libertad fuera de ese lugar, el tribunal declinará competencia ante la Sede competente en razón de territorio, remitiendo el mismo día testimonio del Expediente.

En ese mismo sentido, la Acordada de la scj No. 7236 de 29 de julio de 1994 sobre “Ordenamiento de normas en materia de menores infractores”, dispone el deber de enviar “junto con el menor, fotocopia certificada del expediente en sobre cerrado; el funcionario que traslade al menor la documentación, bajo recibo al Juez de Turno del lugar de internación.” Por Circular 166/2012 de 11 de diciembre de 2012 se reitera el estricto cumplimiento de las disposiciones de la Acordada 7236 y de lo dispuesto por el artículo 95 del CNA, en lo referente a la remisión de fotocopia certificada del Expediente cuando dispongan la internación fuera de su jurisdicción.

VI. Visitas de los Jueces a los Centros de Internación

Entre las potestades de control de los Jueces de ejecución, se encuentra la de visitar, por lo menos cada tres meses⁽¹⁾ los Centros de Internación, dejando constancia del resultado en el Expediente respectivo. Ello sin perjuicio de la potestad de realizar inspecciones cada vez que lo consideren oportuno y de tomar, en todos los casos, las medidas que más convengan al interés superior del adolescente. De constatarse irregularidades graves, deberán dar cuenta a la SCJ (artículo 100 numerales 3 y 4 del CNA).

Recientemente, por Acordada de la SCJ No. 8142 de 12 de mayo de 2022 se dispuso en cuanto a la periodicidad de las visitas de los Jueces a los Centros de internación, que “deberán concurrir en forma presencial, por lo menos, una vez cada tres meses” a los centros de internación en donde se encuentren adolescentes privados de libertad bajo su control “a efectos de entrevistarse con ellos y valorar el estado general del centro de internación.” Al igual que la norma precitada del CNA, se establece la posibilidad de realizar visitas sin previo aviso y de manera sorpresiva si lo estimaren conveniente. Los Jueces de ejecución remitirán a la Sección Libertades de la SCJ un informe relativo al cumplimiento de las previsiones del artículo 100.3 del CNA, que deberá contener los siguientes datos mínimos⁽²⁾:

- a) Fecha de realización de las visitas, con indicación de la hora de inicio y finalización.
- b) Estado del establecimiento: fortalezas y debilidades. Procesos de cambios positivos y negativos.
- c) Si se detectaron situaciones que afectaren seriamente a los adolescentes y las medidas que se adoptaron en consecuencia.
- d) Entrevista con los adolescentes de manera informal, en atención a su condición de sujeto en desarrollo, debiendo documentarse en la forma prevista en el artículo 5°.

Las entrevistas con los adolescentes privados de libertad se registrarán en un formulario que contendrá: datos del joven (nombre, edad, individualización de la causa y defensor) y una breve reseña de la entrevista (por ejemplo, si recibe visitas, si cuenta con lazos familiares y otras redes de contención, las actividades que cumple dentro o fuera del establecimiento y su

(1) Cabe recordar que antes de la sanción del cna, las visitas eran cada cuatro meses (Acordada 7308 de 8 de noviembre de 1996).

(2) Sin perjuicio de aquellas informaciones y/o consideraciones que la Sede estime del caso formular a efectos de ilustrar a la Corporación respecto a las resultancias de la actividad cumplida en el Centro de reclusión.

naturaleza, si tiene permiso para visitar a su familia o para la realización de actividades externas, si concurre a algún programa de orientación y tratamiento, su alimentación, si ha recibido sanciones, si ha planteado solicitudes pendientes de resolución).

VII. Fiscalías competentes

Compete a la Fiscalía General de la Nación [FGN] ejercer las funciones de Ministerio Público y Fiscal conforme a las disposiciones vigentes, teniendo entre sus cometidos sustantivos el ejercicio de la titularidad de la acción pública en las causas de adolescentes infractores (artículo 3 de la Ley 19.334).

Por Resolución de la FGN No. 704/2017 de fecha 25 de octubre de 2017 se determinó que las Fiscalías competentes para intervenir en los procesos por infracciones adolescentes que se regulan por el sistema procesal acusatorio serían las Fiscalías de Adolescentes de Montevideo de 1º a 3º Turno. Ahora bien, a partir del 1º de diciembre de 2021 la Fiscalía de Adolescentes de 2º Turno se suprimió por una tercer Fiscalía de Delitos Económicos y Complejos (Resolución de la FGN No. 939/2021 de 30 de noviembre de 2021). Por tal motivo, actualmente son las Fiscalías de Adolescentes de Montevideo de 1º y 3º Turno las competentes para entender en los procesos de ejecución de los delitos en los que corresponda su intervención, así como en los procesos de ejecución de sentencias dictadas por Juzgados del interior del país, cuyo cumplimiento y vigilancia de pena deba realizarse en Montevideo.

VIII. Defensa de Oficio

La Acordada de la scj No. 7257 de 5 de abril de 1995, referente a la creación de la Defensoría de Ejecución Penal, dispuso que su existencia redundaría en beneficio de los penados, ya que la asistencia letrada de la persona recluida, “se constituye en un elemento esencial para ese trato humano y digno, pues es una de sus garantías fundamentales.”

El CNA establece que deberá asegurarse al adolescente imputado el cumplimiento estricto de las garantías del debido proceso (artículo 74). En la etapa de ejecución de la medida destacamos dos principios que deben estar presentes: el de la inviolabilidad de la defensa (literal F: derecho a contar en forma permanente con asistencia jurídica gratuita, especializada, pública o privada, hasta la ejecución completa de las medidas) y el de la libertad de comunicación (literal G: comunicarse libremente y en privado con su defensa).

En Montevideo, funciona la Defensoría Pública de Adolescentes Infractores, con competencia específica en la materia. En los Departamentos del Interior de la República, tal como lo establece la Acordada de la scj No. 7796

de 21 de marzo de 2014, la materia de adolescentes infractores será competencia de los Defensores asignados a la materia penal de las Defensorías Públicas del Interior. En el Considerando No. II de la Acordada referida *supra* se dispone que “existe identidad en el derecho sustantivo a aplicar en materia penal y en materia de adolescentes infractores, por expresa remisión legal, no obstante su adecuación a la condición de adolescentes.”

En lo que refiere a las visitas de los Defensores a los establecimientos con menores internados, la Acordada de la scj de 18 de setiembre de 1995 dispone que “Sin perjuicio de las obligaciones reglamentadas por la Acordada No. 6.850, los Defensores de Oficio de Menores de toda la República deberán concurrir a los locales en donde se encuentren internados los menores infractores por ellos defendidos, por lo menos seis veces por año.” Por lo que es de estimar que las visitas se realicen aproximadamente cada dos meses, con el propósito de garantizar y salvaguardar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Estas visitas se registrarán en Libros de Asistencia que el Poder Judicial deberá proporcionar al INISA, en los que se asentará fecha y hora de la asistencia y la identidad de los adolescentes visitados. Será competencia de la Dirección Nacional de la Defensa Pública el contralor de las visitas referidas por parte de los Defensores (Acordada de la scj No. 7918 de 4 de setiembre de 2017).

IX. Rol del INISA

Por Ley 19.367 de 2016 se crea el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente [INISA] como servicio descentralizado que se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Desarrollo Social (artículo 1). La Institución tiene por objetivo esencial “la inserción social y comunitaria de los adolescentes en conflicto con la ley penal mediante un proceso psicosocial, educativo e integral, que conlleve el reconocimiento de su condición de sujetos de derecho (artículo 2).

Según lo dispuesto por el artículo 3 de la referida Ley, compete al INISA la ejecución de las medidas socioeducativas dispuestas por la justicia al amparo del artículo 78 del CNA (literal D), con la aclaración en su inciso final que todos los cometidos y facultades del Instituto deberán ser cumplidos teniendo en consideración el interés superior del adolescente y en estricta observancia de la normativa nacional e internacional en la materia. Una vez que el Juez disponga las medidas, deberá comunicarlo por escrito al INAU(3), con remisión del texto de las resoluciones o sentencias, sin cuyos requisitos el órgano destinatario no dará curso a la ejecución de la misma.

(3) Si bien la referencia es al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay [INAU], debe entenderse como efectuada al INISA en virtud de lo dispuesto por el artículo 223 del cna.

Cabe destacar que cuando existe consumo problemático de sustancias estupefacientes, se dispone por sentencia el tratamiento de dichas adicciones, rol que INISA lleva a cabo a través de la Unidad de Intervención en Consumo Problemático de Drogas [UNICOP]. El artículo 93 del CNA lo enuncia de la siguiente forma: “(Infractores con dependencia). En los casos de adolescentes infractores, que padecen dependencias alcohólicas o toxicómanas, se efectivizará la asistencia a programas de orientación y tratamiento adecuados.”

La liquidación de la medida puede efectivizarse a través del Oficio que comunica la Sentencia o ser comunicado posteriormente al Centro de privación de libertad donde se encuentra alojado el adolescente. El CPP manda efectuar la liquidación de la pena impuesta, determinando su monto y fecha de vencimiento, debiendo descontarse el tiempo de detención o de limitación de la libertad sufrida. De ella se notificará al Fiscal y al Defensor; de no deducirse oposición se tendrá por aprobada y, en caso contrario, la oposición se tramitará por la vía incidental (artículos 290 y 291). La Circular de la SCJ No. 52/04 de 10 de junio de 2004 comete específicamente a la Oficina Actuarial, la tarea de liquidación del tiempo de cumplimiento de la medida una vez firme la sentencia de condena.

X. Clasificación de los Centros de privación de libertad

El CNA establece que las medidas de privación de libertad se cumplirán en centros especiales hasta su finalización y de acuerdo a criterios, entre otros, de edad, complejidad física, gravedad de la infracción y adaptación a la convivencia (artículo 92 inciso 1º). A los efectos de los traslados de adolescentes a nivel nacional, los Centros de ejecución de medidas de privación de libertad de INISA se clasifican en tres niveles, a saber: nivel de seguridad alta, media y baja. En efecto, el artículo 3 del Reglamento para el traslado de adolescentes de INISA define en qué consiste cada nivel:

Nivel de Seguridad Alta: comprende casos en que el adolescente presente una inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, no así de meras faltas disciplinarias. Casos en que los profesionales tratantes denoten una personalidad agresiva violenta o antisocial o bien, que el traslado signifique un alto riesgo de fuga o (*sic*) otras situaciones que pongan en riesgo su integridad y la de los funcionarios intervinientes.

Nivel de Seguridad Media: refiere a casos en que la complejidad del traslado y el trato con el adolescente, no amerita activar mecanismos de seguridad excepcionales pero que concurran circunstancias personales o de convivencia que impidan en forma transitoria la normal convivencia.

Nivel de Seguridad Baja: se encuentra estrechamente relacionado al concepto de régimen abierto donde la ejecución de la medida socioeducativa prevalece notoriamente por sobre los dispositivos de seguridad.

El Reglamento Disciplinario de INISA establece que la determinación de los criterios de clasificación a los efectos de determinar el lugar de alojamiento de un joven será cometida a la autoridad administrativa, debiéndose tener en cuenta los niveles de mínima, media y máxima seguridad y Centro de Semilibertad (artículo 4). Los perfiles predefinidos por las autoridades habilitarán el ingreso a los Centros, y sólo ingresarán a un nivel de máxima seguridad, aquellos jóvenes que por razones de seguridad y convivencia así lo justifiquen, previa decisión conjunta de la Junta de Tratamiento y de la Junta de Traslado (artículo 5).

XI. Mayores de edad y cambio normativo reciente

El CNA establece expresamente que las medidas privativas de libertad consisten en la internación en establecimientos, separados completamente de los aquellos carcelarios destinados a adultos y que, en ningún caso, el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanezca sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos (artículos 88 literal A y 91).

En forma complementaria, el artículo 116 BIS del CNA dispone un régimen especial para los jóvenes cuyo proceso refiera a las infracciones gravísimas del artículo 72 y a los delitos de abuso sexual y abuso sexual especialmente agravado (artículos 272 BIS y 272 TER del Código Penal). En estos supuestos, para el caso que tengan entre 15 y 17 años deberán cumplir las medidas de privación de libertad en establecimientos especiales, separados de los adolescentes privados de libertad por el régimen general (literal D). Una vez que cumplan los 18 años, pasarán a cumplir la medida de privación de libertad en un establecimiento especial del INISA separados de los menores de edad.

Ahora bien, el artículo 92 inciso 2° del CNA sufrió un cambio normativo a partir de la Ley 20.075 de Rendición de Cuentas, Ejercicio 2021, artículo 423. En efecto, la anterior redacción de la norma disponía que las medidas privativas de libertad “En ningún caso podrán cumplirse en establecimientos destinados a los adultos”, mientras que la nueva formulación establece una excepción: “salvo cuando por cualquier motivo haya permanecido en un establecimiento destinado a los adultos para el cumplimiento de otra medida de privación de libertad.”

XII. Sanciones

El Reglamento Disciplinario de INISA prevé las sanciones que es posible establecer a los adolescentes en el marco del cumplimiento de la medida impuesta cuando cometan infracciones a las normas de convivencia. Se define como “falta disciplinaria” a la comisión intencional de alguna de las conductas establecidas expresamente en el Reglamento, clasificándose en leves, graves y gravísimas (artículo 14).

El referido Reglamento describe el elenco y se determina la dosimetría para cada tipo de sanción, a saber: faltas leves (artículos 25 y 31), graves (artículos 26 y 30) y gravísimas (artículos 27 y 29). Para el caso que la falta disciplinaria constituya delito, se efectuarán inmediatamente las investigaciones del caso a fin de dar intervención a la Justicia competente, estando a lo que esta resuelva, sin perjuicio de las medidas socioeducativas que correspondan (artículo 15).

La imposición de una sanción deberá ser notificada al adolescente y a su Defensor, a efectos de la eventual presentación de descargos. Asimismo, se deberá comunicar al Juez de la causa y a la familia del adolescente (artículos 34 y 40 del Reglamento).

Existe, asimismo, un Reglamento Provisorio del procedimiento de contención física de adolescentes privados de libertad en situación de conflicto de INISA al que no nos referiremos por exceder las intenciones de la presente publicación, pero que puede ser posible de consulta ante situaciones de inconducta en la privación de libertad.

XIII. Juntas de Tratamiento

A partir de la Circular del INISA No. 32320/15 de 14 de octubre de 2015 se inició el proceso de instalación de las Juntas de Tratamiento en los Centros de SIRPA(4). Allí se definió a las “Juntas de Tratamiento” como espacios participativos y resolutivos, donde el Personal del Centro y de otros Programas o Instituciones proyectan y evalúan el trabajo con cada joven ingresado. El objetivo de la Junta es realizar un estudio y evaluación periódica de los procesos y resultados de las medidas adoptadas sobre cada uno de los adolescentes a su cargo, asegurando así una visión integral.

Se entiende como el espacio en que confluyen la Dirección, el Personal Técnico y representantes de las Coordinaciones y Personal de atención directa. Inicialmente, es el espacio en que se diseña una propuesta de trabajo

(4) Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente: órgano desconcentrado de INAU que fuera sustituido por el INISA en el año 2016.

con cada joven (Proyecto de Atención Individual), a partir de las diferentes miradas de los actores presentes. De forma trimestral y coincidente con la elaboración de los Informes de Situación –que analizaremos *infra*–, se evalúa el proceso que cada adolescente viene desarrollando en el Centro en base a la planificación inicial.

En las Actas de las Juntas de Tratamiento se registra el lugar y la fecha en que se realiza y las personas presentes: Dirección del Centro, Sub-Dirección Programática, Equipo Técnico (Psicólogos y Procurador), personal de atención directa en la vida cotidiana del Centro (Educador y Coordinador de Turno), referentes de Programas (Educación, Salud-Salud Mental, Deporte-Recreación-Cultura, Seguridad, Inserción Social y Comunitaria) y cualquier otra persona convocada. Las Actas deben dar cuenta de los diferentes puntos de vista y los acuerdos alcanzados. Allí se puntúan los temas tratados y las conclusiones, consensos a los que se arribó, y firman los participantes.

Dentro de los abordajes en relación a cada adolescente en las Juntas de Tratamiento se destacan: cotidiano-convivencia, integración-respeto por las normas del Centro, vínculos con adultos-vínculo entre pares, vínculo con la familia, educación, salud, seguridad, PISC (Programa de Inserción Social y Comunitaria) y otros referentes institucionales o programáticos. A su vez, se contemplará el análisis de posibles medidas que pudieran solicitarse, como ser: traslado de Centro, posibilidad de ingresar a la nómina de jóvenes que acceden a las salidas laborales o por estudio, sugerencias de licencias o de cambios de medidas.

En virtud de las conclusiones de la Junta de Tratamiento en que deriven solicitudes al Poder Judicial, se elaborará el informe correspondiente, dando cuenta del proceso del adolescente y fundando el pedido que se realiza, siendo firmado por la Dirección.

XIV. Informes de Situación

En la práctica del INISA se ha denominado “Informes de situación” a los previstos por el artículo 101 inciso 1° del CNA, cuando fija a la Institución o a las autoridades de los establecimientos de internación la obligación de informar cada tres meses al Juez sobre la forma como se cumple la medida y la evolución del adolescente. Complementariamente, el artículo 3° de la Ley de creación del INISA No. 19.367 establece que ese informe debe elaborarse teniendo siempre presente el interés superior del adolescente, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 6 del CNA.

Como resultado del trabajo conjunto de las Subdirecciones Programáticas de los Centros de INISA –y con el aval de la Dirección General de Pro-

gramas-, se elaboró una guía de contenidos a tratar en estos Informes, que detallamos a continuación:

Datos del adolescente, incluyendo fecha de ingreso a la Institución y el Centro en que se encuentra.

Área jurídica. Datos del expediente, tiempo de cumplimiento de la medida, otros expedientes pendientes con su respectiva identificación e información.

Área social y familiar. Aquí está incluida la experiencia laboral del joven y su vinculación a otras instituciones, así como los aspectos de su situación familiar más relevante. Participación de los referentes afectivos y/o institucionales del joven en espacios de trabajo con el equipo de INISA.

Área pedagógica. Planificación y seguimiento de propuestas educativas formales y no formales.

Área salud. Abarca su estado de salud general, incluida la salud mental y los aspectos psicológicos y el seguimiento de indicaciones médicas. Participación en espacios terapéuticos (...)

Área vida cotidiana. Incluye actitud del joven en la dinámica del Centro y su relación con las pautas y normas. También las formas del joven de relacionarse con adultos y pares.

Responsabilización del delito. Valoración del proceso de reflexión del adolescente en cuanto a la infracción cometida.

Proyecto de atención individual del adolescente. Inicialmente, cada una de las áreas mencionadas anteriormente establece un plan de trabajo con el adolescente. En los siguientes informes, se registrarán las incorporaciones o reformulaciones de la propuesta inicial.

Los informes de situación dan cuenta fundamentalmente del proceso de los jóvenes durante el tiempo de cumplimiento de la medida, así como del trabajo en la responsabilización. En relación al “área vida cotidiana”, durante la ejecución de las medidas socioeducativas, el CNA estatuye como deberes los de respetar a los educadores, responsables y demás personas con quienes se vinculan cotidianamente y observar los reglamentos internos en cuanto a convivencia, estudio y tareas de capacitación, esparcimiento, aseo personal y de las dependencias que ocupan (artículo 102 literal B).

XV. Sugerencias de salidas

Como vimos, en el marco de la ejecución de las medidas socioeducativas, y en virtud de lo resuelto por las Juntas de Tratamiento de los Centros

de INISA, se plantea la posibilidad de llevar a cabo diversas salidas con los jóvenes privados de libertad. En todos los casos se ofrece por parte de INISA el traslado en locomoción institucional, acompañamiento de Educadores y las medidas de seguridad que se entiendan necesarias. A continuación, nos referiremos a las sugerencias de salidas más habituales, las que serán remitidas a la Defensa de los adolescentes para su presentación ante las Sedes judiciales competentes.

A. Trámites varios

A fin de poder realizar diversas gestiones que son necesarias para que no se vean vulnerados derechos básicos de los adolescentes, desde los Centros de privación de libertad se cursan este tipo de pedidos genéricos a los Defensores. Se debe solicitar a la Sede autorización para tramitar documento de identidad, credencial cívica, carnet de salud, carnet de manipulación de alimentos, entre otros. También se solicita permiso judicial para concurrir al registro de estado civil, a centros asistenciales de salud, terapéuticos, entrevistas por posibles becas de estudios y/o becas laborales, etc. Se deberá realizar la coordinación previa con cada organismo.

B. Salidas culturales, deportivas y/o recreativas

Tal como establece el artículo 89 del CNA, el régimen de privación de libertad consiste en recluir al adolescente en un establecimiento que asegure su permanencia en el recinto, sin menoscabo de los derechos consagrados en el Código, las normas constitucionales, legales e instrumentos internacionales.

En la dinámica de funcionamiento de los Centros de privación de libertad se plantean tanto situaciones en que se dispone del tiempo judicial necesario a fin de poder planificar estas actividades, como casos en los cuales las oportunidades surgen con pocos días de antelación, lo cual dificulta la posibilidad de una normal tramitación. Por tal motivo, en todos los casos en que es posible, las sugerencias se plantean caso a caso y con un tiempo prudencial para obtener los permisos judiciales correspondientes (por ejemplo, paseos al interior del país). Ahora bien, se ha empezado a trabajar en base a pedidos de autorización genéricos, por ejemplo, para idas al cine, al teatro, a complejos culturales, a eventos deportivos, entre otros, cuyos ofrecimientos se efectúan a los Centros sin disponer del tiempo necesario, y de otra forma se desaprovecharían.

Estas salidas son desde todo punto de vista favorables para el proceso de los jóvenes privados de libertad –máxime teniendo en cuenta la etapa de la vida por la que transitan– y se trata de instancias que son muy valoradas por

quienes participan de ellas. Habilitan la progresiva reintegración de los jóvenes en la sociedad, y se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 del CNA, en el sentido que todo adolescente tiene derecho intrínseco a la recreación, a la cultura y a la participación. En la mayoría de los casos, y teniendo en cuenta su corta edad, este tipo de actividades les han sido vedadas históricamente en sus trayectorias vitales, negándoseles así el acceso a la cultura.

C. Licencias familiares

El CNA establece el derecho de los adolescentes al disfrute de sus padres y familia, de lo que deriva que resulta fundamental vivir, crecer y permanecer junto a la familia como ámbito primario de socialización y su integración en la sociedad (artículos 12 y 19 literal A). La Justicia se encuentra llamada a aplicar el criterio básico de promoción de las familias, en especial de las más vulnerables, y el desarrollo del niño en el ámbito de la misma (artículo 67).

El adolescente a quien se impute haber incurrido en actos que se presumen comportan infracción a la ley penal, –y como garantía de un debido proceso–, tendrá derecho a mantener contacto permanente con su familia o responsables, salvo en circunstancias especiales (artículo 74 del CNA). De surgir la imputación, el Juez deberá tener en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia, y en caso que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, pareja, amigos, referentes afectivos y otros, si no fueren perjudiciales para él (artículo 87 del CNA).

Para el caso de sobrevenir circunstancias especiales como la enunciada, que determinen la separación del núcleo familiar, se respetará su derecho a mantener vínculos afectivos y contacto directo, salvo que ello fuere contrario a su interés superior (artículos 6 y 12 del CNA). Es un cometido del INISA promover vínculos y relaciones que el adolescente logre mantener en la situación de privación de libertad con su familia o personas cercanas que puedan significar un sostén para el proceso dentro de la Institución y para el egreso posterior (artículo 3 literal B de la Ley 19.367).

En base a los argumentos jurídicos esgrimidos *supra*, es que en las Juntas de Tratamiento de los Centros de INISA se plantea la posibilidad de sugerir salidas de licencias familiares progresivas, pensando en el plan de intervención individual y en las posibilidades de reinserción familiar y social de cada joven privado de libertad. La progresividad implica pensar, por ejemplo, en una primera salida por seis u ocho horas efectivas y, luego de evaluada, poder pensar en una segunda salida de ocho o doce horas. Para el caso de aquellos adolescentes cuyo hogar familiar se encuentre en el interior del país, se deberá planificar el usufructo de las licencias atendiendo a las frecuencias de los ómnibus que los trasladen y seguramente no puedan

insumir menos de doce horas dadas las distancias a recorrer. Una vez que los jóvenes vuelven a los Centros de INISA, se deberá cursar a la Sede Judicial el aviso de su reintegro y a la brevedad se deberá enviar la evaluación de la salida, destacando el significado que tuvo para el adolescente.

Finalmente, cabe destacar que las salidas de licencia familiar se encuentran supeditadas a su normal desenvolvimiento, nueva evaluación por parte de la Junta de Tratamiento y a la autorización judicial que se otorgue.

XVI. Libertad anticipada

El artículo 116 BIS del CNA prevé para los presuntos autores mayores de quince y menores de dieciocho años de edad, una duración mínima de la medida privativa de libertad no inferior a veinticuatro meses para determinados delitos y de no menos de doce meses para otras infracciones a la ley penal (literal B).

Por su parte, el literal C de la norma establece que una vez ejecutoriada la sentencia de condena, el infractor podrá solicitar la libertad anticipada, siempre y cuando haya cumplido efectivamente el mínimo de privación de libertad establecido en el literal B y, a su vez, superar la mitad de la pena impuesta.

XVII. Sustitución de medida o cese de medida

El artículo 94 del CNA dispone que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 116 BIS precitado, el adolescente tiene derecho a promover la sustitución, modificación o cese de la medida socioeducativa dispuesta por sentencia(5). El cese se decretará “cuando se compruebe que la medida cumplió su finalidad”, mientras que la sustitución o modificación “cuando la dispuesta ya no resulte idónea”.

El INISA elabora un informe que consiste en un asesoramiento técnico por el que se sugiere a la Sede judicial la modificación de la “pena” inicialmente impuesta, en base a elementos que surjan de la Junta de Tratamiento y que justifiquen un cese o sustitución de la medida. Ese informe se remite a la Defensa y ésta lo acompaña a su escrito judicial. El letrado patrocinante podrá hacer el pedido a partir del dictado y hasta el cumplimiento total de la sentencia, debiendo ajustarse y sustentarse de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 278 a 280 del CPP. La audiencia se celebrará a los cinco días de evacuado el traslado o de vencido el plazo para hacerlo.

(5) Cabe destacar que esta posibilidad del artículo 94 no se encuentra vedada para los procesos abreviados, en virtud de la previsión expresa del CPP (artículo 273 BIS inciso final).

Ya en 1994 la Acordada de la SCJ No. 7236 disponía para la tramitación de las solicitudes de sustitución, modificación, cese de las medidas o clausuras de las actuaciones, los informes técnicos previos que se estimen pertinentes –se trata de los informes de INISA a que ya nos referimos– y la audiencia del menor, de sus representantes legales, de la Defensa y del Ministerio Público, a los efectos del dictado de resolución fundada. Por tal motivo, resulta conveniente que, en forma previa, la Defensa recabe la opinión del Centro de internación en relación a la solicitud de modificación o cese de medida, a fin de no dilatar la resolución del incidente planteado ya que, en caso contrario, se daría vista de la solicitud al Centro de INISA previo a resolver.

Si la Resolución judicial dispusiera el cese de la medida socioeducativa, el adolescente deberá ser puesto en libertad ese mismo día. En caso de ser menor de edad, deberá establecerse contacto con sus familiares, quienes deberán hacerse responsables de ir a buscarlo, retirar sus pertenencias y prestar conformidad en relación a las condiciones en que egresa el joven de la privación de libertad (v. g. en buenas condiciones de salud).

Para el caso de resolverse la sustitución de medida, las situaciones más comunes en la práctica, son la de cambio a la medida de privación de libertad llamada “semilibertad” y la de la modificación de la medida por una no privativa de libertad denominada “libertad asistida”. A continuación, analizaremos estas dos hipótesis de cambio de medida:

A. Semilibertad

Dentro de las medidas privativas de libertad el CNA prevé –además de la reclusión en Centros de privación de libertad– la posibilidad de internación en iguales establecimientos, pero con posibilidad de gozar de “semilibertad” (artículo 88). Dicho régimen consiste en “disponer que el adolescente, cuya privación de libertad ha sido dispuesta en establecimientos, goce de permiso para visitar a su familia o para la realización de actividades externas, de ocho horas de duración, en su beneficio personal, controladas por la autoridad donde se encuentre internado.” (artículo 90 inciso 1º)

Existe un elenco de delitos para los cuales se torna inaplicable el régimen de semilibertad(6), con la salvedad que, una vez cumplida la mitad de la medida socioeducativa privativa de libertad impuesta, el juez podrá disponer su aplicación, a pedido del Defensor, previa vista fiscal y con informe favorable del INISA. De dicho informe deberá surgir “un proceso favorable

(6) Violación (artículo 272 CP), abuso sexual (artículo 272 BIS CP), abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 TER CP), privación de libertad (artículo 281 CP), rapiña (artículo 344 CP), copamiento (artículo 344 BIS CP), homicidio intencional (artículos 310-312 CP) y lesiones graves o gravísimas (artículos 317 y 318 CP).

en el cumplimiento de la medida socio educativa impuesta y de la pertinencia y eventual aprovechamiento en el proceso de rehabilitación, del régimen de semilibertad solicitado.” (artículo 90 inciso 3°).

B. Libertad asistida

El CNA determina que la “libertad asistida” consiste en “acordarle al adolescente el goce de libertad en su medio familiar y social”, siendo necesariamente apoyado por especialistas y funcionarios capacitados para el cumplimiento de programas educativos (artículo 84 literal A). El Juez determinará la duración de la medida, pudiendo ser interrumpida, revocada o sustituida, en cualquier momento de su ejecución, de oficio o a instancia de los actores y previa intervención del Ministerio Público y del Defensor.

Para el caso de disponerse el pasaje a un régimen de libertad asistida, el Centro de privación de libertad donde se encuentre alojado el joven deberá ponerlo en libertad, firmando el responsable (en caso de ser menor de edad) el compromiso de presentarse en la organización pública o privada que ejecute la libertad asistida, en una fecha y hora determinada a mantener una entrevista inicial. El incumplimiento del régimen dispuesto judicialmente podrá derivar en la revocación y retorno a la privación de libertad, por lo que es muy importante que se instruya previamente al adolescente y a su familia de la sujeción a la medida no privativa y las posibles consecuencias en caso de inobservancia.

XVIII. Medidas mixtas

El artículo 85 del CNA dispone que el juez podrá aplicar, todas aquellas medidas que entienda convenientes, siempre y cuando no se contrapongan entre sí, debiendo siempre tener en cuenta el interés superior del adolescente, el principio de proporcionalidad y la idoneidad de las medidas. La finalidad consistirá en propender al pleno desarrollo de su persona, así como sus capacidades, tendiendo a su integración familiar y social.

Cuando la Justicia imponga por sentencia “medidas mixtas”, esto es, la ejecución en primer término de una medida privativa de libertad y a continuación una no privativa de libertad, está haciendo uso de la opción brindada por la norma precitada y teniendo en cuenta el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, y por el menor tiempo posible. Existe una tendencia creciente a la adopción de estas medidas en las resoluciones judiciales, a las que podríamos llamar también “combinadas”, ya que prevén la ligazón de las dos grandes formas previstas para dar cumplimiento a las condenas por infracciones de adolescentes a la ley penal, esto es, privación de libertad, y medidas alternativas a la privación de libertad.

XIX. Posibilidad de unificación de medidas

En los casos de infracciones reiteradas cometidas por un mismo adolescente, los procesos se tramitarán ante el Juez competente de cada una de ellas hasta la sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de la unificación de las medidas impuestas, la que se realizará en vía incidental por el Juez Letrado de Adolescentes que hubiere entendido en la última infracción (artículo 116 del CNA y Acordada de la SCJ No. 7308 de 8 de noviembre de 1996). El artículo 115 del CNA prevé las posibles situaciones que se pueden plantear en lo atinente a la unificación:

Cuando deban acumularse medidas de diferente naturaleza, se procederá a discriminar unas de otras, acumulándolas a la causa del juzgado competente que entienda en el proceso de unificación, sin que opere confusión entre las mismas.

Realizada la operación anterior, el aumento a que refiere el artículo 54 del Código Penal se aplicará solo en los casos en que resulten medidas de igual naturaleza dispuestas por dos o más sentencias.

Cuando en la sentencia de unificación resultaren acumuladas medidas privativas y no privativas de la libertad, se aplicará el siguiente criterio:

- A) Si fuera posible, se cumplirán las medidas socioeducativas no privativas de libertad, durante el cumplimiento de la medida privativa de libertad.
- B) Si por la naturaleza de la medida socioeducativa no privativa de libertad, no fuese posible la aplicación del literal anterior, se cumplirán en primer término las medidas socioeducativas privativas de libertad y finalizadas que fueren, se cumplirán las socioeducativas no privativas de libertad.

Cuando las medidas privativas de libertad sean sustituidas por medidas no privativas y hubiere saldo a cumplir por parte de las primeras, se procederá a realizar una segunda unificación entre las medidas socioeducativas no privativas de libertad y el saldo a cumplir de la medida privativa de libertad que fue sustituida, aplicándose en tal caso el régimen del artículo 54 del Código Penal.

Todo lo anterior es sin perjuicio de que, alcanzada la finalidad de las medidas socioeducativas impuestas, se proceda al cese o suspensión de las mismas según fuere el caso.

Si un adolescente, de acuerdo con los informes técnicos de evaluación, hubiere cumplido con la finalidad socioeducativa impuesta en la causa por la cual se le aplicó una medida socioeducativa privativa de libertad y esta

se encontrare pendiente de unificación con otras, el tribunal competente de oficio o a solicitud de parte, traerá en vista todas las causas acumuladas para su consideración y dispondrá el cese de las medidas en cada una de ellas y el consecuente archivo de las actuaciones.

En caso de que las medidas fueren suspendidas, así se hará constar en las respectivas causas o en la causa de unificación dispuesta, dejándose constancia del saldo que resta por cumplir.

Vencido el mismo, se convocará al adolescente, su defensor y a la fiscalía, a audiencia evaluatoria, a efectos de proceder al cese de las medidas o su prosecución si así resultare necesario. En todo caso deberá computarse todo el tiempo cumplido, hasta operada la suspensión.

XX. A modo de cierre

Hemos intentando brindar al lector un panorama de los principales aspectos a tener en cuenta en lo que atañe al cumplimiento de medidas privativas de libertad por parte de adolescentes que han infringido la ley penal en nuestro país. Nos hemos representado como auditorio, fundamentalmente, a colegas abogados y a profesionales de disciplinas sociales, sin vinculación directa con la materia penal juvenil a quienes podamos aportar conocimientos básicos que hacen a esta área de actuación. Hemos pensado, asimismo, en arrojar un poco de luz o de poder complementar en algo la labor de quienes son actualmente operadores del sistema penal juvenil y que se desempeñan tanto en el ámbito público como privado. Si con alguien pudimos compartir lo que hemos aprendido, o a alguien logramos aclarar algún aspecto, estará cumplida nuestra aspiración o deseo.

Referencias bibliográficas

Leyes

Código del Proceso Penal [CPP]. Ley 19.293 de 2017. 19 de diciembre de 2014 (Uruguay).

Código de la Niñez y la Adolescencia [CNA]. Ley 17.823 de 2004. 14 de setiembre de 2004 (Uruguay).

Ley 20.075 de 2022. Aprobación de Rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. Ejercicio 2021. 20 de octubre de 2022. D.O. No. 31.048.

Ley 19.889 de 2020. Aprobación de la Ley de Urgente Consideración. LUC. Ley de Urgencia. 14 de julio de 2020. D.O. No. 30.478.

Ley 19.367 de 2016. Creación del Instituto de Inclusión Social Adolescente como Servicio Descentralizado. 27 de enero de 2016. D.O. No. 29.384.

Ley 19.334 de 2015. Creación de la Fiscalía General de la Nación como Servicio Descentralizado en sustitución de la Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación. 14 de agosto de 2015. D.O. No. 27.278.

Ley 16.226 de 1991. Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 1990. 29 de octubre de 1991.

Acordadas y Circulares de la Suprema Corte de Justicia

Acordada 8142 (Circular 38/2022). Reglamentación de la actividad prevista en el artículo 100.3 del CNA. 12 de mayo de 2022.

Acordada 8093 (Circular 179/2020). Supresión Juzgados Letrados de Adolescentes de 1º y 2º Turno y constitución de los Juzgados Letrados de Primera Instancia de Familia Especializados de 11º Turno y de 12º Turno. 3 de diciembre de 2020.

Acordada 7918. Dirección Nacional de Defensorías Públicas. 4 de setiembre de 2017.

Acordada 7796. Competencia de las Defensorías Públicas del Interior en materia de adolescentes infractores. 21 de marzo de 2014.

Circular 166/2012. Reitera el estricto cumplimiento de la Acordada 7236. 11 de diciembre de 2012.

Acordada 7517. Garantías y derechos de menores infractores o en conflicto con la ley penal. 7 de junio de 2004.

Acordada 7308. Pautas de actuación para los Jueces Letrados de Menores. 8 de noviembre de 1996.

Acordada 7268. Defensorías de Oficio de Menores. Obligación de visitar establecimientos con menores internados. 18 de setiembre de 1995.

Acordada 7257. Creación de la Defensoría de Ejecución Penal. 5 de abril de 1995.

Acordada 7236. Ordenamiento de normas en materia de menores infractores. 29 de julio de 1994.

Resoluciones de la Fiscalía General de la Nación

Resolución 939/2021. Determinación del régimen de trabajo de las Fiscalías de Adolescentes de Montevideo de 1º. y 3er. Turno. 30 de noviembre de 2021.

Resolución 879/2021. Transformación de la Fiscalía de Montevideo de Adolescentes de 2º. Turno en la Fiscalía Penal de Montevideo de Delitos Económicos y Complejos de 3er. Turno. 17 de noviembre de 2021.

Resolución 704/2017. Determinación de Fiscalías competentes para intervenir en los procesos por infracciones adolescentes. 25 de octubre de 2017.

Normativa interna de INISA

Circular 32320/2015. 14 de octubre de 2015.

Reglamento para el traslado de adolescentes. https://www.inisa.gub.uy/images/reglamento/Reglamento_traslado_adolescentes.pdf

Reglamento provisorio del procedimiento de contención física de adolescentes privados de libertad en situación de conflicto. https://www.inisa.gub.uy/images/reglamento/Reglamento_Contencion.pdf

Reglamento disciplinario. Infracciones de las normas de convivencia. https://www.inisa.gub.uy/images/reglamento/Reglamento_Disciplinario.pdf

EL DERECHO DE IMAGEN APLICADO AL DEPORTE

IMAGE RIGHTS APPLIED TO SPORTS

DIREITOS DE IMAGEM APLICADOS AO ESPORTE

YAMILA MORALES MALDONADO (*)

Fecha de recepción: 28 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 8 de julio 2023.

RESUMEN. El derecho de imagen, derecho de la personalidad, hoy en día adquirió gran relevancia a nivel general, pero a nivel del deporte aún más. Mediante este trabajo se analizará el derecho de imagen aplicado al Deporte. Partiendo desde la base de qué es lo que se entiende por imagen, para luego conocer qué es el derecho de imagen, cuál es su regulación tanto nacional como internacional, y el rol que desempeña el mismo en el mundo del deporte actual.

PALABRAS CLAVES. Derecho. Imagen. Deporte. Propiedad. Usos libres.

ABSTRACT. Image rights, as right of personality, have acquired significant relevance nowadays in general, but even more so in relation to sports. Through this paper, image rights applied to sports will be analyzed. We will start from the basis of what is understood by image, to then explore what image rights are, their national and international regulation, and their role in the world of sports today.

KEY WORDS. Right. Image. Sports. Ownership. Free uses.

RESUMO. O direito de imagem, direito da personalidade, hoje adquiriu grande relevância a nível geral, mas ainda mais a nível desportivo. Através deste trabalho o direito de imagem aplicado ao esporte será analisado. Partindo da base do que se entende por imagem, para depois compreender o que é o

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Correo electrónico: yamilamm16@gmail.com

direito de imagem, qual é a sua regulamentação nacional e internacional e o papel que desempenha no mundo do esporte na atualidade.

PALAVRAS - CHAVES. Direito. Imagem. Esporte. Propriedade. Usos livres.

Introducción

Para comenzar con este análisis, considero de gran relevancia definir qué es lo que se entiende por derecho de imagen, y, por lo tanto, que es la “imagen”.

Si tomamos una definición de la RAE, la imagen es “imagen, del latín *imāgo*, -*inis*., Figura, representación, semejanza y apariencia de algo.” (Real Academia Española, s.f.). Por lo tanto, podemos deducir de esta definición que la imagen es la apariencia de algo, ya sea de una cosa o de una persona, la imagen es eso que se exterioriza, que no es interno, algo que los demás podemos ver, representarnos, apreciar.

En ese sentido, BERDAGUER MOSCA sostiene que “Hay una primera noción clásica, y unánimemente aceptada, que entiende la imagen como la apariencia física de la persona” (BERDAGUER J. (2021)). Noción que continúa con la definición antes mencionada, haciendo referencia a aquella imagen exterior de la persona, lo visible.

Por su parte, HOWARD sostiene que:

La imagen es uno de los signos que individualizan físicamente a una persona dentro de la sociedad a la que pertenece, por lo que ineludiblemente, toda persona tiene un derecho a su imagen, y no puede concebirse que exista un orden jurídico civilizado que lo niegue (HOWARD, W. (2008)).

Por lo tanto, sabiendo que la imagen es aquello exterior de la persona, el signo más característico, que la representa e individualiza frente al resto de la sociedad, ahora debemos preguntarnos ¿Qué es el Derecho de imagen?

Derecho de imagen

El derecho de imagen es definido por BUGALLO como “un derecho personalísimo, que integra los derechos de la personalidad de cada ser humano, incontestablemente.” (BUGALLO B. (2016))

Como ya fue mencionado, Howard sostiene que toda persona tiene derecho a su imagen, y en ese mismo sentido se manifiesta BUGALLO.

Que sea un derecho de la personalidad de cada ser humano implica que, por el simple hecho de ser persona nos pertenezca a cada uno de nosotros, nos son inherentes, y los mismos están ligados a nuestra propia dignidad.

Así mismo, el derecho de imagen de una persona posee otra característica, y es que podemos disponer del mismo, es decir, podemos obtener beneficios económicos de nuestra propia imagen, porque como señala Howard, cuando disponemos de nuestra imagen, la negociamos y adquirimos beneficios económicos de ella, pero no realizamos una enajenación definitiva de la misma.

¿Cuál es el alcance del Derecho de imagen?

BUGALLO sostiene que el alcance de este derecho es más amplio que un rostro o silueta, en ese sentido afirma que "(...) Abarca no solamente el rostro, la silueta característica, sino también todo otro tipo de expresión perceptible de la personalidad de alguien, en tanto implique una relación específica con cada persona. También integran la "forma" de identificar a alguien (...) " (BUGALLO B. (2016)).

Es decir, que el derecho de imagen es más abarcativo que la simple apariencia física de una persona, pudiendo incluir su forma de vestir, su peinado, su caminar, su voz, cualquier otro rasgo o expresión que de algún modo logre distinguir a esa persona. Recuerdo que, en sus clases de Propiedad Intelectual, la profesora BUGALLO ponía de ejemplo la cara de alguien sonriendo y el sombrero gacho, y como inevitablemente todos pensábamos en Gardel, eso es un claro ejemplo de que la imagen de una persona es más amplia que simplemente su rostro o aspecto físico.

Otro claro ejemplo, ya acercando el tema al ámbito del deporte, si pensamos en una persona de cabello rizado de color rubio y bigote, es muy probable que todos pensemos en el "Pibe" Valderrama, su peinado ya integra su imagen, y se ha vuelto distintivo, a tal punto que el día que decidió cambiar su corte de pelo, el hecho fue noticia a nivel mundial, y todos los sitios webs se hicieron eco de ella, con comentarios como "El exfutbolista publicó una foto en la que se luce sin su clásica melena" publicado por el sitio web "El comercio".

Por lo tanto, entendemos que el derecho de imagen abarca todo rasgo, característica o expresión de la persona que sea lo suficientemente individualizadora de la misma.

Marco legal

En cuanto a su regulación nacional, por tratarse de derechos inherentes a la persona humana, se encuentran implícitamente regulados en los artículos 72 y 332 de nuestra Constitución. El artículo 72, establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías realizada por la Constitución no excluye a otros que sean inherentes a la personalidad humana, como lo es en este caso; por otro lado, el artículo 332 refiere a que los preceptos de

nuestra Constitución no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación específica.

Además, el derecho de imagen posee una regulación específica, aunque breve, en los artículos 20 y 21 de la Ley N° 9.739 de 1973, aún vigente, denominada Ley de Derecho de Autor.

El art. 20 de la presente Ley, establece que “Las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta, comprendido el derecho de reproducción, siempre que hayan sido ejecutados de encargo.”

Por lo tanto, surge de este artículo que cualquier forma artística que represente a una persona, es de propiedad de la persona representada, incluyendo el derecho a reproducirla, es decir, a copiarla, volverla a producir, etc, siempre y cuando esa representación surja de un encargo realizado por la persona representada.

Por ejemplo, estaríamos en dicha situación cuando un futbolista, decide realizarse fotos, y para ello contrata a un fotógrafo, es decir, le encarga a un fotógrafo que le realice esas fotografías, por lo tanto, son de su propiedad y tendrá derecho a reproducirlas, por ejemplo, publicarla en sus diferentes redes sociales.

Y continúa “Se exceptúa toda obra hecha espontáneamente por el artista, con autorización de la persona representada, en cuyo caso el autor tendrá sobre ella la plenitud de los derechos como tal.”

Sin embargo, si lo que existe es una obra espontánea, sin encargo, los derechos los conserva el autor de la obra, y no la persona que es representada, siempre que medie autorización de ella.

Siguiendo con el ejemplo, si este futbolista fuera caminando por la calle, y un fotógrafo le preguntara si puede sacarle una foto, si el jugador responde afirmativamente, esa fotografía le pertenece al fotógrafo, por ser una obra espontánea y contar con autorización. Bugallo considera que incluso si no hay una respuesta afirmativa, pero por ejemplo hay una pose por parte del sujeto a fotografiar, estaríamos de todos modos frente a una autorización.

En conclusión, este artículo 20 lo que regula es la titularidad de la forma artística que representa a una persona, centrándose en si hubo o no un encargo, y en caso de espontaneidad, si hubo o no autorización, para determinar quién será el titular de la misma.

Por otro lado, el artículo 21 establece que:

El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.

La persona que ha dado su consentimiento puede revocarlo, resarcien-
do daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científi-
cos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos
de interés público, o que se hubieren realizado en público.

El primer inciso de este artículo, refiere a la comercialización del retrato
de una persona, estableciendo que la misma se puede comercializar siem-
pre que medie consentimiento expreso de la persona, o en caso de muerte,
de sus cónyuges, hijos o progenitores.

Cuando el artículo hace referencia a consentimiento expreso, debe en-
tenderse en un consentimiento para comercializar, por lo tanto, la autori-
zación a la que hace referencia el artículo 20, que refiere a permitir esa foto-
grafía o forma artística, no sería, un consentimiento para comercializar la
obra, sino simplemente para producir esa foto o forma artística.

Sin embargo, la jurisprudencia a este respecto es variada, y en algunos
casos se ha entendido que el consentimiento a la fotografía, también im-
plicaba el consentimiento a la comercialización, porque el fin de tomar esa
fotografía no era otro que luego comercializarla (Caso Hotel Balmoral de
1993), como puede ser el caso de una campaña fotográfica de una marca
deportiva con gran variedad de deportistas, que tiene como fin vender la in-
dumentaria que ellos lucen en la foto, el consentimiento a la foto implicaría
el consentimiento a su comercialización, porque precisamente ese es el fin
por el cual la foto se lleva a cabo.

BUGALLO entiende que “La ley dice “expreso” ... no exige que sea escri-
to, ni ninguna otra formalidad en particular. De modo que puede tratarse
de la expresión indubitable de tolerancia del uso, de manera que implique
que admite conscientemente la utilización” (BUGALLO B. (2016)).

Por lo tanto, por expreso podría entenderse tanto el consentimiento ver-
bal y escrito, como también la tolerancia al uso.

Sin embargo, la jurisprudencia suele proceder de manera estricta a la
hora de evaluar que el consentimiento sea “expreso”, inclinándose por ma-
nifestaciones que resulten inequívocas, pero no significa que por ello deban
ser escritas.

En cuanto a la expresión “comercializar”, es entendida como poner en el
comercio, es decir, reproducir ese retrato a cambio de un precio, de las di-
versas maneras que ese retrato pueda ser reproducido, que, dado el avance
de la tecnología, cada vez surgen más.

Continuando con el análisis de este artículo, se establece que ese con-
sentimiento de comercialización es revocable, por la persona que lo ha
dado, debiendo en ese caso pagarse daños y perjuicios.

La mayoría de la doctrina, entiende que quien puede revocar ese consentimiento es únicamente la persona que lo brindó, en ese sentido BERDAGUER sostiene que:

Interpretado literalmente, el texto únicamente permite que la facultad de revocación sea ejercida por la persona que ha manifestado su asentimiento, lo que parece excluir la posibilidad de que otros sujetos- en especial los que adquieren legitimación post mortem (...) puedan ejercer el derecho de revocación (...)” (BERDAGUER, J. (2021)).

Por último, el inciso tercero de este artículo hace referencia a las excepciones a la regla general del consentimiento, y establece una serie de usos libres de publicación de un retrato, cuando ese retrato se relacione con fines científicos, didácticos, culturales o con hechos o acontecimientos que sean de interés público, o que se hubieren realizado en público.

En estos casos, no será necesario el consentimiento del retratado, ya que son situaciones donde se hace primar al interés general, por sobre el interés particular del retratado, siempre y cuando se esté en alguno de esos supuestos expresados anteriormente, lo que deberá evaluarse en cada caso concreto.

Por fines científicos podemos entender al empleo de esas imágenes para la investigación, lo que redundaría en beneficios para la sociedad en su conjunto; fines didácticos sería utilizar dichos retratos a nivel educativo, de enseñanza; culturales, este fin es más amplio que los anteriores, se entiende que “en esta hipótesis se encartan las actividades destinadas al mejoramiento de las facultades intelectuales y morales del hombre, considerado como individuo y como miembro de la comunidad” (FAGLIOLI, M y SANGUINETTI, L (2019) p. 193- 204).

Además, el artículo agrega hechos o acontecimientos que sean de interés público o que se realizaron en público, lo que da lugar a una amplitud de posibilidades y situaciones, por lo que se debe ser cauteloso al analizar si una situación es o no de interés público. Que sea de interés público significa que importe, interese al público, ya sea en general, o a grupos en particular, que sea noticia. Sin embargo, no cualquier interés público es considerado suficiente para que se aplique esta excepción, no alcanza con cualquier tipo de curiosidad o interés de la comunidad en general, BERDAGUER sostiene que debe ser un interés idóneo para justificar esa intromisión “(..) no se identifica con un mero interés del público, sino de un interés que es percibido como digno y respetable a partir de un enfoque objetivo (...)” (BERDAGUER, J. (2021)).

Por lo tanto, habría que observar en cada caso en concreto si estamos frente a una situación de interés público o no.

En último lugar, el artículo hace referencia a hechos o situaciones que se realizaron en público, es decir, se realizaron en lugares públicos, donde las personas los pueden ver, pero además de eso, la actitud de esas personas no es de resguardarse o esconderse, porque si esa persona se encuentra en un lugar público, pero su actitud es de reserva, de no querer exhibirse, esa situación no puede considerarse abarcada por esta excepción.

De todas maneras, la circunstancia de que una situación o hecho sea de interés general o se haya realizado en público, no permitiría poder ampararse en estas excepciones cuando se pretende utilizar ese retrato con fines publicitarios o comerciales, eso ya dejaría de ser un uso libre, así es entendido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia.

En conclusión, con lo que respecta a los usos libres, siempre debemos estar al caso concreto, analizando cada circunstancia para saber si encaja dentro de alguna de las excepciones, y además debemos tener presente que lo que comenzó siendo un uso libre, puede dejar de serlo luego, cuando se cambian los fines con los que ese retrato se pretende utilizar.

Por ejemplo, la imagen de Suarez sosteniendo y besando la Copa cuando Uruguay salió campeón de América en 2011, es un retrato de uso libre, dado a su interés general, sin embargo, si el día de mañana se pretende vender una remera con la impresión de esa imagen, desde mi punto de vista, dejaría de ser un uso libre, pasando a ser un uso comercial.

Regulación específica del derecho de imagen a nivel deportivo

Con respecto al derecho de imagen aplicado al fútbol, el Estatuto de la AUF hace referencia a este derecho en su art. 77. En dicho artículo se establece que la AUF es la titular de todos los derechos que surgen de las competiciones que la misma organiza, o de las que participan sus selecciones, sin embargo, más adelante establece que “sin perjuicio de los derechos de imagen que correspondan a los participantes de tales competencias y actos conforme a la legislación aplicable”.

Por lo tanto, podemos ver que a nivel Estatuto de AUF, se encuentra reconocido el derecho de imagen de los participantes de las competencias que ellos organizan o de las que sus selecciones participan.

Este artículo del Estatuto de AUF, es similar en cuanto al contenido, al artículo 67 del Estatuto de la FIFA, que regula los derechos en competiciones y actos, pero este último, en ningún momento hace referencia a los derechos de imagen de los participantes de sus competiciones.

Sin embargo, existe una circular de FIFA, la número 1171, denominada “Requisitos Mínimos para contratos estándar de jugadores en el fútbol

profesional”, que alude a los derechos de imagen. Así, en el punto 6.1 se establece que el jugador y el club deben ponerse de acuerdo sobre cómo van a ser explotados esos derechos, y en el punto 6.2 se recomienda que el jugador pueda explotar sus derechos de imagen por sí mismo, y que el club podrá explotar los derechos de imagen del jugador como parte del equipo.

Saliendo del ámbito del fútbol, encontramos la regulación de la Carta Olímpica, en su norma 40, donde establece que:

Los competidores, oficiales de equipo y miembros del personal de equipo que participan en los Juegos Olímpicos podrán permitir que su persona, nombre, imagen o actuaciones deportivas sean explotados con fines publicitarios durante los Juegos Olímpicos de conformidad con los principios adoptados por la comisión ejecutiva del COI.

Dicha carta, permite que los participantes (incluyendo además a los oficiales de equipo y a los miembros del personal), puedan explotar su imagen con fines publicitarios durante los Juegos.

Derecho de Imagen – Jurisprudencia

Los conflictos relacionados con los derechos de imagen no son ajenos al mundo del deporte, al contrario, dada la relevancia que el deporte reviste para las diferentes sociedades, y para el mundo en general, así como los deportistas individualmente considerados, el tema de los derechos de imagen cobra especial importancia.

La imagen de los deportistas, es quizás, de las imágenes más valiosas en el mundo en cuanto a apreciación pecuniaria, por lo tanto, los conflictos que genera son muy relevantes, dadas las sumas que están en juego. Asimismo, su imagen genera gran interés por la sociedad, siendo muchas las veces en las que se intenta hacer uso de las excepciones del art. 21, para evitar el pago de estos derechos.

A nivel nacional, contamos con varios casos destacados sobre el derecho de imagen de deportistas, hay dos que son principalmente los más conocidos, uno refiere a Obdulio Varela, y el otro a Milton Wynants.

Caso Obdulio Varela

Obdulio Varela, conocido como “El negro Jefe”, fue un futbolista uruguayo, capitán de la selección nacional durante el Mundial de 1950, donde Uruguay se consagró Campeón del Mundo, el mismo falleció en 1996.

En este caso del 2008, sucedió que una empresa fabricaba y distribuía un juego de trivia, y en el tablero del mismo, aparecía un retrato de Obdulio, al igual que en una de las cartas del juego.

Por lo tanto, la hija del futbolista y su nieto, deciden iniciar una reclamación indemnizatoria, ya que se estaba utilizando la imagen de Obdulio en un producto que se comercializaba, sin la autorización de los familiares de éste (se requeriría autorización de su “cónyuge, hijos o progenitores” debido a que el retratado había fallecido).

Como fuere mencionado, la reclamación la inicia su hija y su nieto. El art. 21 solo hace referencia a hijos, no así a nietos, sin embargo, el TAC 3º entendió que ambos tenían legitimación activa, considerando comprendidos a los demás descendientes del difunto dentro del concepto de “hijos”.

En cuanto al fondo del asunto, es decir, a determinar si hubo o no un uso ilícito de la imagen de Obdulio Varela, el Tribunal consideró que no existió uso ilícito, ya que el juego tenía un fin didáctico, encontrándose por lo tanto amparado dentro de las excepciones establecidas por el art. 21 de la Ley de Derecho de Autor.

Además, sostienen que:

el deporte está calificado en forma general como un aspecto de la cultura. (...) En suma, es un hecho notorio que la figura de Obdulio Varela forma parte del acervo cultural según el imaginario colectivo uruguayo, en tanto actuó en un deporte de masa que integra la noción de cultura bajo cualquier enfoque antropológico que se haga; y tal participación es de claro destaque y amerita la transmisión a los demás integrantes de la sociedad”. TAC 3º, (2008) Caso Obdulio Varela y Juego de Trivia 2 (Anuario de Derecho Civil Uruguayo XXXIX (2009) p. 147)

En conclusión, no se hace lugar a la reclamación de los descendientes de Obdulio por entender que el retrato del mismo se usó con fines didácticos, y que, además, el jugador forma parte del acervo cultural uruguayo, quedando su retrato comprendido dentro del uso libre de la imagen.

Asimismo, esta sentencia revista gran relevancia en cuanto a la interpretación extensiva que realiza del término “hijos” a la hora de analizar la legitimación activa de la hija de Obdulio y su nieto.

Sin embargo, existe otro caso del TAC 2º, “Caso Obdulio Varela y Juego de Trivia 1”, donde sí se hace lugar a la reclamación de los descendientes, entendiendo que la empresa que elabora y distribuye el juego persigue fines de lucro, por lo que se debió recabar el consentimiento de los descendientes, quedando la situación por fuera de los usos libres del retrato previstos por el art. 21.

Para el Tribunal, la naturaleza del juego de mesa “Trivia Royal Uruguay” es esencialmente recreativa (destinado al entretenimiento, pasatiempo, distracción, solaz y esparcimiento de los participantes), sin

perjuicio de su contenido didáctico, en atención a los temas (de interés general) a que refieren la preguntas a contestar por los jugadores.

Y la palmaria finalidad de la empresa Disma SA al poner en el mercado este juego de mesa (dentro de su giro habitual) es, a juicio de la Sala, predominantemente la obtención lícita de ganancias o utilidades (finalidad comercial), y no la de hacer estrictamente un aporte a la cultura nacional (como lo hubiera sido por ejemplo un tratado de historia deportiva uruguaya en el que se hubiera incluido la imagen del deportista Obdulio Varela).

Por ende, rige en la especie la prohibición del artículo 21 inciso 1o. de la Ley 9739 (“El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.”). (Sentencia TAC 2° 362/2007).

Caso Milton Wynants

Milton Wynants, reconocido ciclista uruguayo, en el año 2000 obtuvo una medalla de plata en los Juegos Olímpicos de Sydney. Cuando regresaba a su ciudad se encontró con carteles de bienvenida con su nombre, y el logo de un reconocido banco.

Milton Wynants decidió demandar al banco, por entender que utilizó su nombre, su imagen, con fines de publicidad. Lo que se colocó en esta pancarta de bienvenida fue el nombre del ciclista, y se consideró que el nombre individualiza a la persona, teniendo así la misma tutela que la imagen.

Por su parte, el Banco basó su defensa en el hecho de que Wynants había consentido la utilización de su nombre en dichas pancartas, sosteniendo que él estaba enterado de que el Banco iba a realizar esa acción y a pesar de ello Wynants no la cuestionó.

El TAC 6° sostuvo que era carga del Banco probar que había existido un consentimiento expreso por parte de Wynants, y que el mismo no resulto probado, concluyendo que, por lo tanto, la acción del Banco careció de consentimiento, siendo un uso ilegítimo de la imagen del retratado.

El nombre constituye una forma de identidad, de individualización de la persona humana y merece idéntica tutela que la imagen o el retrato, es decir, la que proporciona la Ley N° 9739 y, en particular, su art. 21. (...). El quid de la cuestión, pues, consiste en establecer si el actor prestó su consentimiento y si lo hizo en la forma legalmente establecida. Gamarra distingue la voluntad expresa de la tácita. Señala que la primera reviste mayor jerarquía y que la diferencia entre ambas estriba en la mayor o menor aptitud del medio empleado para exteriorizar la voluntad. Define, luego, la expresa como aquella en que la voluntad emerge

directa e inmediatamente del medio empleado, “cuando la intención del declarante se deduce directamente del comportamiento que este asume”. En cambio, la voluntad tácita se infiere de las circunstancias, “cuando la intención se deduce indirectamente del comportamiento mediante un razonamiento lógico”. Es menester recurrir a un procedimiento lógico de deducción que, interpretando la conducta asumida por el sujeto deduzca de ella su intención (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. XI, ps. 191-195). Negado el consentimiento “expreso” por parte del accionante (art. 21 inc. 1), la carga probatoria de su existencia correspondía a la parte demandada (art. 139.1 CGP). Como enseña Viera, “los hechos negativos se prueban justificando la existencia del hecho positivo contrario” (Curso de Derecho Procesal, t. II, p. 79). Desde la óptica de la norma jurídica, el onus probando recaía sobre la demandada en cuanto ésta había aducido la existencia de consentimiento. Corresponde consignar, en primer lugar, que la entidad bancaria accionada no relató -en forma clara y precisa- la forma en que el Sr. Wynants habría consentido el uso de su nombre. De forma por demás lacónica, a fs. 172 se establece tal afirmación. En el capítulo respectivo (III) y bajo el título de “El consentimiento del actor”, solo se afirma -en lo pertinente- que “Milton Wynants consintió el uso de su imagen porque siempre lo asumió como lo que fue. Una bienvenida desprendida de toda connotación económica”. Y concluye la contestación señalando que “el hecho de no haber mediado comunicación alguna... prueba inexorablemente el consentimiento de éste a la publicación efectuada...” (fs. 182-183). (Sentencia TAC 6° 293/2007).

Caso fotografía de jugadores de fútbol

Existen dos casos que refieren a fotografías de jugadores de fútbol uruguayos.

El primero, se trata de un álbum de figuritas donde se utilizó la imagen de futbolistas. El álbum y las figuritas eran gratuitos, venían de regalo con el periódico, sin embargo, se debía comprar el periódico para acceder a ellos. Además, el periódico ofrecía grandes premios entre quienes completaran el álbum, y en el mismo se auspiciaban bebidas famosas, auspicios que incluso quedaban superpuestos a los retratos de los jugadores.

En este caso, el JLC de 6° sostuvo que

JLC 6 Caso Fotografía Jugadores de Fútbol (1972) No es necesario el previo consentimiento de los jugadores de fútbol cuando la reproducción del retrato persigue un fin de información u otros fines científicos, culturales o electorales. Si bien el diario El País cumpliendo fines informativos y por razones de interés general en materia deportiva se encuentra legalmente habilitado para la reproducción de imágenes de los jugadores

de fútbol como la hacen habitualmente los periódicos, sin requerir previamente el consentimiento de estos, dicho consentimiento es necesario si las reproducciones se hicieron en forma de “álbum” accesorio al diario mismo, ofreciendo grandes premios entre concursantes que la llenaran pegando las imágenes de los jugadores de fútbol que parcial y periódicamente en el espacio reservado aparecía en el diario mencionado, álbum que además, auspiciaba una conocida bebida cuyo aviso se superponía en algunos lugares de las reproducciones.(BERDAGUER, J. (2021)).

Podemos ver que lo que comienza siendo un uso libre de la imagen, contemplado dentro de las excepciones del art. 21 de la Ley de Derecho de Autor, puede luego dejar de serlo, cuando existe un cambio en la finalidad con la que ese retrato es empleado.

En cambio, en el segundo caso de los jugadores de fútbol, que se produjo en 1995, se publica un álbum de fotografías adhesivas, que contenía retratos de jugadores, y se distribuye de manera gratuita con el periódico El Observador. Ante esta publicación, otro periódico realiza una acción de amparo contra éste, sosteniendo que había obtenido una cesión de derechos de imagen para la utilización de cromos. No son los propios retratados los que accionan, sino que es otra sociedad comercial.

En esta oportunidad TAC 2º entiende que no se configura la ilegitimidad manifiesta, que es requerida para este tipo de acciones.

Caso José María Giménez contra Pae

En el caso Josema, un Pae umbandista utilizaba en redes sociales un video de Josema de hacía muchos años (incluso en ese entonces el jugador era menor de edad), para promocionar sus servicios de “brujería” en redes sociales. Ante esto, Josema decide demandar alegando que se viola su derecho de imagen, y que, además, a raíz dicha publicidad del Pae, podrían peligrar contratos publicitarios que él tenía en ese momento con una importante marca de bebidas.

En este caso, se condena al Pae, se le exige que cese de inmediato el uso de la imagen del futbolista, y, además, se le pide a distintas redes sociales y buscadores que se bloqueen todas las referencias donde se vincule a José María Giménez con el Pae.

En función de esto, la jueza concluye que “teniendo en cuenta que el derecho de imagen es un derecho constitucional y legalmente protegido, y que también es un derecho constitucionalmente protegido la no injerencia arbitraria en la vida privada de la persona”, el pae que realiza trabajos “para el bien y para el mal” utilizó la imagen de Giménez de forma “manifiestamente ilegal”.

Así, la jueza hace lugar a la acción de amparo de Giménez y condena al pae a cesar de inmediato el uso de la imagen del futbolista por cualquier medio, “incluso su nombre, fama y prestigio”, con fines publicitarios.

La jueza pide que se gestione ante Facebook, Whastapp y YouTube que desde las cuentas de las redes sociales del pae no se publiquen imágenes de Giménez. También le pide a Google, Microsoft y Yahoo que bloqueen en sus buscadores toda referencia que vinculen a “Pay Virgino o Pay Virginio de Ogun a José María Giménez o Josema Giménez”. (ANÓNIMO, (2015)).

A raíz de estos casos, podemos observar que la jurisprudencia es variada, y que debe estarse al caso concreto para saber si la situación queda o no comprendida dentro del uso libre de la imagen, o si en cambio es necesario recabar consentimiento.

Asimismo, es claro que un retrato de un futbolista puede quedar comprendido dentro del uso libre, y luego, al cambiarse la finalidad para la que ese retrato es utilizado, puede dejar de estarlo, como es el caso de las figuritas de los álbumes antes mencionados, o como sería el caso de que utilizaran la fotografía de un jugador de la selección en un partido, para promocionar una marca, o para merchandising, sin su consentimiento.

Cesión de derechos de imagen

Como fuere mencionado, se puede disponer de los derechos de imagen, aun cuando son derechos de la personalidad, ya que el titular de los mismos no se desprende definitivamente de ellos.

Quizás a nivel mundial, los deportistas son de las personas que más negocian con su imagen, dado que el deporte adquiere una gran relevancia en la sociedad toda, y esa relevancia alcanza también a sus protagonistas. Por lo tanto, cualquier deportista podría poner en el comercio su imagen, explotarla con fines comerciales, de hecho, eso es lo que sucede en el mundo, los deportistas explotan su imagen y a cambio de ellos obtienen grandes ganancias.

El art. 21 de la Ley de Derecho de Autor, establece que el retrato de una persona no se puede poner en el comercio si no hay autorización de ésta, por lo tanto, mediando autorización, el retrato puede ser puesto en el comercio, puede realizarse una explotación patrimonial del mismo.

En cuanto al derecho de imagen, BERDAGUER entiende que existe un titular originario del retrato, de la imagen, que es el propio retratado, y por otro lado existe un titular derivado, que es quien realiza con el titular originario un negocio de transmisión o cesión, o un negocio de autorización o licencia.

El autor sostiene que existen dos modalidades mediante las que se puede disponer la explotación patrimonial del derecho de autor.

En el caso de la cesión, dice BERDAGUER, se produciría “un cambio de titularidad en el mismo, de modo que el cedente se desposee de esa titularidad”. Por lo tanto, luego de una cesión, los derechos de explotación patrimonial le corresponderán al adquirente.

Los deportistas pueden realizar cesiones de su derecho de imagen a favor de terceros, estableciendo plazos, en que formatos va a ser explotada su imagen, cuál va a ser la contraprestación que recibirán a cambio, etc.

Por otro lado, BERDAGUER, siguiendo a Delgado, habla de la autorización, y sostiene que en ese caso “la autorización simple para explotar una obra protegida por el derecho de autor es una dispensa conferida para que un tercero la explote, sin perder el autor la titularidad de las facultades patrimoniales”. (BERDAGUER, J. (2021)).

Como podemos ver, la ley solo exige un requisito para que una persona pueda explotar la imagen de otra, y es que exista “consentimiento expreso”.

Consentimiento expreso

En ese sentido, GONZÁLEZ MULLIN sostiene que se deberá ver en cada caso concreto si existió o no un consentimiento expreso, y como fue mencionado anteriormente, y de acuerdo a los casos analizados, la jurisprudencia es muy estricta a la hora de evaluar si existió o no consentimiento.

Por ejemplo, en el caso de Milton Wynants no consideraron como un consentimiento el hecho de que el ciclista no se haya comunicado con el Banco para negarse a que se coloque la pancarta, la no comunicación en contrario no es un consentimiento.

Además, como se observa en esa sentencia, la jurisprudencia considera que la carga de la prueba de que existió un consentimiento es de quien lo alega, por lo tanto, quien alegue que un deportista consintió el uso, la explotación de su imagen, deberá probarlo, sabiendo que nuestros tribunales son muy exigentes a la hora de evaluar ese consentimiento expreso.

Sin embargo, que la jurisprudencia sea exigente a la hora de evaluar el consentimiento, no significa que tenga que existir un consentimiento por escrito o que se exija algún tipo de solemnidad. El consentimiento perfectamente podría ser verbal, y no dejaría de ser expreso.

GONZÁLEZ MULLIN considera, además, que el mismo se puede acreditar a través de cualquier medio de prueba admitido por nuestro ordenamiento jurídico, a modo de ejemplo nombra el caso del Hotel Balmoral,

donde se entiende que el consentimiento a la fotografía también implicaba un consentimiento a su explotación, dado que el fin de tomar esas imágenes no era otro que ser utilizadas para publicidad.

Resumiendo, cualquier deportista podrá disponer de su derecho de imagen, estableciendo los términos de dicha explotación, así como podrán hacerlo terceras personas siempre que exista un consentimiento expreso, que no implica que sea escrito, el cual deberá ser probado por quien lo alega.

Derechos de imagen individuales

En el mundo del deporte, se entiende que existen derechos de imagen colectivos y derechos de imagen individuales.

Los derechos de imagen colectivos son “aquellos derechos que refieren a la imagen de quienes participan en el espectáculo deportivo” (GÓNZALEZ MULLIN, H (2019) p. 23 a 46).

Estos derechos, se entiende por la doctrina, que se ceden por parte de los deportistas a sus respectivos clubes.

Asimismo, los deportistas tienen su derecho de imagen individual, y en éstos nos centraremos.

El derecho de imagen individual de un deportista, puede a su vez dividirse en dos tipos, como señala GONZÁLEZ MULLIN, por un lado, está el derecho de imagen individual del deportista vinculado a la institución que lo contrató, y por otro lado el derecho de imagen individual que no tiene ningún tipo de vinculación con el club o institución que lo contrata.

El primero, es decir, el derecho de imagen individual vinculado con la institución, refiere a los derechos de imagen que tiene el deportista como integrante de esa institución. Por ejemplo, sería el caso de que un determinado cuadro de Fútbol utilice la imagen de un futbolista de su institución para promocionar el equipamiento deportivo, o un determinado partido, etc.

GONZÁLEZ MULLIN entiende que aquí se deberá estar al caso concreto para saber si el deportista cedió o no al club o institución su derecho de imagen, ya que aún en caso de que el deportista decida no cederlo, podrá de todas maneras cumplir con el contrato de trabajo que tiene con la institución. Es decir, pueden cederse o no, no se entiende que exista una cesión, como si lo hay en el caso de los derechos de imagen colectivos.

Por último, encontramos el derecho de imagen individual del deportista, que no se vincula con la institución por la que fue contratado.

En este caso, cuando se habla del derecho de imagen no vinculado a la institución, siguiendo a GONZALEZ MULLIN, se habla de la explotación que el deportista pueda realizar de su propia imagen, mediante diversos contratos con empresas o con algunas marcas.

Actualmente, casi todos los deportistas profesionales a nivel mundial explotan su imagen, llegando incluso en algunos casos a percibir más ingresos por explotación de su imagen, que por el desempeño de su profesión, como es el caso del futbolista Cristiano Ronaldo.

Su imagen, por lo tanto, es muy valiosa, lo que les exige preservarla, cuidarla, evitar escándalos, malas conductas, etc., porque una vez que deciden explotar su imagen y vincularse con empresas o marcas, su reputación influye directamente en la reputación de la marca o empresa con la que se vincularon.

Cuando una marca decide patrocinar a un deportista exitoso, éste se convierte de inmediato en embajador de su marca y por consecuencia en uno de los rostros de la misma. La relación comercial entre ambas figuras trasciende los límites de una mera transacción económica y constituye con frecuencia un vínculo mediante el cual los valores y la imagen de ambas se encuentran íntimamente entrelazados, por lo que un mal comportamiento por parte del atleta puede impactar directamente en la reputación de las empresas que le apoyan.

Los beneficios y riesgos de vincular su reputación a las acciones de una figura del deporte nacional o internacional son bien conocidos por las marcas, que cada vez toman más medidas para protegerse de ser relacionadas con las prácticas irresponsables de los atletas y con frecuencia deciden dar por terminado su vínculo antes de ser alcanzadas por los problemas. (ACOSTA, C (2016) párrafo).

Conclusiones

Luego de realizado este abordaje sobre el derecho de imagen, y específicamente sobre su aplicación en el mundo del deporte, podemos arribar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el derecho de imagen es considerado un derecho de la personalidad, y por tanto, se tiene por el simple hecho de ser persona. Como tal, se encuentra comprendido dentro de la regulación de los artículos 72 y 332 de la Constitución.

La imagen es considerada como la representación exterior de una persona, aquello que se ve, sin embargo, su alcance es más amplio que la apariencia física, puede incluir además un peinado, un estilo, una forma de vestir, la voz, el nombre, etc.

En cuanto a su regulación específica, encontramos los artículos 20 y 21 de la Ley N° 9739, quizás antigua pero aún vigente. En dichos artículos se regula por un lado el tema de la titularidad del retrato, y por otro, la explotación comercial de la imagen, la cual exige como regla el consentimiento del retratado.

Cuando hablamos de consentimiento, debemos tener presente que el mismo debe ser expreso, siendo la jurisprudencia estricta a la hora de interpretar este punto, lo que no significa que deba ser solemne, la carga de probar dicho consentimiento corresponde a quien lo alega. Asimismo, es importante destacar que el consentimiento puede ser revocado por quien lo prestó, resarcido daños y perjuicios.

Sin embargo, se establecen excepciones a la regla del consentimiento, es el caso de los usos libres, situaciones en las que no se requerirá el consentimiento del retratado, deberá estarse a cada caso concreto para ver si la situación queda o no amparada en los usos libres.

En lo que al deporte se refiere, existen regulaciones específicas en los Estatutos de AUF, en la Carta Olímpica, y en circulares de la FIFA.

En cuanto a su disposición, se puede disponer de éste, ya que el titular nunca se desprende definitivamente de su derecho. Por lo tanto, todo deportista puede explotar su imagen, ponerla en el comercio, cederla, estableciendo condiciones como tiempo, formas de explotación, contraprestación, etc.

En definitiva, este derecho es de suma importancia para los deportistas en la actualidad, ya que constituye una gran fuente de ingresos y mueve importantes sumas de dinero, lo que genera que muchas personas usen ilícitamente la imagen de deportistas para obtener réditos económicos. Por todo ello, es importante que puedan contar con una protección legal efectiva frente a los usos ilícitos que se pretendan hacer de su imagen.

En ese sentido, dada la su importancia, conviene preguntarnos si la actual regulación, que data del año 1973, se adapta a la actualidad a los efectos de comprender los nuevos mecanismos y formas de explotación de la imagen y es suficiente para la efectiva tutela y protección de este derecho.

Bibliografía consultada

BERDAGUER MOSCA, J. (2021) *Protección de la imagen en el Derecho Civil de Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria.

BUGALLO, B. (2016) La imagen y nuestros derechos. Cada vez más presente. Derecho Comercial Beatriz Bugallo. <http://derechocomercialbeatrizbu->

gallo.blogspot.com/2016/11/la-imagen-y-nuestros-derechos-cada-vez.html?m=1

BUGALLO, B. (25 de noviembre de 2016) El inciso paparazzi. Derecho Comercial Beatriz Bugallo, <http://derechocomercialbeatrizbugallo.blogspot.com/2017/12/el-inciso-paparazzi.html?m=1>

FAGLIOLI, M y SANGUINETTI, L (2019) El Derecho a la Imagen en Derecho Uruguayo - Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (35) 193- 204.

GONZÁLEZ MULLIN, H (2019) Derechos de imagen en el futbol profesional. Aspectos de interés y análisis del Proyecto de Ley en estudio en el Parlamento- Revista de Derecho del Deporte (2) pags. 23 - 46.

HOWARD, W. (2008) Derecho de la Persona. Universidad de Montevideo

IRRAZABAL, G (2013) Una reflexión actual y moderna sobre el derecho a la imagen. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (22) 181-186.

Real Academia Española. (s.f.). Imágen. En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/imagen>

Anuario de Derecho Civil Uruguayo (XXXIX) (2009) Fundación de Cultura Universitaria, pag 147.

Noticias

ACOSTA, C (2016) 10 deportistas que perdieron patrocinadores por portarse mal – Expok. <https://www.expoknews.com/10-deportistas-que-perdieron-patrocinadores-por-portarse-mal/>

ANÓNIMO (2015) Acción de amparo contra Pae umbandista por extorsionar a Josema Giménez Subrayado. Recuperado de <https://www.subrayado.com.uy/accion-amparo-contrapae-umbandista-extorsionar-josema-gimenez-n49339>

ANÓNIMO (2015) Condenan a un Pae que extorsionaba a Josema. El País. <https://www.elpais.com.uy/informacion/condenan-pae-extorsionaba-josema.html>

BLACKSHAW, I. (2019). Claves para entender los derechos de imagen en el mundo del deporte OMPI. https://www.wipo.int/ip-outreach/es/ip-day/2019/understanding_sports_image_rights.html

COMPETENCIA EN CAUSAS DIPLOMÁTICAS: UNA CUESTIÓN POR SALDAR

JURISDICTION IN DIPLOMATIC CASES: AN OPEN ISSUE

COMPETÊNCIA EM CAUSAS DIPLOMÁTICAS: UMA QUESTÃO ABERTA

BRUNO PERCIVALE BARREIRO (*)

Fecha de recepción: 24 de mayo 2023.

Fecha de aceptación: 2 de junio 2023.

RESUMEN. En este artículo planteamos que a partir de su sentencia 4628/2010, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay modificó su criterio tradicional de considerar que, de acuerdo al Art. 239 numeral 1 de la Constitución, dicho órgano posee competencia privativa para entender en litigios en los que una de las partes tiene inmunidad de jurisdicción. Explicamos que hoy por hoy se tiene por resuelto satisfactoriamente el tema de la competencia en este tipo de causas, cuando en realidad el actual criterio se apoya en la presunta solidez de una sentencia que, al ser analizada, revela graves defectos.

PALABRAS CLAVE. Inmunidad de jurisdicción. Causa diplomática. Competencia. Suprema Corte de Justicia. Derecho Internacional Público.

ABSTRACT. This paper discusses that, subsequently to judgement 4628/2010, the Uruguayan Supreme Court of Justice changed its traditional case law of having exclusive jurisdiction to hear in cases in which one of the parties has State immunity, under Section 239 paragraph 1 of the Constitution. It is explained that nowadays jurisdiction in these cases is deemed to be satisfactorily resolved when, in fact, the new case law criterion is based in a judgement that, upon review, portrays serious defects.

KEY WORDS. State Immunity. Diplomatic cause. Jurisdiction. Supreme Court of Justice. Public International Law.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Escribano Público. Maestrando en Derecho Internacional Público en la Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público en la Universidad de la República. Identificador ORCID 0009-0001-9864-8774. Correo electrónico: brunoperci@hotmail.com

RESUMO. Neste artigo nos planteamos que a partir da sentença 4628/2010, o Supremo Tribunal de Justiça do Uruguai modificou o seu critério tradicional de considerar que, de acordo com o Art. 239 numeral 1 da Constituição, esse órgão possui competência exclusiva para entender em processos nos quais uma das partes tem imunidade de jurisdição. Explicamos que hoje se tem por resolvido satisfatoriamente o assunto da competência neste tipo de processos, quando na realidade o atual critério se baseia na suposta solidez de uma sentença que, após a análise, apresenta graves defeitos.

PALAVRAS CHAVE. Imunidade de jurisdição. Causa diplomática. Competência. Supremo Tribunal de Justiça. Direito Internacional Público.

I. ¿Qué entendemos por causas diplomáticas?

Todos los años, un puñado de expedientes es caratulado de la siguiente manera: “xx c/ yy. Causa Diplomática”. De esta forma de caratular expedientes es que proviene el nombre de este trabajo.

Ahora bien, ¿Qué son estas “causas diplomáticas”? Ciertamente, no se está indicando que el proceso así caratulado tenga una determinada estructura procesal, como podría ser el caso de “juicio ejecutivo” o “divorcio por causal”.

Las causas diplomáticas tienen su señal de identidad, a grandes rasgos, en que una de las partes es un sujeto de Derecho Internacional Público (con la exclusión del Estado Uruguayo) o un diplomático acreditado por alguno de estos sujetos ante la República. Lo que amalgama a todas estas causas, es que estos sujetos poseen de acuerdo al Derecho Internacional Público la especialísima prerrogativa de la inmunidad de jurisdicción. De hecho, consideraremos como causas diplomáticas a todos los procesos que tengan como parte a un sujeto que posea esta prerrogativa, con independencia de que se lo haya caratulado como causa diplomática o no.

Este grupo de causas obtienen el apelativo de “diplomáticas” por una razón histórica: cuando se redacta la Constitución de 1830, se le encomienda a la futura Alta Corte de Justicia “conocer en las causas de Embajadores, Ministros Plenipotenciarios y demás agentes diplomáticos de los Gobiernos extranjeros”. Por ese entonces, todavía no se concebía que un Estado litigara ante la justicia de otro Estado y las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales (en adelante OII) no existían. En la segunda mitad del siglo XX otros Estados y OII empezaron a litigar ante nuestros tribunales y para designar a estas causas en la que está en juego la inmunidad de jurisdicción, se continuó hablando de causas diplomáticas.

II. La jurisprudencia tradicional en cuanto a competencia en causas diplomáticas y el impacto de la Sentencia 247/1997 de la Suprema Corte de Justicia

Debemos partir de la base de que existen dos maneras de entender la inmunidad de jurisdicción: concederle a ésta carácter absoluto o restringido. Si la inmunidad es absoluta, aquellos que gozan de ella no pueden ser demandados válidamente en ningún caso. Esta postura prevaleció en todo el mundo casi sin excepciones hasta comienzos del siglo XX.

Para la tesis de la inmunidad restringida, debe distinguirse entre actos de imperio y actos de gestión de los Estados. Los actos de imperio son aquellos que un Estado realiza en su calidad de ente soberano, como ser legislar, emitir moneda y relacionarse con otros sujetos de Derecho Internacional Público, entre muchos otros. Con respecto a esta clase de actos, los Estados gozan de inmunidad de jurisdicción total.

Por otra parte, los actos de gestión son aquellos actos que realizan los Estados que podrían también ser efectuados por particulares, como por ejemplo arrendar una propiedad, realizar actividades comerciales, contratar un trabajador local (que no tenga carácter de funcionario público), etc. Para la tesis restringida, con respecto a este tipo de actos, la inmunidad de jurisdicción no existe. Por ello, los Estados pueden por ejemplo ser demandados por no pagar alquileres de un bien que arrendaron o por incumplir un contrato comercial.

Si se adopta la postura de la inmunidad relativa con respecto a los Estados, lógicamente también se aplica la misma con respecto a sus diplomáticos. Si un Estado soberano puede ser demandado ante los tribunales de otro Estado por un asunto laboral, va de suyo que un enviado del mismo, como podría ser el caso de un embajador, también puede serlo.

La teoría de la inmunidad de jurisdicción restringida empieza por ser aplicada por tribunales italianos y belgas. En el período de entreguerras, comienza a expandirse por diferentes Estados de Europa como ser Suiza y Austria. Sin embargo, el gran vuelco llegará a finales de siglo. Particularmente entre los años setenta y noventa, se aprecia un gran empuje de la teoría de la inmunidad restringida: la misma es adoptada por los Estados Unidos (1976) y Gran Bretaña (1978), a los que les siguen una gran cantidad de Estados.

En el Uruguay, hasta fines de la década de los noventa, prevaleció la teoría de la inmunidad absoluta. En virtud de ello se entendía que tanto los Estados como los diplomáticos tenían siempre inmunidad de jurisdicción, no importando cual fuera el asunto.

La Suprema Corte de Justicia modifica su criterio y se pliega a la teoría de la inmunidad de jurisdicción restringida con la sentencia interlocutoria 247/1997 de 18 de abril de 1997, donde se declara competente para entender en un asunto laboral en el cual la demandada era la embajada de México.

En dicho fallo se expone que la inmunidad de jurisdicción es un instituto de creación consuetudinaria y se explica, que, de manera gradual a lo largo del siglo XX, la teoría clásica de la inmunidad en su vertiente absoluta va dando paso a la generalización de la inmunidad de jurisdicción en su variante restringida con su distinción entre actos de imperio y de gestión.

La Corte hace mención a una antigua sentencia suya de los años sesenta que recayó en los autos caratulados “Sociedad Europea de Estudios y Empresas S.A. c/ Yugoslavia.” En dicho fallo la Corte rechazó la tesis restringida de la inmunidad con el argumento de la misma que no era seguida por el grueso de la comunidad internacional, y por eso, entendió que debía inclinarse por la aceptación de la teoría tradicional de la inmunidad absoluta ya que no había existido un cambio en la costumbre internacional.

En la sentencia 247/1997, la Suprema Corte afirma que las circunstancias habían cambiado en los más de treinta y cinco años que separan un fallo y otro. Ilustra el contraste con una cita a una sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina, donde se dice que:

ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad. Prueba de ello son los textos legislativos modernos que se enrolan claramente en la teoría restrictiva, tales como la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados” (1972), la Foreign Sovereign Immunities Act” de los Estados Unidos (1976), la “State Immunity Act” de Gran Bretaña (1978), entre muchos otros. (Suprema Corte de Justicia, 1997)

Según el mismo fallo, habiendo arribado a la conclusión de que “La reclamación laboral que motiva este juicio está sustentada en un acto iure gestionis que debe ser dilucidada por los Tribunales Nacionales.”, la Corte se expide sobre el tribunal competente, diciendo que “No cabe duda que el Tribunal llamado a intervenir en autos es la Suprema Corte de Justicia” ya que el asunto está incluido dentro de su competencia originaria, por lo cual resuelve asumir competencia para continuar entendiendo en autos.

III. El cambio de jurisprudencia: Sentencia 4628/2010 de la SCJ

En la actualidad se asume como un asunto ya laudado que la Suprema Corte de Justicia no tiene competencia privativa en materia de causas diplomáticas, tomando como referencia la sentencia 4628/2010 de la Corte.

Si se entiende que juzgados diferentes de la Suprema Corte de Justicia tienen competencia en este tipo de causas, ello tendría que argumentarse debidamente y no remitirse sin más trámite a ese fallo, del que se repiten una y otra vez expresiones que no son correctas.

Como ejemplos recientes de sentencias que se remiten a la sentencia 4628/2010 de la Corte citando la misma, tenemos la sentencias SEF-0511-000099/2015 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno, 172/2017 y 235/2021 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno, y las interlocutorias 2046/2015 y 1547/2017, 1164/2019, 2280/2019, 2430/2019, 41/2020, 1584/2020 de la Suprema Corte de Justicia.

Los principales argumentos que manejó la Corte en la sentencia 4628/2010 para cambiar su jurisprudencia histórica sobre el punto son citas de doctrina, pero de una forma que desdibuja lo que los autores invocados en apoyo de esta decisión quisieron decir. Por ejemplo, en el Considerando III se dice:

Como expresaba Couture a falta de Ley reglamentaria del art. 239 de la Constitución, ‘...frente a cada caso concreto y teniendo en cuenta la condición de las partes, así como las exenciones de que inviste el Derecho Internacional a los diplomáticos frente a la jurisdicción del país a que están acreditados, será necesario resolver si es o no aplicable la competencia privativa de la Corte y si corresponde conocer a los jueces comunes ...’ (Curso sobre el Código de Organización de Tribunales, págs. 86-87). (Suprema Corte de Justicia, 2010)

Si nos atenemos a la cita que se hace en la sentencia, parecería que COUTURE argumentara que en las causas en que esté en juego la inmunidad diplomática, es necesario resolver en cada caso concreto si se aplica la competencia privativa de la Corte o corresponde conocer a “jueces comunes”.

Sin embargo, debería llamarnos la atención que se esté ante una dicotomía entre la competencia privativa de la Corte y la competencia de “jueces comunes”. Si partimos de la base que el Maestro considera justamente que la competencia de la Corte es privativa, los “jueces comunes” para entender en este tipo de causas deberían ser los propios ministros de la Suprema Corte de Justicia. La otra opción es que “jueces comunes” entiendan en estos casos en algunas ocasiones en lugar de la Corte, pero su competencia ya no sería privativa.

Pues bien, ¿cómo debemos entender esta frase? En realidad, si acudimos a la obra de COUTURE citada, nos encontramos con que la cita está incompleta. El original dice:

Frente a cada caso concreto, y teniendo en cuenta la condición de las partes, así como las exenciones de que inviste el derecho internacional

a los diplomáticos frente a la jurisdicción del país en que están acreditados, será necesario resolver si es o no aplicable la competencia privativa de la Corte y si corresponde conocer a los jueces comunes o si corresponde acudir a la jurisdicción del país a que pertenece el diplomático. (COUTURE, 1936 p. 307)

Los “jueces comunes” son, de acuerdo a la lógica, los jueces del fuero nacional, es decir, los ministros de la Suprema Corte. Por otra parte, “los no comunes” (por llamarlos de alguna manera) serían los de la justicia del Estado extranjero del que el diplomático es nacional. Si leemos la frase de COUTURE entera, lejos de abonar la nueva jurisprudencia de la Corte, se pronuncia claramente por la tesis tradicional, aquella que postula que la Suprema Corte de Justicia es el único órgano jurisdiccional competente para entender en esta clase de demandas.

En la misma línea de invocar doctrina para el cambio de jurisprudencia sin tomar en cuenta la real opinión de los mismos, más adelante, en el Considerando IV se dice:

En tal sentido, dicha conclusión se impone, por distintos fundamentos. En primer lugar, porque la necesidad que tal asunto sea juzgado por un Tribunal determinado en el Estado receptor, para el caso el Tribunal Supremo, no es considerado por las normas consuetudinarias y/o convencionales como privilegio diplomático (cf. ARBUET VIGNALI, Anuario Uruguayo de Derecho Internacional T. IV 1965/66 págs. 448 y ss.; Lecciones... T. I págs. 38 y ss.). (Suprema Corte de Justicia, 2010)

Utilizar una frase del Dr. ARBUET para sostener este cambio de jurisprudencia es un gran desatino, ya que su postura en contra es de sobra conocida. Por si quedara alguna duda, en el mismo artículo del que la Corte extrae su cita, se encuentra el verdadero pensamiento del autor sobre el asunto, por lo que el error se torna inexcusable:

Creemos que el constituyente al incluir los cinco casos del art. 239 inc. 1º, en la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia, tuvo en cuenta, entre otras posibles razones, la trascendencia y repercusión que puede tener la solución de cualquier problema planteado respecto a ellos. Se hace necesario por esta razón que las controversias suscitadas en estos casos, sean resueltas por un único Tribunal y que este posea la más alta jerarquía dentro de la República, para que así se den las mejores condiciones para sentar una jurisprudencia congruente, uniforme y armónica en materias consideradas importantes. (ARBUET, 1965-66 p.449-50)

Continuando con sus argumentos sobre por qué cambiar su jurisprudencia, la sentencia dice que se hace “En segundo término, porque el resultado de ese tipo de causas (forzoso es reconocer que su trascendencia se

limita a las partes) no puede de ninguna manera comprometer la responsabilidad del Estado uruguayo;" (Suprema Corte de Justicia, 2010).

Sin embargo, ARBUET, en el mismo artículo ya citado por la Corte, contradice el punto de manera rotunda:

Es normal que en cada país existan varios tribunales de inferior jerarquía para resolver las contiendas promovidas en cada materia, tribunales que tomarán turno según determinantes territoriales, temporales, etc. Esta situación ambienta la posibilidad de que un hecho idéntico, realizado por dos agentes diplomáticos que gozan de un mismo "status" y que actuaron en igual forma pero que han sido acreditados en la República por dos Estados diferentes, puedan ser juzgados en una misma época por dos jueces distintos, aunque de igual jerarquía, los que por tener disímil criterio sobre un punto jurídico discutible fallen el uno absolviendo y el otro condenando.; cuando estos casos ocurren en el ámbito interno y se agotan en él, no tienen repercusiones especiales, pero si trascienden al ámbito internacional y son considerados desde la perspectiva del derecho diplomático, pueden configurar un tratamiento discriminatorio para los estados involucrados, tratamiento prohibido por el derecho diplomático y susceptible de generar en la esfera internacional, la responsabilidad del estado actuante.

En conclusión: desde el punto de vista del Derecho Diplomático, la competencia originaria atribuida a la Suprema Corte de Justicia cuando se trata de entender en las causas de los diplomáticos no configura un privilegio de estos sino que es un mecanismo a través del cual el estado uruguayo trata de obtener el máximo de seguridades, en casos en que se adoptan decisiones jurisprudenciales cuyos efectos no solo repercutirán "inter partes" en el ámbito interno, sino que también trascenderán al ámbito internacional, pudiendo generar consecuencias para la República considerada ésta como sujeto del derecho internacional, frente a los otros sujetos de este ordenamiento, los demás Estados y las Organizaciones Internacionales. (ARBUET, 1965-66 p.451-52).

Lo que expresara ARBUET en el artículo arriba transcrito no es simple teoría. Por ejemplo, en el expediente IUE 2-20767/2019 la embajada de Corea por nota diplomática fechada el primero de septiembre de 2021 presentada en esos autos, ha dicho que consideraría discriminatorio que respecto a ella se llevaran a cabo medidas de ejecución cuando en la Sentencia 605/2018 se dijo respecto de la embajada de Chile que tales medidas no procedían.

Que un juez desconozca principios fundamentales del Derecho Internacional Público y con ello perjudique la imagen de nuestro país no es algo meramente imaginario. Tenemos por ejemplo en la ficha IUE 2-3394/2010 el caso de un diplomático acreditado por la Unión Europea ante el Uruguay y el Paraguay, al cual se le cerraron las fronteras por una pensión alimenticia,

enterándose de la medida cuando funcionarios del Ministerio del Interior no le permitían acceder a su vuelo en el aeropuerto.

Además, como dicen González, Balmaceda y Slinger, que el Tribunal competente no sea la Suprema Corte de Justicia de forma privativa, sino que se acuda a las normas distributivas de competencia ordinarias puede ser un paso en falso que produzca confusas situaciones que entorpezcan el acceso a la justicia:

Véase por ejemplo, la sentencia SCJ N°4197/011 de la SCJ, en la cual se entendió que la disparidad de criterios en cuanto a la competencia para atender un reclamo contra un organismo internacional colocó al justiciable en una situación de imposibilidad de acceso a la justicia, en tanto: I) inicialmente, el juzgado letrado de primera instancia en lo civil remitió los autos a la SCJ a efectos del análisis de la jurisdicción del caso; II) la SCJ resolvió no asumir competencia, considerando que la competencia era del Juzgado Letrado; III) el Juzgado letrado resolvió desestimar la demanda por falta de jurisdicción, atento a la inmunidad invocada por la demandada; IV) el tribunal de Apelaciones confirmó con discordia la sentencia de primera instancia, entendiendo que se estaba ante una situación de competencia originaria y exclusiva de la SCJ (Art. 239 n°1); todo lo cual determinaba que ninguno de los tribunales se entendiera competente.

Por tanto, en recurso de casación la SCJ anuló el fallo y ordenó que el Juzgado Letrado se pronunciara sobre el fondo del asunto, remitiéndose a lo ya resuelto respecto a que la cuestión litigiosa no estaba incluida en el ámbito de su competencia originaria, y en particular remarcando que se estaba incurriendo “en una situación de indefensión o de práctica imposibilidad de acceso a la justicia, porque si ocurre ante la Suprema Corte ésta se declarará incompetente, y si lo hace ante el Juzgado Letrado de primer grado, este rechazará in limine la pretensión por entender que carece de jurisdicción. (González, Balmaceda y Slinger, 2016)

La Corte emplea como tercer fundamento de su sentencia 4628/2010 que en el inciso segundo del numeral primero del Art. 239 de la Constitución se dice que “será la Ley quien disponga sobre las instancias que haya de haber”, y que como esta ley interpretativa no existe debe acudir al Art. 332 de la Constitución que dice lo siguiente:

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas. (Suprema Corte de Justicia, 2010)

Este artículo claramente no se aplica al punto porque no estamos ante un vacío legal que haga que derechos reconocidos por la Carta no se apliquen. A partir de la sentencia 247/1997 el derecho a tener su día ante el tribunal le es reconocido a quienes demandan a una persona física o jurídica con inmunidad de jurisdicción en los casos que el derecho internacional lo establece.

Veamos ahora el pasaje final de la sentencia, donde la Corte intenta armonizar su nueva posición con lo que establece la Constitución en el Art. 239 inciso primero:

En efecto, para que la Corte pueda entrar a conocer en un proceso en que un diplomático es parte, se debe analizar previamente si la causa que lo motiva está prevista por el “Derecho Internacional”, es decir, por normas provenientes de sus fuentes.

Y, en ese sentido, se advierte que las demandas fundadas en reclamos laborales –como la de autos- no están previstas como causa justificante de la inmunidad diplomática conforme lo dispuesto por las Convenciones sobre “Relaciones e Inmunidades Diplomáticas” y sobre “Relaciones Consulares”, aprobadas en Viena en los años 1961 y 1963 respectivamente, ratificadas en nuestro país por la Ley No. 13.774.

Al respecto, la inmunidad de jurisdicción civil a que refiere el art. 31.1 de la Convención, no debe interpretarse como inmunidad de jurisdicción en sentido amplio (esto es “no penal” y, en consecuencia, comprensiva de asuntos de materia laboral), sino estricto, pues de otra manera no se explica la inclusión de la inmunidad de jurisdicción administrativa que estaría comprendida en el sentido amplio de la jurisdicción civil (si ésta se entendiera como jurisdicción “no penal”).

Por estos motivos, la Suprema Corte de Justicia tendría competencia originaria y exclusiva, cuando se tratara la contienda de intereses de “imperio” del Estado Extranjero e, igualmente, de aquellos de “gestión”, no exceptuados de inmunidad, de acuerdo al Derecho Internacional. (Suprema Corte de Justicia, 2010)

Da la impresión que la Suprema Corte de Justicia en esta sentencia ha malinterpretado tanto el numeral primero del Art. 239 como lo que implican los actos de gestión y de imperio para el Derecho Internacional Público. De acuerdo a la cita que transcripta ut supra, la Corte entiende que tiene competencia solo cuando se juzgan actos de imperio de Estados extranjeros o actos de gestión no exentos de inmunidad, lo cual es un absurdo. Los actos de imperio, al estar tan íntimamente ligados a la soberanía del Estado que los dicta, jamás son pasibles de ser juzgados por otro Estado. Por otra parte, si un acto está catalogado como de gestión, no habría inmunidad.

IV. Conclusión

Con estos muy frágiles argumentos se dio el cambio jurisprudencial por el cual se entiende que la Suprema Corte de Justicia no tiene competencia privativa en los asuntos en que la parte demandada es un Estado extranjero u otro sujeto de derecho internacional con inmunidad de jurisdicción. Como hemos visto, esta jurisprudencia se ha mantenido en el tiempo y ha sacado este tipo de causas de la órbita de la Suprema Corte hasta el día de hoy.

De acuerdo a lo ya expuesto en este trabajo, nos parece que la normativa de distribución de competencia establece que las causas diplomáticas deben ser resueltas por la Suprema Corte de Justicia, como resultado de lo dispuesto en el Artículo 239 numeral primero de la Constitución.

En nuestra opinión, si se quiere que la Corte deje de tener esta competencia privativa debería modificarse el referido numeral del Art. 239 de la Carta en tal sentido. El gran problema práctico de esta solución es que de acuerdo al Art. 331 de la Constitución, todas las modificaciones a la misma deben pasar por un plebiscito.

No parece que valga la pena movilizar a toda la maquinaria electoral del Estado para cambiar solamente ese numeral de la Constitución. No obstante, el día en que se requiera hacer una reforma de la constitución de mayor calado, habría que aprovechar la oportunidad y modificarlo. Como vimos, el inciso de referencia es un texto oscuro y arcaico que ameritaría una nueva redacción.

Mientras tanto, valiéndonos de la vaguedad del Art. 239, de acuerdo al Art. 85 numeral 20 de la misma Constitución, se podría aprobar una ley interpretativa del mismo que disponga a texto expreso que la competencia en procesos donde el demandado tiene en principio inmunidad de jurisdicción, pero la misma no se pueda hacer valer en el caso concreto por tratarse de un acto de gestión, la competencia no será privativa de la Suprema Corte, sino que se ajustará a las normas generales de distribución.

Bibliografía consultada

ARBUET, H. (1965-66) Comentario de la sentencia 551 dictada el 29 de diciembre de 1965 por la Suprema Corte de Justicia en los autos “M.C.J.C. C/ Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C.). incumplimiento de contrato y daños y perjuicios”. Anuario Uruguayo de Derecho Internacional, 4. P. 449 a 452.

- ARBUNET, H. (1992). “Lecciones de Derecho Diplomático y Consular”. Tomo 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ARBUNET, H. (1993). “Lecciones de Derecho Diplomático y Consular”. Tomo 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- BARBOZA, J. (2008). “Derecho Internacional Público”. Buenos Aires: Editorial Zavalía.
- BROTONS, R. (2007). “Derecho Internacional”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- COUTURE, E. (1936) “Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales”. Montevideo: Jerónimo Sureda. P. 307.
- GATTO DE SOUZA, J. P. (1969). Competencia de la Suprema Corte de Justicia en causas de Derecho Diplomático. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 68.
- GONZALEZ, A. P., BALMACEDA, M. y SLINGER, L. (2016). Tendencias jurisprudenciales actuales sobre competencia e inmunidad de jurisdicción en reclamos contra organismos internacionales. *Revista CADE: profesionales y empresas*, 37. P.70.
- GUTIERREZ ESPADA, C. y CERVELL, M. J. (2017) “El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso general de Derecho Internacional Público.” Madrid: Editorial Trotta.
- HERBERT, R. (2005). Estado de la cuestión de la inmunidad diplomática en la República (a propósito de una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia). *Revista uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 6.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., ARBUET, H. y PUCEIRO, R. (2008) “Derecho Internacional Público”. Tomo 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- PASTOR RIDRUEJO, J. (2016) “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales.”. Madrid: Editorial Tecnos.
- RIVERO, J. M. (2020). “La protección de la inmunidad en el Derecho uruguayo. <http://yearbookdiplomaticlaw.com/wp-content/uploads/2020/03/Juan-Manuel.pdf>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. (Uruguay). (1997, abril 18). Sentencia 247 del 18 de abril de 1997. Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=25280>
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. (Uruguay). (2010, diciembre 22) Sentencia 4628/2010 del 22 de diciembre de 2010. Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=25272>

URUGUAY. (1967). Constitución de la República. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>

VIEIRA, M. (1978). Competencia de la Corte de Justicia en causas diplomáticas. *Revista uruguaya de Derecho Procesal*, 2.

CITACIÓN EN GARANTÍA

THIRD-PARTY SUBPOENA

CITAÇÃO DE TERCEIROS

GASTÓN VALENZUELA PIROTTO (*)

Fecha de recepción: 30 de junio 2023.

Fecha de aceptación: 24 de julio 2023.

RESUMEN. El presente artículo versa sobre una de las modalidades de intervención forzada de terceros regulada por el Código General del Proceso, la citación en garantía, analizando su evolución en nuestro ordenamiento, sus características y particularidades, así como las consecuencias de su aplicación sin el cumplimiento de los requisitos legales.

PALABRAS CLAVE. Tercerías. Citación en garantía. Demandado. Pretensión. Reembolso.

ABSTRACT. This paper discusses one of the forms of third-party forced intervention regulated by the General Procedural Code: third-party subpoena. Its evolution in our legal system, characteristics and specificities are analyzed, as well as the consequences of its enforcement upon failure to comply with legal requirements.

KEY WORDS. Third parties. Third-party subpoena. Defendant. Claim, Reimbursement.

RESUMO. O presente artigo trata da citação de terceiros, uma das modalidades de intervenção forçada de terceiros, regulamentada pelo Código Geral de Processo, analisando sua evolução no ordenamento jurídico uruguaio, suas características e particularidades, bem como as consequências da sua aplicação sem o cumprimento dos requisitos legais.

(*) Doctor en Derecho. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal en UCLAEH. Especialista en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Maestrande de Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Correo electrónico: gvalenzuela@pirotto.com.uy

PALAVRAS – CHAVE. Terceiros. Citação de terceiros. Demandado, reclamação. Reembolso.

1. Introducción

Entre las diversas modalidades de intervención de terceros, podemos distinguir dos grandes grupos, aquellas modalidades en las que el tercero voluntariamente interviene en el proceso y, aquellas en las que su participación es consecuencia del llamamiento que se le realiza.

Estas últimas, denominadas modalidades provocadas, coactivas o forzadas, pueden asimismo subdividirse de acuerdo a su particularidades y características.

En el presente se limitará el análisis a una de ellas, la citación en garantía, una de las modalidades de intervención provocada de mayor utilización en la práctica forense. Ahora bien, la regulación contenida en el CGP sobre la intervención de terceros es insuficiente y confusa lo que obliga a acudir a aportes doctrinarios y jurisprudenciales para salvar tales omisiones, y la citación en garantía no se encuentra exenta de estos inconvenientes. Ello provoca una serie de dificultades en este instituto, muchas veces aplicado sin que se reúnan los requisitos legales para su configuración, o bien, aun cuando efectivamente se verifiquen, sea ejercitada parcialmente lo que la priva de utilidad.

2. Concepto

Esta modalidad, de claro origen germánico, tiene lugar cuando el llamante tiene una acción de regreso que se añade *in eventum*, de modo que el garante resulte condenado al reintegro o indemnización si el garantizado resulta perdidoso (CHIOVENDA, 1925, p. 648).

CALAMENDREI (1962, p. 345) señalaba que cuando un tercero se encuentra obligado, por derecho sustancial, a prestar garantía a un sujeto, este puede comportarse de dos maneras: puede limitarse a llamarlo a la causa, constituyendo una simple *litis denuntiatio*, pudiendo el tercero comparecer o no; o bien, puede llamarlo en garantía.

En nuestro país, TORELLO (1990) con gran claridad la ha definido como:

el instrumento procesal que facilita, económicamente, ventilar en un mismo proceso la pretensión originaria (y que es la propuesta por el actor frente al demandado) y otra que se sobreagrega, planteada por el demandado contra un tercero (el citado en garantía), cuya causa radica en la promoción de la primera y que se funda en la existencia de una relación sustantiva entre el demandado y el citado, conforme con la cual, este úl-

timo estaría obligado a garantizar al primero, por las consecuencias perjudiciales que eventualmente le sobrevengan en razón del litigio inicial. Esa garantía actúa en un doble campo: se trata, por un lado, de lograr la actuación coadyuvante del citado en la defensa del citante, en el litigio inicial; por otro lado, se trata de obtener en la eventualidad de sucumbir el citante en el litigio inicial, que la misma sentencia imponga al citado resarcir al primero, en todo o en parte, el menoscabo patrimonial que se le deriva por la sentencia adversa que decide el conflicto inicial (p. 83).

Como se aprecia de esta definición, la finalidad de esta modalidad de intervención de terceros es múltiple. En virtud del vínculo existente entre el citante y el citado, el llamamiento se realiza a efectos de que el citado coadyuve con el citante para evitar que prospere la pretensión del actor originario pero, además, para resolver en el mismo proceso la pretensión de reembolso que ejercita el citante (lo que determina que respecto de esta pretensión tengan posiciones antagónicas), evitando de esta manera el surgimiento de un segundo proceso entre estos sujetos.

Esta no es la única finalidad del instituto, ya que como agrega TARIGO (2019, p. 336), la citación se cursa a efectos de evitar que en un proceso posterior entre los actuales citante y citado, este último alegue la excepción de defensa negligente (*exceptio mali processus*).

3. Regulación en nuestro ordenamiento jurídico

La regulación de esta figura es una innovación del CGP ya que, sin perjuicio de que esta modalidad era conocida y de la que no se dudaba su admisibilidad, carecía de regulación en el CPC(1).

En ese sentido y como releva TEITELBAUM (1974, p. 311), existían dos disposiciones que hacían referencia a esta figura. Así, el art. 36 del COT establecía “[l]os que hubiesen sido citados en garantía de cualquier especie, con motivo de un litigio, serán obligados a comparecer ante el tribunal donde penda la demanda principal”. A su vez, la Ley 13.355 de Abreviación de los Juicios en su numeral 9° del art. 5 disponía que se notificará a domicilio “al tercero, el auto que lo cita o llama para que comparezca en un procedimiento contencioso o voluntario”.

Estas dos disposiciones, que, como se aprecia, referían a competencia y a notificaciones respectivamente (la última de ellas, ni siquiera era determinante al respecto), eran las únicas que mencionaban este instituto que fue moldeándose de acuerdo a las elaboraciones doctrinarias.

(1) El CPC si contenía referencias a la obligación de saneamiento por evicción (arts. 314 y 315) que servían como fundamento para admitir la llamada en garantía en sentido amplio.

Como han postulado diversos autores, en esta hipótesis se produce una extensión del contenido del proceso verificándose un fenómeno acumulativo, ya que al inicialmente trabado entre el actor y el demandado se le agrega otro, entre el demandado y el citado (TORELLO, 1990, p. 84, VESCOVI et al., 1993 p. 172, KLETT y VAN ROMPAEY, 1993, p. 27, LANDONI et al. 2002, p. 135-136). Como consecuencia de ello, el tribunal deberá pronunciarse en una única sentencia sobre estos puntos: en primer lugar, deberá determinar si procede imponer al demandado la condena pretendida por el actor, y luego, en caso afirmativo, decidir si existe entre el demandado citante y el tercero citado una relación sustancial que determine que el tercero tiene la obligación de reintegrar al demandado todo o parte de lo abonado al actor como consecuencia de la condena recibida(2).

Por ello se ha afirmado que la citación en garantía *in eventum damnis*, es decir, sólo para el caso de producirse la condena al demandado.

3.1. Primer presupuesto

Un presupuesto de la citación en garantía es la existencia de una relación sustancial (de garantía o reembolso) entre el citante y el citado. Esta relación puede tener origen legal (por ej. arts. 24 y 25 de la Constitución de la República), o bien, origen convencional (art. 2131 del Código Civil).

Los ejemplos que pueden ponerse a tal efecto son múltiples. De acuerdo al art. 24 de la Constitución, 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. El art. 25 de la Carta agrega que cuando el daño ha sido causado por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación. En este caso, de acuerdo a los artículos citados, el órgano del Estado demandado puede citar en garantía al funcionario que ha provocado el daño al actor.

Los arts. 1324 y 1326 del Código Civil brindan otro ejemplo. Así, frente a un caso de responsabilidad extracontractual originado por el dependiente

(2) TEITELBAUM con suma claridad ejemplifica un caso en donde el reembolso es parcial. El supuesto sería el siguiente: el propietario A demanda al constructor contratista B (por demora, vicios de construcción, etc.) que cita en garantía al subcontratista C. Puede ocurrir que exista culpa concurrente entre ambos sujetos; condenándose al pago de los daños y perjuicios al primero, sólo se condena al reembolso parcial al segundo, en la medida en que la responsabilidad se divide entre ambos. (TEITELBAUM, 1988, p. 276).

de una empresa, el damnificado puede accionar contra esta que podrá citar en garantía al dependiente.

Al referirse a la naturaleza de esta relación entre citante y citado, KLETT y VAN ROMPAEY (1993, p. 27-28) consideran que no existe razón alguna para confinar el instituto a las situaciones en que se verifica una precisa vinculación convencional entre demandado y tercero llamado en garantía, y precisamente señalan como ejemplo de ello a los artículos citados de la Constitución de la República. En el mismo sentido se ha pronunciado GOMES SANTORO (2013, p. 305).

Ahora bien, independientemente de su naturaleza, debe remarcarse que esta modalidad de intervención requiere la existencia de una relación sustancial que debe ser alegada y acreditada por el citante. La jurisprudencia, en forma unánime, ha desestimado solicitudes de llamamientos de terceros en calidad de citados en garantía en donde no se aprecia la existencia de una relación entre el citante y citado(3).

3.2. Segundo presupuesto

A este primer presupuesto debe añadirse otro, la existencia de una “demanda principal” como establece el art. 30 de la LOT (Ley N° 15.750), la que se erige como un requisito imprescindible y necesario para que proceda la citación. La citación que realiza el citante no es más que un verdadero emplazamiento al tercero, razón por la cual el art. 51 refiere al citado como emplazado.

Ella debe ser ejercitada en un momento específico so pena de preclusión. Esta oportunidad precisamente es el plazo para contestar la demanda presentada por el actor (art. 51). Ello se debe a que el llamamiento de terceros es una de las posibles actitudes que puede asumir el demandado, conforme al art. 132. Como es sabido, todas las defensas que el demandado desee oponer -teniendo presente el principio de eventualidad- deben ser opuestas en forma simultánea.

(3) Véase al respecto TAC 3°, sentencia interlocutoria N° 40/2018 de 18/04/2018, ALONSO, KELLAND, OPERTTI (r); TAC 1°, sentencia interlocutoria N° 192/2023 de 31/05/2023, MESSERE (r), FRANCA, RIVAS, sentencia interlocutoria N° 349/2021 de 18/08/2021, MESSERE, VENTURINI (r), RIVAS; TAC 6°, sentencia definitiva N° 160/2021 de 29/09/2021, ALVES DE SIMAS, GOMEZ HAEDO (r), BORTOLI; del mismo tribunal y con misma integración, sentencia interlocutoria N° 298/2020 de 23/09/2020 (BJN).

4. Intervención del tercero citado

Adviértase que esta citación no es más que una verdadera demanda que realiza el demandado citante contra el tercero citado, y como tal debe reunir los requisitos que a tal efecto establece el art. 117. Ello determina no solo que deba cumplirse con la carga de la debida sustanciación, sino que además debe contener un concreto petitorio. Ello es así, en tanto las citaciones sin cumplir con la carga impuesta por el num. 4) del art. 117 así como aquellas que se realizan sin requisitoria, son liminarmente improcedentes y corresponde su rechazo inmediato, como ha postulado la jurisprudencia(4)-(5).

El citado al ser emplazado pasa a ser un verdadero demandado y tendrá los mismos derechos, deberes y cargas del demandado, como establece el art. 51. Esto tiene incidencia en distintos aspectos, como se verá.

Desde luego que el tercero puede no comparecer, recibiendo las consecuencias que apareja la incomparecencia del demandado. Ahora bien, si lo hace no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento por así vedarlo el inciso primero del art. 51.

Una primera lectura de este inciso podría llevar a pensar que ello provoca una limitación del derecho de defensa del citado, solución que afecta el debido proceso y debería ser considerada inconstitucional. Sin embargo, si se realiza una correcta interpretación del artículo ello no quiere decir que el citado no pueda oponer como excepción previa la manifiesta improponibilidad de la demanda regresiva, señalando, por ejemplo, que el citante no ha deducido una pretensión a su respecto.

Otra posible actitud que puede adoptar el citado es la de contestar contradiciendo la pretensión del actor originario, coadyuvando de esta manera con su citante.

(4) TAC 3°, sentencia interlocutoria N° 263/2010 de 1/09/2010, CHALAR, ALONSO, CARDINAL (r); TAC 1°, sentencia interlocutoria N° 53/2013 de 29/05/2013, SALVO, CASTRO, (r), VÁZQUEZ, sentencia interlocutoria N° 192/2023, MESSERE FERRARO (r), FRANCA, RIVAS GOYCOCHEA; TAC 2°, sentencia interlocutoria N° 37/2015 de 09/12/2015, FRANCA, PÉREZ (r), Sosa; TAC 6°, sentencia interlocutoria N° 51/2021, de 02/06/2021, ALVES DE SIMAS GRIMON, GOMEZ HAEDO (r), BORTOLI; TAC 4°, sentencia interlocutoria N° 210/2022 de 12/09/2022, FRANCA, LÓPEZ MONTEMURRO, BESIO (r), (BJN).

(5) Si se admite la citación en garantía aunque el citado no haya formulado a su respecto una pretensión de regreso, se dará la particularidad de que el citado estará alcanzado por la cosa juzgada y en el caso de recaer condena pueden presentarse algunos inconvenientes respecto a esa pretensión regresiva que no fue ejercitada. Asimismo, nada impediría que el citado oponga, como excepción previa, la manifiesta improponibilidad de la citación ejercitada.

Allí podría darse la situación particular de que el citado contestara contradiciendo y el citante, luego, se allanara a la demanda del actor originario. Al analizar el punto, TEITELBAUM (1988, p. 286) había señalado “*conviene señalar que nada impide que el citante B, se allane a la demanda de A, y sea condenado. Pero esa condena en nada influirá en la segunda pretensión de B contra C*”.

Ahora bien, si partimos de la base que el citado será un verdadero demandado con sus mismos derechos, deberes y cargas (art. 51), debemos concluir que se encuentra legitimado, por interés propio, a deducir defensas y ofrecer pruebas sobre la relación entre el actor y demandados originarios con la finalidad de evitar una condena de reembolso. Este punto será analizado luego al analizar la posición subordinada o autónoma del citado en garantía, bastando aquí con señalar que podrá realizar tales actos.

Por lo tanto, frente a una admisión de hechos o incluso un allanamiento por parte del citante, no podrá recaer una condena en forma automática dado que será relevante la postura adoptada por el citado. Es que un mismo hecho no puede tenerse por probado y por no probado a la vez según la actitud de estos sujetos.

En ese sentido, OLIVERA RANGEL (2013, p. 361) ha sostenido:

la única lectura que permite salvar la contradicción lógica es sostener que el cúmulo de pretensiones hace inviable el allanamiento del citante como acto dispositivo, sin la anuencia del citado en garantía [...] Resulta contrario a la unidad del proceso que exista un allanamiento con trascendencia sobre el dispositivo de la sentencia por parte de uno de los litisconsortes y una respuesta contradictoria por parte de otro con relación a los mismos hechos.

Ello encuentra respaldo en situaciones fraudulentas en las que el citante puede realizar una mala defensa a fin de ser resarcido luego en mérito a la relación sustancial que lo vincula con el citado.

Otra actitud del citado que reviste interés es su allanamiento a la pretensión del citante. Aquí, tampoco puede decirse que este allanamiento produzca efectos *per sé* obligando al citado a resarcir al citante, ya que para ello debe recaer una condena sobre este.

Quizás la actitud que mayores particularidades arroja, ante la ausencia de una regulación expresa, es el llamamiento de otros terceros por parte del citado como puede ocurrir, por ejemplo, en casos de transporte multimodal. Si se advierte, esta situación puede extenderse indefinidamente en donde cada citado realice una nueva citación en garantía, razón por la cual TEITELBAUM (1988, p. 283) postulaba que para evitar tal situación solo debía admitirse a un solo llamado de garantes. Aquí entrarían en conflicto

dos derechos fundamentales, por un lado, el derecho al acceso a la justicia y su corolario de tiempo razonable en la duración del proceso, y por otro lado, el derecho de defensa del citado. En estas situaciones el tribunal debe ser sumamente precavido para distinguir situaciones legítimas de prácticas fraudulentas tendientes a dilatar maliciosamente el proceso.

Por otro lado, la doctrina ha entendido en posición que se comparte, que el citado en garantía se encuentra vedado de asumir actitud de expectativa respecto de la pretensión de regreso ejercida por el citante; si en cambio, puede hacerlo respecto de la pretensión del actor originario (OLIVERA RANGEL, 2013, p. 363). En efecto, el citado mal podría asumir actitud de expectativa respecto de la pretensión ejercitada por el citante cuando existe, entre ambos, una relación sustantiva que obliga al primero a garantizar al segundo.

Finalmente, debe señalarse que el citado en garantía puede reconvenir ya sea contra el actor o contra el citante. Para ello, deberá estarse a las reglas que rigen la acumulación de pretensiones.

5. Estatuto jurídico del tercero citado

Llegados a este punto conviene hacer referencia acerca de cuál es la posición del tercero citado en garantía. Como se mencionó, este tercero tiene una doble calidad siendo demandado por el citante, pero por otro, es su posible coadyuvante respecto a la pretensión del actor originario. Aquí podríamos preguntarnos si ejerce una coadyuvancia simple o si esta tiene características de litisconsorcial.

En las hipótesis de coadyuvancia simple, el interés del tercero radica en el éxito de la pretensión del coadyuvado, por lo que concurre al proceso para auxiliarlo, razón por la que se ha indicado que es un interviniente secundario o accesorio ("*sub-parte*" como los denominaba ALCALA ZAMORA, citado por ABAL OLIÚ, 2016, p. 24) gozando de una situación de dependencia respecto de la parte a la que coadyuva (DEVIS ECHANDÍA, 1966, p. 412-413)(6). Es por ello que este tercero carece de legitimación en la causa para ser actor o demandado, por lo que su comparecencia no genera un litisconsorcio (en contra ABAL OLIÚ, 2016, p. 22).

En cambio, en la coadyuvancia litisconsorcial el tercero no tiene una posición subordinada y dependiente, sino autónoma como lo ha entendido mayoritariamente la doctrina (VESCOVI et al., 1993, p. 149; LANDONI SOSA et al., 2002, p. 131-132). BARRIOS DE ÁNGELIS ponía como ejemplo de parte

(6) Por ello TEITELBAUM señalaba que esta modalidad no constituye un proceso acumulativo (TEITELBAUM, J. 1973, p.167).

compuesta a la parte con tercero litisconsorte (art. 48.2), parte compuesta que se caracteriza por su relativa unidad exterior e independencia interna de todos sus sujetos. Luego indicaba que distintos componentes tienen independencia de actitud procesal, lo que determina que cada uno propondrá argumentos y pruebas o no, deducirá recursos o no lo hará, sin perjuicio de lo que decidan los demás (BARRIOS DE ÁNGELIS, 1989, p. 74).

Como se advierte, la cuestión no es menor, dado que determina el alcance y límites del campo de actuación del tercero interviniente.

En cuanto a la modalidad de intervención en estudio, la citación en garantía, la doctrina ha brindado posiciones antagónicas. Si bien algunos autores han entendido que el citado en garantía se encuentra en una posición de dependencia respecto de su citante (BELLO, 1997, p. 31 y 35), considero adecuada la postura que considera que el citado tiene una posición autónoma lo que le permite ejercer defensas aun cuando el citado no las haya realizado (VESCOVI et al., 1990, p. 190, TEITELBAUM, 1988, p. 284-285, OLIVERA RANGEL, 2013, p. 361 y 363).

Esto tiene singular relevancia tratándose de excepciones previas, concretamente de la excepción de prescripción respecto de la pretensión principal en casos en que el citante no la haya opuesto. Si bien el punto resulta por demás polémico, considero que el citado se encuentra legitimado para oponer la excepción referida a la acción del actor originario en caso de no haber sido opuesta por el citante.

Podría objetarse que el citado carece de legitimación para oponer tal excepción, no obstante, es el propio fundamento del instituto que sirve de sustento para afirmar la admisibilidad de esta defensa. En efecto, si consideramos que la citación en garantía es procedente por una razón de economía procesal (TEITELBAUM, 1988, p. 277-278)(7), debemos concluir que dicho fundamento también resulta aplicable a la oposición de la excepción por parte del citado respecto a la pretensión del actor originario cuando el citante no la haya opuesto. De esta manera no sería necesario recurrir a un segundo proceso en el que el citado, ahora convertido en actor, alegue una mala defensa u omisión dolosa del entonces citante. Con ello también se evitarían eventuales fallos contradictorios (otro fundamento del instituto).

(7) TEITELBAUM (1988, p.277-278) sostiene que los fundamentos de los procesos acumulativos son los siguientes: la economía procesal, la integridad del orden jurídico (evitar sentencias contradictorias), la pacificación social y la eficacia del proceso. Cada uno le imprime una especial regulación procesal. En el caso de la citación en garantía sostiene que tiene como principal fundamento el de la economía procesal de manera de resolver en un solo proceso dos pretensiones.

6. Citación en garantía impropia

Como fuera referido, para que la citación en garantía resulte procedente debe existir una previa relación sustancial entre citante y citado. Ahora se analizará una situación frecuente en la práctica forense según la cual se solicita el llamamiento de terceros (a la que se suele calificar como citación en garantía) respecto de los cuales se carece de toda relación ejercitando, además, una pretensión a su respecto.

Esta hipótesis, que podría denominarse citación en garantía “impropia” tiene lugar, por ejemplo, en accidentes de tránsito en donde el demandado solicita la intervención de otro sujeto por considerarlo responsable exclusivo del evento dañoso y ejercita contra él una pretensión por los daños que padeció.

Como se advierte, esta pretensión no es regresiva sino que es una pretensión propia del citante. En estos casos, el reembolso es de imposible ocurrencia porque el demandado originario será condenado si se le atribuye responsabilidad en el acaecimiento del hecho dañoso y siendo ello así, no le cabe ninguna responsabilidad al tercero.

Al tratarse de una hipótesis no prevista por nuestro CGP podría dudarse acerca de su admisibilidad. Ahora bien, nada obstaría que ese demandado promoviera un proceso diverso tendiente a obtener una condena respecto del sujeto que considera responsable del hecho dañoso y luego solicitara la acumulación de autos (arts. 323 y 324), lo que determinaría que el proceso posterior sea acumulado al primero.

A favor de tal criterio podría señalarse que tal solución sería conveniente de acuerdo a los principios de economía procesal y de integridad del orden jurídico. GOMES SANTORO (2013, p. 308) se ha pronunciado por su admisibilidad señalando que en tal situación se resolverá lo atingente a la responsabilidad de ambos sujetos y el traslado de la condena, en caso de mediar la misma.

PANUNZIO (2013, p. 336-337), por su parte, refiere a que la citación puede no contener una pretensión de reembolso sino que se ejercita a efectos de que el citado colabore en la defensa del citante y, para que quede alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. No obstante, como advierte el autor, dicha modalidad no encuadra exactamente en el instituto de la citación en garantía sino, a su criterio, como una hipótesis de denuncia del pleito.

7. Conclusión

La citación en garantía es una de las modalidades de intervención forzada de terceros que goza de mayor aplicación en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, su utilización muchas veces es consecuencia de la deficiente regulación contenida en el CGP, lo que provoca que se esgriman citaciones en garantía que, en puridad, refieren a otras modalidades de intervención.

Este instituto requiere la verificación de presupuestos para que pueda desplegar sus efectos. Esto es, debe existir una relación sustancial entre el citante y el citado que permita a aquél convocar al proceso a este sujeto. Por otro lado, la citación efectuada no es más que una verdadera demanda que dirige el citante contra el citado y, como tal, debe cumplir con todos los requisitos propios de toda demanda. Esto es, no solo basta con solicitar la citación de un tercero sino que además debe cumplirse con las previsiones del art. 117 del CGP. La jurisprudencia en postura uniforme ha desestimado solicitudes que no cumplen con la carga de la debida sustanciación así como aquellas que se ejercitan sin una requisitoria o petitorio.

El citado que interviene es, como se ha dicho, un demandado respecto del citante y, como tal, puede asumir las actitudes propias de todo demandado presentándose algunas particularidades en caso de llamamiento de otros terceros o asumir la actitud de expectativa respecto de la pretensión de reembolso.

El estatuto de este tercero que comparece al proceso se erige en otro punto objeto de debate, participándose de la postura que lo considera una coadyuvancia litisconsorcial gozando de una posición autónoma y no subordinada respecto del citante. Si bien el punto no se encuentra exento de polémica, aun cuando se participe de la postura que le concede una posición subordinada al citado, debe considerarse que ello no es obstáculo para que el tercero supla eventuales omisiones del citante respecto de la pretensión del actor originario.

Finalmente, corresponde señalar que no son pocas las situaciones en las que se solicita el llamamiento de terceros, acto que se califica como una citación en garantía que, en puridad no es tal por no cumplir con uno de los elementos para la verificación de este instituto, esto es, no existe un vínculo sustancial entre el citante y citado.

Si bien podría dudarse acerca de la admisibilidad de esta figura, parte de la doctrina se ha pronunciado en sentido afirmativo a pesar de la incorrecta calificación utilizada y de que no resulta posible un reembolso dado que no existe vínculo entre el citante y el tercero.

Bibliografía consultada

- ABAL OLIÚ, A. (2016). *Derecho Procesal*, t. II, 5ª ed., Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, D. (1989). *El proceso civil*, t. I, Montevideo, Uruguay: Ediciones Idea.
- BELLO, G. (1997). Situación procesal de los terceros en casos de intervención provocada o coactiva (Artículo 51 del Código General del Proceso. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1/1997, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- CALAMANDREI, P. (1962). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CHIOVENDA, G. (1925). *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. II, Madrid, España: Editorial Reus S.A.
- DEVIS ECHANDÍA, H (1966). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, España; Aguilar.
- GOMES SANTORO, F. J. (2013). Intervención coactiva de terceros. Diversas formas que reviste dicha llamada coactiva. En *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- GUERRA PÉREZ, W. (1999) Posibilidad de citar en garantía al codemandado. En *X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, Uruguay: Surcos.
- KLETT, S. y VAN ROMPAEY, L. (1993). La intervención coactiva de terceros en el Artículo 51 del CGP. En *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, t. XXVI, Montevideo, Uruguay: Colegio de Abogados del Uruguay.
- LANDONI SOSA, A., GARDERES, S., GOMES, F., GONZÁLEZ, M. E., VALENTIN, G. (2002). *Código General del Proceso*, vol. I, Buenos Aires, Argentina: B de F.
- OLIVERA RANGEL, G. (2013). La excepción previa de prescripción y la intervención provocada de terceros, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2013, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- OLIVERA RANGEL, G. (2013). Actitudes de los terceros convocados al proceso por la vía del art. 51 CGP. En *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- PANUNZIO, H. (2013). Intervención provocada de terceros en el C.G.P. Situaciones comprendidas por los arts. 51 y 53. Alcance subjetivo de la

- cosa juzgada. En *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- PODETTI, J. R. (2004). *Tratado de la tercería*. 3ª ed., Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- TARIGO, E. (2019). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. I, 10ª ed., Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- TEITELBAUM, J. (1973). *El proceso acumulativo*., Montevideo, Uruguay: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.
- TEITELBAUM, J. (1974). Las partes. En *Curso de Derecho Procesal*, t. I, Montevideo, Uruguay: Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo.
- TEITELBAUM, J. (1988). Régimen procesal de la citación en garantía. En *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3/1988, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- TORRELO GIORDANO, L. (1990). Litisconsorcio e intervención de terceros. En *Curso sobre el Código General del Proceso*, t. I, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- VESCOVI, E. (1988). La intervención coactiva de terceros en el proceso y sus límites, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3/1988, Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., MINVIELLE, B., SIMÓN, L., PEREIRA, S. (1993). *Código General del Proceso*, t. 2, Montevideo, Uruguay: Ábaco.

LEGISLACIÓN COMENTADA



**PRIMEROS ANÁLISIS SOBRE LA NORMATIVA
CONSAGRADA EN LEY 20141
La creación de un nuevo proceso de naturaleza
excesivamente extraordinario y otros comentarios**

FIRST ANALYSIS OF THE REGULATION SET FORTH IN LAW 20141
The creation of new exceedingly extraordinary proceedings
and other comments

PRIMEIRA ANÁLISE DO REGULAMENTO ESTABELECIDO NA LEI 20141
A criação de um novo processo super extraordinário e outros comentários

FERNANDO MORENO (*)

Fecha de recepción: 30 junio 2023.
Fecha de aceptación: 11 de setiembre 2023.

RESUMEN. Se analiza el impacto que podría provocar la vigencia de la ley a nivel de los juzgados de familia de nuestro país.

PALABRAS CLAVES. Corresponsabilidad en la crianza. Niñez. Adolescencia. Derechos. Garantías.

ABSTRACT. The impact that the entry into force of the law could have in our country's family courts is analyzed.

KEY WORDS. Shared parental responsibility. Childhood. Adolescence. Rights. Guarantees.

RESUMO. O impacto que a lei poderá ter nos tribunais de família do nosso país é analisado.

PALAVRAS CHAVE. Corresponsabilidade na criação. Infância. Adolescência. Direitos. Garantias.

(*) Doctor en Derecho y Escribano público UDELAR. Profesor titular de Derecho de las personas, bienes y modos de adquirir en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Correo electrónico: fernandomoreno@vera.com.uy

Introducción

Se analiza el impacto que podría provocar la vigencia de la ley a nivel de los juzgados de familia de nuestro país, en los diversos numerales que se exponen a continuación.

I. Declaración del legislador

La ley 20.141 fue publicada el 31 de mayo de 2023. Previo al desarrollo del articulado, el legislador formula una declaración la que se transcribe: «Declárase, de conformidad con el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 2 de setiembre de 1990 y el artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que el Estado garantiza el reconocimiento del principio de corresponsabilidad en la crianza (...)».

Es así que el Poder Legislativo, sancionando el proyecto, y el Poder Ejecutivo, promulgando con la correspondiente publicación, establecen que el Estado da garantías a la corresponsabilidad en la crianza. Pero analizando detalladamente se puede advertir que esa garantía se limita a reconocer el principio de corresponsabilidad.

Se entiende que la corresponsabilidad emerge del propio instituto de patria potestad, e incluso de normas constitucionales, pero sin perjuicio de ello, deberían ser contempladas otras garantías que podrían estar afectadas, en primer lugar, por las carencias materiales ya conocidas del sistema judicial y, además, por ciertas debilidades que presenta la reciente normativa.

En tal sentido, según la analizada ley, el Estado garantiza el reconocimiento del principio de corresponsabilidad en la crianza, principio ya consagrado sólidamente por Tristán Narvaja y Eduardo Acevedo en nuestro Código Civil, en lo vinculado al instituto de patria potestad. Surge, no obstante, en esta ley la ratificación del Estado en cuanto al deber que asume de dar garantías para la aplicación de dicho principio.

Pero cabe preguntar entonces si están dadas las plenas garantías en las estructuras colapsadas de los juzgados de familia y si se puede cumplir en juzgados que llevan adelante un desmesurado volumen de expedientes con múltiples tipos de juicios, con los acotados plazos pretendidos por el legislador.

II. Rápido repaso a los institutos y trámite regulados en la reciente ley

La ley regula en una presentación algo desordenada, institutos varios que estaban por lo menos muy ordenadamente tratados en la Ley 17.823. A saber, aborda fundamentalmente los institutos de ratificación de tenencia, recuperación de tenencia, guarda (jurídica), visitas y eventual incum-

plimiento. También legisla especialmente respecto del concepto de corresponsabilidad en la crianza. Además, regula ciertos trámites vinculados a los juzgados especializados con todo lo vinculado a la adopción de medidas cautelares provisionales. No se regulan aspectos procesales de la pensión alimenticia, y esto se analizará especialmente en un numeral dedicado a los juicios de pensión por alimentos.

Como se verá, claramente los alimentos no tienen impuesta la limitación de plazos de dictado de sentencia en ciento veinte días, como se establece en el artículo 6.

Respecto de la ratificación de tenencia, por lo menos el legislador despeja ciertas dudas que habían sido introducidas por algunos operadores. Se terminó la discusión, ya que correctamente el legislador, en el mismo artículo 6 en su parte final, estableció que el trámite de ratificación de tenencia conlleva una estructura voluntaria conforme artículo 402 y siguientes del Código General del Proceso. Y nada más habrá para discutir sobre el punto, siendo esa la solución que venían aplicando los jueces casi sin excepción.

El resto de los trámites sobre las pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento extraordinario, en estructura extraordinaria, pero con los plazos que establece el artículo 6 de la ley, y es este entonces el planteo central de abordaje en este trabajo.

III. Las garantías para el menor de edad como sujeto de derecho

La ley 20.141 establece que el menor de edad es parte en el artículo 10. Se transcribe parcialmente: «(Calidad de parte del niño o adolescente en los procesos sobre corresponsabilidad en la crianza, tenencia, guarda y visitas, y en general, en toda instancia en que deba ser oído). En los procesos sobre corresponsabilidad en la crianza, tenencia, guarda y visitas, y en general, en toda instancia en que el niño o adolescente deba ser oído, estos tendrán la calidad de parte en los procesos a todos los efectos».

Se considera innecesaria esta estipulación, que ya se derivaba sin controversias de la normativa anterior, especialmente desde el año 2004, con la vigencia de la Ley 17823.

Debe tenerse presente que el artículo 2 del Código de la Niñez establece que los menores de edad son: «(...) sujetos de derechos, deberes y garantías, y consagra: todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas».

Luego en su artículo 8 establece: «En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Po-

drá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones».

De todos modos, es notorio que existen razones de política legislativa que determinan que se reiteren conceptos como manera de destacar derechos y obligaciones. Si no fuese por dicha razón, no hubiese sido técnicamente necesario determinar en el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho, a la luz de lo consagrado por Tristán Narvaja antes de 1900, en el artículo 21 del Código Civil.

Es muy comprensible entonces la necesidad de política legislativa, como manera de enfatizar y remarcar la importancia de los conceptos.

IV. Las garantías para el menor de edad: la defensa a designar

Se regula sobre la actividad de un abogado que represente y asista al menor de edad en artículo 11, el que consagra: «En los procesos de corresponsabilidad en la crianza, tenencia y visitas y en general, en todo proceso en que el niño o adolescente deba ser oído, se le designará un abogado para que lo represente y asista».

Esto también ya estaba regulado en la Ley 17823. No obstante, existe una innovación que refiere a un aspecto casi administrativo y es la manera en que el juez debe designar abogados: «El Tribunal competente designará aleatoriamente al abogado patrocinante a partir de una lista confeccionada por el Poder Judicial». Y agrega: «Cuando sea posible, el Tribunal no asignará más de cinco casos activos a un mismo abogado. Esta limitación no se aplicará a los Defensores Públicos».

En la actualidad existe un sistema que ha dado buen resultado a través de muchos años, como ser la designación a partir de listas de profesionales que se presentaban en los juzgados previamente, y, de acuerdo a su grado de especialidad, experiencia, dedicación y capacidad técnica, iban siendo designados por los jueces. Esto así ocurrió por décadas y décadas en la materia de familia. Sin embargo, llegan modificaciones desde el Poder Legislativo.

A partir de esta ley, la Suprema Corte de Justicia deberá elaborar listas de abogados particulares para que los jueces realicen las designaciones, y no podrá haber más de cinco casos en trámite asignados a cada abogado.

Estas nóminas deberían ser conformadas con los mismos criterios fundamentales antes referidos, como ser el grado de especialidad, experiencia y el grado de compromiso de cada profesional en el relacionamiento con

múltiples casos con niños y personas mayores en situación de insania mental, a modo de ejemplo, que, por cierto, no es un aspecto fácil de determinar.

También el artículo determina un plazo para que el abogado acepte o rechace el cargo, lo cual es una correcta regulación. Seguidamente, establece que, al aceptar el profesional, deberá entrevistarse a la mayor brevedad con su patrocinado, el menor de edad, lo cual también es muy atinado.

Lo de «mayor brevedad» por supuesto que quedará una vez más en el sano criterio de los operadores y condiciones de los trámites, lo cual ya significa dejar espacios abiertos para la ocurrencia de posibles dilatorias.

El legislador determina que debe haber entrevistas en condiciones que aseguren que el menor de edad pueda expresarse libremente y sin la presencia de los progenitores o tenedores. Podrá el abogado, si las circunstancias lo aconsejan, requerir que se realicen varias entrevistas a las que el niño o adolescente asistirá acompañado sucesivamente por cada uno de los progenitores o tenedores, si fuese posible. El defensor del niño o adolescente mantendrá el contacto con su patrocinado mientras dure el proceso, informándolo de la marcha de este y recabando su opinión cuando la importancia del acto procesal a cumplir en defensa de su interés lo justifique.

Esto debe ser así, siendo el ideal de la garantía de un debido proceso y así correspondería se desarrollasen todos los procesos.

Pero a partir de la consideración de estas etapas imprescindibles para la garantía de los juicios queda de manifiesto el imposible procesal en cuanto a cumplir con los plazos tal como lo proyectó el legislador, y esto, como se expresó antes, es el planteo central de abordaje en este trabajo.

Las dificultades que podrían provocarse en los juicios son varias. No es posible insertar esta estructura de garantías (entrevistas, pericias, informes técnicos) en el exiguo plazo que estableció el legislador para culminar todo el proceso. Es comentario casi general en pasillos y oficinas de todo el país que los defensores públicos tendrán más que dificultades para realizar esta importante tarea de seguimiento de situación de centenares y miles de menores de edad. También que los jueces tendrán más que dificultades para dictar sentencias en un plazo de ciento veinte días, ya que el legislador limitó el plazo del dictado, pero mantuvo en toda su extensión los diversos plazos de toda la etapa procesal.

Son conocidas las condiciones de casi colapso de las oficinas judiciales por desmesurado volumen de casos y escaso personal, todo lo que ya existía antes de la vigencia de esta ley.

Debería analizarse la creciente judicialización de los conflictos sociales año tras año y cómo ello puede impactar en menores de edad a manera de

revictimizarlos. Existen recomendaciones que surgen en los instrumentos internacionales, legislación vigente en nuestro país, respecto a no incurrir en situaciones de revictimización e invasión del espacio psicológico y emotivo de los menores de edad. Por supuesto que el legislador considera esa protección y así lo destaca, por ejemplo, en el artículo 3 de la ley, que sustituye al 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Dice el legislador: «Sin perjuicio de ello, se deberá evitar su comparecencia reiterada e innecesaria».

Pero es que en el artículo 11 sobre la designación de abogado y entrevistas, dijo el legislador que el profesional podría «si las circunstancias lo aconsejan requerir que se realicen varias entrevistas, a las que el niño o adolescente asistirá acompañado sucesivamente por cada uno de los progenitores o tenedores, si fuese posible». En cambio, en artículo 3 antes referido había exigido que no hubiese reiteradas comparecencias.

Estas determinaciones refieren a cierto desorden legislativo, aun cuando la intención haya sido tal vez instar a que se utilice el sentido común entre los operadores judiciales, extremo que se cumple sin dudas día a día en una materia tan delicada con desarrollo de esfuerzo diario y máxima responsabilidad, en un escenario de carencias y dificultades.

Continuando con el análisis de la norma, el artículo 11 establece: «El Defensor del niño o adolescente se entrevistará además con las otras partes en el proceso, siempre con la presencia o la anuencia de sus respectivos abogados, toda vez que lo considere necesario para el mejor cumplimiento de su misión. Las entrevistas deberán realizarse todas dentro del plazo de treinta días luego de aceptado el caso. El Juez podrá requerir además la asistencia de técnicos especializados para la interpretación de la voluntad real del niño o adolescente».

En la realidad judicial las cosas no funcionan tan mecánicamente como las piensa en la teoría el legislador. Las pericias no siempre se cumplen con urgencia, las notificaciones, citaciones y convocatorias no se logran efectivizar con inmediatez, las personas citadas no son inmediatamente ubicadas. Además, los expedientes en trámite en cada sede suponen un volumen de entre cuatro mil y cinco mil expedientes en cada juzgado.

Debe entenderse que, en los juzgados tradicionales de familia, en donde se aplicará principalmente esta nueva ley, no existen equipos técnicos a disposición, los que solo actúan en forma directa y no sin dificultades con los juzgados especializados de familia que actúan en casos de urgencia, medidas cautelares, violencia doméstica y otras competencias. Disponer en un juzgado de familia no especializado la realización de una pericia o informe, o evaluación técnica o intervención de organismos como el Instituto del

Niño y Adolescente del Uruguay no es una actividad que se desarrolle con profesionales que estén a la orden y por ello lo cometido jamás se cumplirá de inmediato por múltiples razones administrativas.

Todo lo analizado, y varios aspectos más, lleva a la conclusión de que es casi un imposible procesal cumplir con los ciento veinte días pretendidos por el legislador en la normativa aprobada recientemente, en procesos llamados de «tenencia compartida», en el modo en que son identificados en el ámbito judicial.

V. Las garantías: ¿Derecho o deber de ser oído? Artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia

El antiguo artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, breve en su texto, ha sido sustituido y ahora cuenta con un texto extenso y de variadas instrumentaciones.

En aquel artículo 35 había tres soluciones en caso de controversia: mantener al menor de edad con el progenitor con el que vivió más tiempo; si tenía menos de dos años, mantenerlo con la madre; y, siempre que fuese posible, oír al niño o adolescente y su voluntad.

Esto ha cambiado. A partir de la vigencia de la Ley 20141 el artículo 35 ha sido alterado sustancialmente. Lo de oír al niño o adolescente se mantiene en la reciente ley, pero con algún detalle técnico que difiere de lo consagrado originalmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, código del año 2004. Si bien existe un derecho del niño a ser oído, conforme artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, lo que se desprende, además de su propia condición de sujeto de Derecho, hay que analizar si se regula como un derecho del niño o, en definitiva, como un deber para la instrumentación del proceso.

El artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia expresaba: «En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida». El legislador hace referencia a derechos subjetivos (anotado, a los efectos de esta presentación, con inicial minúscula para diferenciar la referencia al Derecho como ciencia anotada con inicial mayúscula). La norma, entonces, remite a otra normativa constitucional y civil, respecto de derechos inherentes a la condición de persona física.

La redacción anterior, la original del artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, rezaba: «el juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente».

Además, en el artículo 16 literal c del Código de la Niñez y la Adolescencia se establece: «Son deberes de los padres o responsables respecto de

los niños y adolescentes (...) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión».

Otra cita normativa sobre este punto es el artículo 3 de la Ley 21041 que dice: «Una vez evaluados los siguientes parámetros, y si las condiciones familiares lo permitieran, el Juez fijará la tenencia alternada o compartida en la medida en que esta resulte la mejor forma de garantizar el interés superior del niño o adolescente: A) La opinión del niño o adolescente de conformidad con los artículos 8 y 16 literal c del presente Código, la cual deberá recabarse en un ámbito adecuado y adoptándose todas las medidas para garantizar que la misma sea expresión de su voluntad reflexiva y autónoma, según su grado de desarrollo cognitivo y autonomía progresiva. Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente. Sin perjuicio de ello, se deberá evitar su comparecencia reiterada e innecesaria».

Luego de analizar este cuadro normativo comparando sus redacciones, corresponde analizar si existe un cambio en la consideración de este concepto de «oír» al niño o adolescente.

Puede concluirse que, en las redacciones establecidas a partir de 2004 en el Código de la Niñez y la Adolescencia, existía claramente especificada una obligación para el juez y un derecho del niño o adolescente.

La obligación del juez de considerar y valorar esa voluntad, y por otra parte el derecho del menor de edad de expresar o no su postura.

En la redacción actual de la Ley 20141 no se establece específicamente el concepto de derecho (subjeto) del niño o adolescente. No obstante, ese criterio debe continuar rigiendo y debe respetarse especialmente tal derecho subjetivo. La posibilidad de ser oído no supone la realización de una audiencia de interrogatorio, sino que se busca que exista un ámbito de garantía, calma y seguridad para el menor de edad entrevistado como una de las partes del proceso, pero en condiciones diferenciadas con respecto a las otras partes.

Debe continuar prevaleciendo la noción de derecho a ser oído consagrada en el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y debe encontrarse el espacio y el momento de plena garantía para lograrlo. De otra manera se atacarían las nociones reguladas en la Convención de Derechos del Niño. El rol del defensor es de especial importancia en este sentido.

VI. El proceso y las partes. El acceso. La auxilioria

El artículo 13 refiere al acceso a la Justicia para personas de bajos recursos: «Las personas de bajos recursos gozarán del beneficio de auxilioria

de pobreza previsto por el artículo 254 de la Constitución de la República, previa acreditación sumaria de sus ingresos».

Se analiza otro de los párrafos del artículo: *A los efectos de esta ley y para acceder al beneficio de auxilioria de pobreza, se consideran personas de bajos recursos a quienes perciban ingresos mensuales líquidos inferiores a 6 BPC (seis bases de prestaciones y contribuciones). Obrará como presunción de la situación de bajos recursos a los efectos de la obtención del beneficio de auxilioria de pobreza el que el patrocinio jurídico sea brindado por los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho de las universidades o institutos universitarios reconocidos, u otras instituciones que lo hacen con los mismos criterios de gratuidad. En tal caso, se deberá acompañar la información sumaria que habilitó el patrocinio gratuito.*

Este artículo, numerado con el dígito 13, ha causado confusión entre varios de los operadores que deben aplicar la norma, a pocos días de su vigencia.

Al respecto, todas aquellas personas que tengan un ingreso económico-salarial de treinta y cuatro mil pesos o menos tendrán derecho a ser consideradas personas de bajos recursos. Nada se establece sobre los recursos de su núcleo familiar, cónyuge, concubinos, sino que se analiza el ingreso propio sin dar incluso otras señales sobre la forma de indagar la veracidad del ingreso, y tan solo la ley habla de una acreditación sumaria de los ingresos.

Como sea, quien se presente como accionante de bajos recursos gozará por imperio legal del beneficio de auxilioria de pobreza. Es más, si la persona es patrocinada por un consultorio gratuito, ya existe presunción suficiente, dice el legislador, para determinar el otorgamiento del beneficio.

No surgen del análisis normativo modificaciones a la competencia de la Fiscalía de Hacienda, la que continuará interviniendo en estos trámites como hasta el momento.

Tampoco determina la norma si debe cumplirse un proceso voluntario en un expediente de Auxilioria o si, por el contrario, se dispone el beneficio de pleno derecho por aplicación de la ley.

Pero no es todo. Hay más dificultades interpretativas. Volviendo al párrafo primero del artículo 13, surge una solución más que peculiar. Se establece que: «Decretado el beneficio de auxilioria de pobreza en favor de una parte en el proceso, se extenderá a las demás, tanto al actor y demandado como a los niños y adolescentes».

Tratando de no abandonar un estilo ponderado y académico, pero sin salir de la sensación de sorpresa, procesal al menos, debe analizarse quién será entonces el defensor de la personal beneficiada con auxilioria.

Hay que determinar si será patrocinado por defensores públicos, de una defensoría con menguados recursos humanos y materiales, o puede patrocinar un abogado particular que no percibirá honorarios tal vez.

La consecuencia inmediata es que dicha persona auxiliada no abonará tributos. Lo que además hay que considerar es que también va a invocar la situación para no abonar honorarios de peritos, defensa del menor de edad y demás.

Hay que resolver entonces qué tipo de pericias se cumple y quién abonará los honorarios y gastos. Además, qué profesional asistirá al menor de edad, si serán defensores públicos o tal vez de la Universidad de la República, con sus esforzados y técnicamente destacados consultorios barriales y del Centro de Estudiantes, pero con muchos límites presupuestales. En definitiva, cabe preguntarse si el legislador examinó estas circunstancias, ya que el sistema necesita respuestas urgentes.

Cabe preguntarse si el Instituto Técnico Forense realizará todas las pericias peticionadas por la parte contraria, no declarada pobre, pero beneficiada como pobre en esta peculiar solución que estableció el legislador.

También existen interrogantes sobre si el Departamento de Asistentes Sociales cumplirá todas las pericias solicitadas por partes no declaradas pobres, pero beneficiadas con esta curiosa solución del artículo 13.

Se modificaría entonces una estructura de varios años que determinaba a través de acordadas que la parte patrocinada por abogado particular no podía beneficiarse de la gratuidad de las pericias realizadas por técnicos del Poder Judicial.

Ante tantas dificultades interpretativas y de instrumentación procesal, debe retomarse la consideración del planteo central de abordaje en este trabajo, como se ha venido detallando en cada uno de los capítulos.

La idea de cómo elaborar este desarrollo o exposición está vinculada a la posible constatación, luego del análisis, de una muy profunda dificultad para poder dar cumplimiento a lo exigido por el legislador en el artículo 6 de la ley, en cuanto al dictado de las sentencias en un plazo de ciento veinte días.

Pero tal vez más importante que la dificultad procesal varias veces mencionada es la posibilidad de vulneración de derechos.

En capítulo anterior, se hizo referencia al riesgo de poder agredir derechos de niños o adolescentes. En el actual capítulo sobre auxilioria de pobreza también debería considerarse el riesgo a la eventual vulneración del principio de igualdad. El artículo 254 de la Constitución determina que

la justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley. No obstante, desde la vigencia de la Ley 20141 también será gratuita la justicia para otras partes no declaradas pobres.

Ante las dudas en cuanto a la forma en que se instrumentará la defensa de los menores de edad en casos de auxilioria, también cabría preguntarse si no existe una afectación a los derechos del niño o adolescente, quien ya no podrá optar por el patrocinio de abogados particulares especializados en la materia, y esto como opción en el ejercicio de la libertad, sin que suponga referencia alguna a la calidad técnica de unos u otros profesionales, siendo que tanto en la esfera privada como en la pública actúan profesionales de muy destacada labor técnica. Lo anterior con lo ya analizado sobre eventual colapso para las oficinas de defensoría pública.

Es indiscutible que se generan dificultades y dudas, no para el legislador tal vez, pero sí para los operadores que deben enfrentar la aplicación de la tan mentada ley, aprobada con tales condiciones y redacción.

A modo de ejemplo, cabe preguntarse si la parte supuestamente beneficiada o alcanzada por la auxilioria que no pidió está obligada a aceptar tal auxilioria.

La respuesta debería ser la negativa, ya que se entiende en este caso que la parte siempre mantendrá su derecho a designar su defensor particular de confianza, debiendo el interesado expresarlo en el expediente.

Pero volviendo a la pregunta de quién cubriría tal despliegue de patrocinios gratuitos, debe considerarse que, por ejemplo, en el interior del país hay localidades en donde no se llega a un número suficiente de abogados que actúen en la materia y surgen múltiples escollos para implementar estas soluciones, ya que el legislador limita el número de casos que se asignarán a cada profesional.

VII. Las estructuras procesales y los plazos del Artículo 6

Este artículo 6 es de los que han causado más impacto en los intérpretes y operadores del sistema. Se sustituye el antiguo artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia del año 2004, que determinaba que los procesos de Tenencia y Guarda se cumplirían por el proceso extraordinario.

Ahora, por el artículo 6 de la ley, el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia tendrá esta nueva redacción: «Todas las pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento extraordinario, consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso. El Juez deberá dictar sentencia definitiva dentro del

plazo máximo de ciento veinte días, contados a partir de la presentación de la demanda. Cuando sobrevengan circunstancias extraordinarias o en caso de que la prueba a diligenciar lo amerite, el Juez podrá excepcionalmente prorrogar dicho plazo por treinta días, debiendo justificar fundadamente en la sentencia el motivo de la demora».

En la parte final de este artículo se regula sobre otros trámites, como ser lo referente a ratificación de tenencia con procedimiento voluntario del artículo 402 del Código General del Proceso.

Según el nuevo texto, se pretende conformar procesos extraordinarios dentro de los clásicos extraordinarios, con un plazo de ciento veinte días para el dictado de sentencia.

Perfectamente conocido es que los plazos procesales establecidos en el artículo 203 del Código General del Proceso para el dictado de sentencia, de tribunales tanto unipersonales como colegiados, son los que rigen para procesos ordinarios y extraordinarios. En dicha norma se establecen los conocidos plazos para el dictado de sentencias interlocutorias y definitivas.

Pero en el peculiar artículo 6 de la Ley 21041 el legislador ha considerado un cambio dándole una fecha de finalización a los juicios, pretendiendo culminar procesos de tamaño importancia en ciento veinte días o en ciento cincuenta en casos excepcionales.

Sin dudas, esta reducción de los plazos podría estar afectando las garantías constitucionales del debido proceso, conforme lo regulado en el marco normativo nacional e internacional, a saber, la Constitución de la República; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la propia normativa del Código General del Proceso.

Haciendo una simple actividad aritmética, corresponde sumar plazos de las diversas etapas de un proceso tipo, como ser treinta días de traslado de la demanda (además de los tiempos de oficina, armados de expedientes, giros, decretos, oficinas de notificaciones y demás) más treinta días de una eventual reconvencción para su traslado, lo que da una suma inequívoca de sesenta días, es decir, la mitad de los ciento veinte días pensados por el legislador para culminar el proceso, pero surge que el proceso aún no comenzó.

Por esto se justifica el subtítulo del capítulo, en cuanto a la distancia entre el texto de la norma y la realidad de la tramitación de los procesos. No es necesario continuar sumando plazos de las restantes etapas del proceso cuando tan solo, a vía de ejemplo, podrían considerarse los emplazamientos por edictos con publicaciones en diarios, lo que implicaría agregar términos de hasta noventa días.

El legislador determinó un plazo limitando la duración del proceso, pero no limitó los plazos para contestar la demanda o para contestar una reconvencción, para denuncia de hechos nuevos, para cumplimiento de pericias, trámites incidentales intraprocesales o un sinnúmero de términos que conforman un juicio tipo y sus garantías.

Se torna fastidioso y provoca desánimo explicar lo innecesario, como ser que existen dificultades para ubicar testigos y sus domicilios, lo cual es otro de los tantos elementos que contribuyen para la extensión y dilatoria de los procesos. Las citaciones y notificaciones no siempre están bien cumplidas y deben ser reiteradas, así como el libramiento de múltiples oficios con la etapa de espera de su respuesta y diligenciamiento.

Tan solo a modo de ejemplo, y hay muchos más, podrían las partes llamar a terceros al proceso, y existen estructuras para dar traslados en esos casos, multiplicando los plazos.

Así se podría continuar brindando varios ejemplos. Como se puede advertir, imponer una duración con plazo de ciento veinte días es una manera de desconocer desde lo más profundo cómo se instrumenta un proceso judicial.

Las agendas de estos juzgados de familia se encuentran profundamente saturadas, con múltiples audiencias fijadas en un marco variado de otros juicios que también exigen la culminación de sus trámites.

Es una realidad que ya no se puede soslayar la de los juzgados en materia de familia, habiendo llegado la hora de que el país decida reforzar y modernizar esas estructuras, para luego tal vez pensar en imponer plazos limitados con nuevas dinámicas procesales. No analizar este punto es desconocer una dificultad que todo lo condiciona en una materia de fundamental importancia jurídica, con sedes que tienen promedios de cinco mil expedientes en trámite en Montevideo, con procesos muy variados, no solo por menores de edad, sino en un extenso radio de tramitaciones, como ser sucesiones, particiones, observaciones a inventarios, incapacidad civil, juicios de alimentos entre mayores y también por menores de edad, uniones concubinarias; nulidades varias, nulidades de testamento; juicios de simulación, seguimiento y contralor de situaciones de menores de edad de contexto crítico o en riesgo derivadas de los juzgados especializados, trámites de divorcio, investigación de paternidad con pruebas de ADN, desconocimiento de paternidad, juicios de posesión notoria de estado civil, declaración de ausencia, pérdidas de patria potestad, autorizaciones de viaje, y la nómina continúa largamente.

Especialmente, debe destacarse la tramitación de adopciones con plazos indicados de urgencia por la ley y separaciones definitivas de la familia de origen.

Además, debe considerarse también con especialidad la tramitación de amparos por situaciones de salud de extrema gravedad por menores de edad, reclamando el suministro de medicamentos o tratamientos.

La nómina no culmina acá.

Quienes no estén vinculados de alguna forma a la materia deben comprender que se está frente a un sector con un desmesurado volumen de tramitaciones, es decir, la materia de mayor volumen en todo el sistema.

Asimismo, no debe olvidarse la importancia de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, es decir, para expresarlo en su consecuencia en los hechos, con expedientes que jamás se clausuran definitivamente y siempre retornarán en gran porcentaje al giro y al trámite, debido a la especial naturaleza de la cosa juzgada en estos juicios.

Por todo esto, cuando se analiza la creación de procesos más que extraordinarios en el artículo 6 de la ley, con plazos limitados para el dictado de sentencia en asuntos de pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes, corresponde preguntarse una y otra vez cómo se logra tramitar con plenas garantías para todos los justiciables con plazos más que limitados de apenas cuatro meses.

Las urgencias en las etapas pueden significar la ausencia de diligenciamiento de prueba suficiente y todo ello puede determinar una falla en las garantías necesarias del debido proceso.

El legislador creó un juicio más que sumario, más que extraordinario, pero no brindó una solución específica especial para esos juicios y no modificó los procesos en sus originales estructuras, todo lo que es realmente preocupante.

Sin perjuicio de los análisis de Derecho de fondo realizados en estos primeros meses por algunos especialistas respecto de soluciones jurídicas y aspectos técnicos, es mucho más grave la dificultad procesal creada que estas determinaciones de definiciones técnicas.

A modo de ejemplo, es muy criticable la noción establecida por el legislador en el curioso artículo 14 cuando refiere al concepto de «padres» (entiéndase que toda vez que la ley refiere a padres, deberá entenderse a progenitores, adoptantes o quienes ejerzan la patria potestad de los niños y adolescentes, incluyendo la diversidad de modalidades en que pueda estar conformado el núcleo familiar en la actualidad). Al respecto se podría analizar que la representación legal solo la ejercen los progenitores que detentan patria potestad, los tutores y los curadores designados.

Pero, aun así, las cuestiones antes mencionadas son temas teóricos de la ciencia y de la rama del Derecho Civil, y no suponen la entidad de lo que implica la imposición de juicios con duración de ciento veinte días, lo que se transforma en un imposible procesal.

VIII. Las acumulaciones y los plazos. Régimen de visitas

Brevemente, haremos referencia a la tramitación de las visitas, lo que casi pasa inadvertido en la lectura de la norma, como un trámite acumulado de por sí a los reclamos de tenencia.

Técnicamente, sería indebida la tramitación acumulada de tenencia compartida y visitas, así como la acumulación de tenencia compartida y alimentos.

Se supone que, al existir tenencia compartida, existe un sistema espejo para ambos progenitores que neutraliza otras pretensiones. Pero entendemos que el legislador fue receptivo a datos de la realidad de acuerdo a las peticiones y demandas de los diversos progenitores.

Así como el legislador recogió la preocupación de que existe en ocasiones un perverso sistema de presión y trueque, es decir, «si no hay pensión, no habrá visitas», creemos que también el legislador es conocedor de la otra cara de estas actitudes de especulación, como ser: «Si hay tenencia compartida, no habrá que pagar alimentos».

Pero, a los efectos del proceso, este tipo de acumulación es otro elemento que atenta contra el desarrollo urgente de los trámites y contra los ciento veinte días que pretende el legislador, ya que no se cumplirá un proceso, sino dos, y por ambos el legislador pretende se culminen en cuatro meses.

El artículo 3 hace referencia a que el juez, al dictar sentencia sobre tenencia, tiene que pronunciarse también sobre visitas. Luego en el artículo 7 se regula sobre la instrumentación de visitas.

Pero es importante detenerse en un aspecto del proceso: la regulación de medidas provisionales, como ser las visitas provisorias.

El artículo 7 establece: «(Régimen de visitas provisorias). - Producido el cese de la vida en común, cualquiera de los padres podrá presentarse ante el Juez del lugar de residencia de sus hijos a fin de que se determine un régimen de visitas provisorio, que habrá de regir hasta tanto no sea variado por acuerdo de parte o por decisión judicial definitiva. El Tribunal, al proveer sobre la demanda de tenencia o visitas, y atendidas las circunstancias invocadas, fijará el régimen provisorio de visitas, siguiendo el procedimiento de los ordinales 1 y 3 del artículo 317 del Código General del Proceso».

Esto es nada más ni menos que la tramitación de medidas provisionales. En tal caso habrá que oír a la contraparte por seis días y, de corresponder, convocar a audiencia. Sí, audiencia en esas colapsadas agendas, pero no siendo la audiencia de precepto del proceso, sino una audiencia en una etapa incidental que por supuesto que colaborará con la dilatoria de los plazos.

Esta etapa cautelar es otro ejemplo de cómo surgen diversos trámites tal vez no advertidos por el legislador cuando consideró que podía dictarse una sentencia definitiva en ciento veinte días. Hay que recordar, como ya fue analizado en otro capítulo, que se debe oír la voluntad del niño o adolescente, además de la intervención de su defensor.

Y algo más, existe regulado especialmente un trámite también con estructura incidental y de urgencia, nominado como incumplimiento de visitas.

Casi agónicamente debe plantearse la pregunta de qué queda entonces de aquel plazo de ciento veinte días.

Para decir algo más sobre la regulación de las visitas, en el artículo 4 se establece que las visitas sean en lugares públicos, en presencia de familiares del niño o adolescente, en reparticiones estatales adecuadas o de cualquier otra forma que, a criterio del juez, garantice la protección de la integridad física y emocional de los niños y adolescentes, disponiendo el régimen de seguimiento periódico necesario.

Y una vez más las preguntas sobre qué tipo de seguimiento consideró el legislador, quién debe cumplirlo y si el seguimiento es para asegurar el vínculo con el actor o también con la familia ampliada, es decir, con terceros al proceso.

Son variadas las interrogantes respecto de elementos que la norma jamás estipuló, como ser la etapa del seguimiento, si es hasta la sentencia o hasta la mayoría del menor de edad, por ejemplo, o quién debe cumplir con el seguimiento periódico y qué alcance tiene el concepto periódico.

En audiencia por supuesto que no será posible hacer el seguimiento, ya es suficiente con la exposición permanente del menor de edad, judicializando jornadas, meses y años de su vida, provocando revictimización al respecto.

Las preguntas sobre dicho seguimiento quedan sin respuesta, sobre si tal vez lo deban cumplir los defensores o INAU. Mientras tanto, los días del almanaque avanzan y los ciento veinte días se consumen.

Otro tema de análisis es la hipótesis en que la parte tramite tenencia, conforme artículo 3 de la ley, pero sin solicitar la regulación visitas. En estos

casos el juez no debería tramitar lo que no está peticionado, en virtud del principio dispositivo en la actuación.

IX. La suspensión de visitas por razones de género

Otra de las interrogantes es si el artículo 4 de la ley deroga, o deja sin efecto, lo establecido en artículo 67 de la ley 19580, norma por la que se imponía la suspensión de visitas en caso de denuncias de violencia.

Dice el artículo 4, en su numeral VI, que solo se suspenderá el régimen de visitas vigente en el caso de que se encuentre en riesgo el interés superior del niño o adolescente. En tal caso, dicha suspensión será transitoria y podrá revisarse conforme al principio *rebus sic stantibus*.

Por ello la duda sobre en qué situación jurídica de vigencia queda la ley de violencia de género y cómo regiría en el caso el principio de especialidad.

Antes de la vigencia de la ley 21041, el artículo 67 de la 19580 determinaba la posibilidad de que se suspendieran visitas en situaciones de violencia intrafamiliar contra una mujer. Dicho artículo 67 ordena suspender visitas contra el llamado «agresor», a quien tal vez deberíamos nominar «denunciado» si es que no se quiere incurrir en prejujgamientos inconstitucionales.

Como sea, la pregunta es si ese artículo está derogado ahora al tenor de la Ley 21041, la que determina que el juez debe fundamentar para suspender visitas.

De interpretarse que existe una derogación tácita del artículo 67 referido, surgirían algunas dudas sobre la actividad de los jueces de paz en el interior de la República en esta materia, y tal vez habría que hablar de una limitación a su competencia, es decir, se vería afectada la competencia de urgencia, ya que en las primeras veinticuatro horas surgirían dificultades para que el juez de paz haga aplicación estricta de la nueva ley.

X. La situación de los procesos por alimentos en esta nueva ley

No se regulan aspectos procesales de la pensión alimenticia, y esto es un dato importante que debe considerarse a los efectos de decidir sobre eventuales acumulaciones o, en su caso, eventuales tramitaciones por vías separadas.

Los alimentos no integran el elenco de procesos previstos en el artículo 6 con una estructura urgente más que extraordinaria. La ley refiere en su artículo 9 a que deben fijarse alimentos de acuerdo a posibilidades y necesidades (aspectos ya regulados en el Código Civil incluso), y refiere a la incolumidad, es decir que no pueden ser menoscabados.

Es correcta la regulación en ese aspecto, aun cuando no era necesaria técnicamente, pero sí necesaria en el plano de la política legislativa, dado que en los hechos surgen intentos de desnaturalizar lo regulado respecto de alimentos y tenencia, existiendo posturas que pretenden forzar la norma e imponer condiciones que les favorecen. Es decir, la fijación de un régimen de tenencia compartida o alternada jamás podrá implicar la alteración de lo previsto en el artículo 122 del Código Civil respecto a la obligación de prestar pensión alimenticia ni de los artículos 45 a 64 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En definitiva, nada nuevo en lo sustancial y nada nuevo en lo procesal en cuanto a los alimentos, y, claramente, los alimentos no tienen impuesta la limitación de plazos de dictado de sentencia en ciento veinte días regulada en el artículo 6.

A su vez, en artículo 12, se incorpora a los alimentos en el elenco de los reclamos que pueden tramitarse con acceso a centros de mediación.

Pero, retomando la cuestión sobre si es posible acumular alimentos y tenencia, ya se dijo en este trabajo que, si existen dificultades para culminar un proceso en ciento veinte días, más aún para culminar dos procesos en igual plazo a través de las acumulaciones.

No hay que soslayar otro trámite incidental que tal vez no fue referido antes, como lo es la etapa de declaración jurada en alimentos, con otro período de treinta días y posibles pericias para resolver esta cuestión también incidental, conforme artículo 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se van agregando sin cesar datos sobre las etapas procesales que determinan el imposible procesal tan referido en este trabajo de poder culminar el juicio en diez días.

Pero, ciertamente, el legislador no hace referencia a la acumulación de tenencia con alimentos, y no debería ser admitida.

En definitiva, el juicio de alimentos no integra el elenco de acciones del artículo 6 y no corresponde aplicar el plazo de ciento veinte días para tales procesos alimentarios.

Además, por otras razones procesales, los alimentos no deben ser acumulados con una tenencia, entre otras cosas, porque en los alimentos la parte reclamante es el menor de edad, mientras que en la tenencia la parte accionante es uno de los progenitores reclamando contra el otro.

XI. Conclusión

Se realiza esta labor, en la condición de docente de una Facultad de Derecho, desarrollando una respetuosa crítica técnica desde la posición de libertad de cátedra.

Se critica entonces un aspecto técnico-jurídico, como operador con experiencia en la materia, sin que suponga de manera alguna no acatamiento a la legislación como única fuente obligatoria.

De acuerdo a lo analizado en los numerales del trabajo, se expone una visión espontánea de las consecuencias que podrían verificarse en determinadas oficinas de las sedes de familia.

Se trata de un primario análisis a poco tiempo de la vigencia de la norma y sin haberse instruido el firmante con trabajos de especialistas hasta el momento.

Como se ha desarrollado antes, la creación de un plazo para la culminación de ciertos procesos de familia determina una dificultad procesal muy difícil de sortear.

Los juicios de relativos a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento ultra extraordinario con los plazos que establece el artículo 6 de la ley, y este ha sido entonces el planteo central de abordaje del trabajo.

Se reitera, ahora a modo de conclusión, que las urgencias no ponderadas en las etapas procesales podrían significar la ausencia de diligenciamiento de prueba suficiente y afectar el interés superior de los menores de edad en cuanto no pueda darse cumplimiento a las imprescindibles garantías del debido proceso.

Todo lo analizado, y varios aspectos más, lleva a la conclusión de que es casi un imposible procesal cumplir con los ciento veinte días pretendidos por el legislador en la normativa aprobada recientemente, en los referidos procesos conocidos popularmente como de «tenencia compartida».

Debe considerarse la profunda preocupación que surge ante el análisis de lo consagrado en artículo 6, con la limitación de plazos en procesos que se han transformado en juicios sumarios.

Algún grupo de jueces ya ha realizado consultas ante las autoridades, expresando su preocupación y entendiendo que estos asuntos trascienden el marco teórico e inciden directamente en la tramitación de los asuntos.

Se entiende que existe una clara dificultad material de llegar a dictar una sentencia en ciento veinte días por los argumentos expresados en este trabajo y algunos más.

No es necesario ingresar en discusiones instrumentales en cuanto a si el plazo impuesto es de tipo administrativo o realmente es una derogación a las formalidades instrumentales del Código General del Proceso.

El propósito de este trabajo es justamente tratar de plasmar la preocupación de diversos operadores, especialmente jueces y defensores públicos, que deben hacer cumplir principios tales como el efectivo acceso a la justicia.

Han quedado fuera del abordaje de este trabajo varios temas incorporados en esta ley, como ser: la actividad de los juzgados especializados y la remisión de testimonios a los juzgados de familia, la adopción de medidas cautelares, el Registro de la Suprema Corte de Medidas Cautelares.

Un tema fundamental que tampoco fue abordado es el de la aplicación inmediata de la ley conforme artículo 12 del Código General del Proceso y, dado el contenido procesal de la ley, esto es de fundamental importancia respecto de los trámites en curso.

Esto nos pone en el deber de ofrecer nuestra labor para una evaluación a futuro de lo que significarán las resultancias de aplicación de esta misma ley.

AMICUS CURIAE



**AMICUS CURIAE ANTE LA CORTE IDH.
CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO AL CUIDADO
Y SU INTERRELACIÓN CON OTROS DERECHOS
CON ESPECIAL REFERENCIA AL INTERÉS
SUPERIOR DE LA VEJEZ**

AMICUS CURIAE BEFORE IACHR. Content and scope of the right to care and its interrelationship with other rights, with special reference to old age best interest

AMICUS CURIAE ANTE A CORTE IDH. CONTEÚDO E ESCOPO DO DIREITO A CUIDADOS E SUA INTER-RELAÇÃO COM OUTROS DIREITOS, COM ESPECIAL REFERÊNCIA AO INTERESSE SUPERIOR DAS PESSOAS IDOSAS

MARIANA BLENGIO VALDÉS (*)

Sr. Presidente Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dr. Ricardo Pérez Manrique.

En observancia de lo previsto en el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte IDH quien suscribe hace llegar al Cuerpo su opinión escrita sobre aspectos puntuales incluidos en la consulta formulada por la República Argentina con fecha 20 de enero de 2023 en virtud de lo dispuesto en los artículos 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y artículos 70 y 71 del Reglamento de la Corte IDH, sobre: “Contenido y alcance del derecho al cuidado y su interrelación con los otros derechos”.

(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales UDELAR. Magister en Derecho y Bioética Universidad de Barcelona. España. Profesora Titular DDHH UCLAEH y (agr/adj) DDHH, Derecho Constitucional y Bioética UDELAR. Directora Académica MASTER EN DERECHOS HUMANOS Facultad de Derecho UCLAEH. Investigadora (nivel I) SNI – ANII. Coordinadora UDELAR, Red Iberoamericana de Educación en DDHH. Presidenta de la INDDHH y Defensoría del Pueblo (2019 – 2020) e integrante del Consejo Directivo (2017 – 2022). Coordinadora Cátedra UNESCO DDHH UDELAR (2002 – 2016). Correo electrónico: mblengio@claeH.edu.uy

Como se desprende de la solicitud incoada por la República Argentina, las preguntas formuladas revisten un carácter amplio alcanzando múltiples aspectos de la temática y a elementos singulares que conforman el derecho humano al cuidado. Incluye múltiples perspectivas del derecho humano a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado; entre ellas: la igualdad y la no discriminación en materia de cuidados; los cuidados y su vínculo con otros derechos económicos sociales culturales y ambientales y las obligaciones que tienen los Estados en la materia. Uno de los puntos centrales de la consulta versa sobre la necesidad de determinar con mayor precisión los alcances del cuidado como derecho humano.

En esta breve comunicación nos referiremos al vínculo específico de la temática de fondo con uno de los grupos especialmente vulnerables a quienes ya la Corte IDH ha incluido dentro de quienes deben ser protegidos desde un enfoque singular y diferenciado en función de su situación, esto es las personas mayores. Sobre el alcance de la categoría se adopta la definición introducida por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, cuyo artículo 2 en sede de definiciones establece: “Aquella persona de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que seta no sea superior a los 65 años”. (1)

El eje central en el cual nos basamos para formular la observación tiene como fundamento el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y otros documentos internacionales de relevancia en la temática, tanto en lo normativo como jurisprudencial incluyendo lo consultivo, y como señaláramos, en relación específica al grupo etáreo de personas mayores.

Así se parte de la identificación de la Convención Interamericana sobre la Protección de las Personas Mayores en el marco de su especificidad en armonía con el Protocolo de San Salvador cuyo artículo 7 establece que toda persona tiene derecho a la protección especial durante la ancianidad. En forma al igual armónica, con la protección que emana del artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que incorpora en el término abierto “otra condición social” a la edad y por ende las personas mayores como categoría protegida.

Así también la Opinión consultiva OC 29/2022 referida a “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad” y específicamente los párrafos que refieren a las personas mayores(2).

(1) http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

(2) https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf

Al respecto se puntualiza que el abordaje que se formula no se limita o acota a la situación específica de las personas mayores en centros de reclusión lo que no obsta a su relevancia.

A lo cual también se agrega el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en casos ampliamente significativos como *Poblete Vilches vs Chile*(3) entre otros. En un proceso paulatino llevado adelante por la Corte IDH que tiene por objetivo hacer visible la situación del grupo personas mayores, y partir de la necesidad de que se respete en su condición de sujeto de derecho que requiere especial protección. Lo que por ende incluye el derecho al cuidado.

Tal cual surge de lo expuesto, tanto en lo normativo, como en sede jurisprudencial y consultiva, el sistema interamericano ha precisado aspectos vinculados al alcance de las obligaciones específicas de los Estados para asegurar los derechos de las personas mayores ampliamente reconocidos desde la generalidad de documentos que los engloban como sujetos de derecho más allá de la edad, hasta la especificidad de la referida Convención que los identifica como grupo especialmente vulnerable. Entre los cuales y atento al tenor de la consulta formulada por la República Argentina debemos incluir el derecho humano a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado en la extensión que la previsión engloba.

Así también conviene agregar que en seguimiento de las precisiones vertidas en la OC 29, pueden destacarse algunos elementos adicionales vinculados a políticas públicas. Las cuales también deben encuadrarse dentro de normativa internacional en cumplimiento del control de convencionalidad. Tal cual surge de la OC, la “importancia de que los Estados cuenten con información, datos y estadísticas actualizadas y confiables acerca de las necesidades que viven las personas mayores como sustento y fundamento para la formulación, adopción y ejecución de decisiones, políticas públicas y medidas dirigidas a hacer efectivos sus derechos”. (párrafo 345). Partiéndose de la base de que se trata de un grupo especialmente heterogéneo con necesidades específicas”.

Por ende, y a los efectos específicos de esta observación, nos detendremos en uno de los puntos formulados en la consulta que radica la República Argentina de la cual surge lo siguiente:

“Al examinar los estándares aplicables a los temas en consideración, se solicita a la Corte IDH que tenga especialmente en cuenta los siguientes principios del derecho internacional de los derechos humanos: principio pro persona; principio de igualdad y no discriminación; principio de interpretación progresiva de los derechos humanos; perspectiva de

(3) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

género; perspectiva de interseccionalidad, y principio de protección especial”.

Considerando de relevancia la enumeración de estos principios que desde lo general apuntan a la especificidad del grupo en cuestión, entendemos atendible incorporar un concepto que permita focalizar de lleno en la situación el grupo cuyo examen nos aboca, y al cual denominaremos: “interés superior de la vejez”.

El interés superior de la vejez como parámetro de interpretación para la mejor protección del derecho humano al cuidado:

El desarrollo del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su etapa de especificación muestra la preocupación por asegurar la protección de los derechos, libertades y garantías de las personas mayores. La cual como se ha visto, se ha traducido en la adopción de instrumentos internacionales de diversa naturaleza jurídica entre los cuales se destaca la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores.

Esta Convención en su carácter de hito en la protección de las personas en función de su condición etárea (vejez) ha establecido la necesidad de proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas mayores. Con especial atención a su condición pautada por la edad. Partiendo para ello en el valor de la dignidad en la vejez y con una clara visión holística e integradora.

A la luz de proyectar la protección la cual viene siendo abordada por órganos como la Comisión Interamericana y la Corte IDH y en el marco de un nuevo paradigma, basado en la perspectiva de derechos humanos y género se considera de especial utilidad la consideración del concepto de interés superior de la vejez. Concebido éste en su triple condición, tanto como derecho sustantivo, como principio interpretativo o como norma de procedimiento.

De esta forma se contribuiría a que el interés superior de la vejez como concepto y fundamento para la adopción de decisiones, se incluya entre los principios rectores que se ubican en el máximo nivel del ordenamiento jurídico en materia social, política, económica y ambiental(4).

(4) El concepto referido se formula en forma análoga a la introducida por la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 3 párrafo 1 y en forma indirecta en otras disposiciones del mismo tratado (artículos 9, 10, 18 entre otros) así como en el Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la venta de niños, prostitución infantil y en el de Comunicaciones. (BLENGIO VALDÉS, 2021).

Por tanto y a los efectos de atender el interés superior, en este caso de la vejez, se sugiere conceptualizarlo en primer lugar: en su carácter de derecho sustantivo, en tanto debe considerarse en forma primordial para que pueda evaluarse y tomarse en cuenta distintos intereses al momento de tomar una decisión sobre una cuestión que sea debatida. En segundo lugar, como principio interpretativo, en virtud del cual, si una disposición admite más de una interpretación se deberá elegir la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior de la vejez. Y por último, como norma de procedimiento, por lo cual, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una persona mayor en concreto, a un grupo de personas mayores o a la vejez en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en la o las personas mayores. Lo que permite establecer garantías especiales para garantizar los derechos. Debiendo los Estados a través de sus órganos administrativos, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión; que es lo que se ha considerado atendía al interés superior del grupo etéreo; en que criterio se ha basado la decisión; y como se han ponderado los intereses de las personas mayores frente a otras consideraciones.

El respeto a la autonomía de las personas mayores en la toma de decisiones implica la observancia de su dignidad humana, evitando con ello un trato discriminatorio por razón de edad, así como la aplicación de un modelo paternalista y de un encuadre de infantilización de la vejez lo que implicaría una forma de maltrato o trato indigno o degradante. La necesidad de sensibilizar a la sociedad y la Administración para que asuman y promuevan el reconocimiento de los derechos humanos de las personas grandes en forma integral es absolutamente prioritaria siendo relevante el proceso formativo en relación a la vejez, desde los primeros años de vida. Por último, también entendemos de relevancia a la hora de analizar la situación de personas mayores con capacidades modificadas jurídicamente asegurar que se individualice y se singularice el abordaje integral del individuo, y se dispongan soluciones en forma flexible y temporal, debiendo analizarse en forma específica la regulación para garantizar los derechos de los mayores. (5)

El interés superior se presenta como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención que protege a las personas mayores y en forma específica lo que refiere al cuidado, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvi-

(5) Documento sobre envejecimiento y vulnerabilidad. Observatorio de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona (2016). <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatori-BioEticaDret/documents/08532.pdf>

miento de sus potencialidades. Debiendo los Estados ceñirse a este criterio que proyecta los derechos desde un enfoque diferenciado. El envejecimiento es un proceso natural y su tratamiento no debe dirigirse únicamente a la medicalización. En su abordaje coadyuvan variables diversas como lo son el incremento de la esperanza de vida de la población promovida por el impacto de los avances en las ciencias de la salud y nuevas perspectivas de lo que se entiende por hábitos y vida saludable.

De lo expuesto surge que:

La conceptualización de un interés superior de la vejez, permite al intérprete abarcar dinámicamente la situación de las personas mayores en función de sus problemáticas y en observancia de los principios sustanciales que deben tomarse en cuenta en materia de derechos humanos como los que se enumeran en la consulta, a la vez que en estricta vinculación con la franja etárea, esto es: vejez.

Al momento de adoptar acciones por parte de los Estados ya sea en el plano administrativo, legislativo o judicial se pueda ceñir a este criterio que apuesta a asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Mayores en forma acorde con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros documentos del sistema de protección americano y universal. Lo que significará el más amplio desenvolvimiento de la condición etárea, esto es la persona vieja.

La conceptualización del interés superior de la vejez se funda en el valor de la dignidad del ser humano que en función de su edad y su especial vulnerabilidad debe ser especialmente protegido. Asegurándose como derecho sustantivo y como interés superior. Así también como principio interpretativo que satisfaga de la manera más efectiva y singularizada, su interés superior y como norma de procedimiento que asegure que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una persona mayor, ya sea individual, a un grupo de personas mayores o a las personas mayores en general, el proceso de adopción de decisiones debe incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas y negativas de la decisión en el viejo/a o viejos/as interesado/as.

En conclusión:

En función de la relevancia que la correspondiente opinión consultiva implicará para el desarrollo del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos y específicamente la observancia de los derechos humanos en el continente, se solicita a la Corte IDH tomar en consideración las precedentes observaciones y en definitiva solicitar se evalúe el concepto del interés superior de la vejez como emergente de la interpretación integral

de la Convención Interamericana de Personas Mayores, en forma armónica con el artículo 16 de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos de 1948, los artículos 1.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, los desarrollos vertidos en la OC 29/2022 y los incorporados en la jurisprudencia relevada con especial interés para la determinación del alcance del derecho humano al cuidado objeto de esta consulta.

Montevideo, 3 de setiembre 2023.

Bibliografía

BLENGIO VALDÉS, M. (2022). Control de convencionalidad y envejecimiento. <https://universidad.claeh.edu.uy/derecho/wp-content/uploads/sites/4/2022/12/Revista-Uclaeh-No-1-Blengio-Valdes.pdf>

BLENGIO VALDÉS, M. (2021). Interés superior de la vejez. <https://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/159>

Informes:

INFORME PRELIMINAR sobre ENVEJECIMIENTO Y DDHH: su impacto en políticas públicas (2021). [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Informe%20preliminar%20INDDHH%20-%20web%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Informe%20preliminar%20INDDHH%20-%20web%20(7).pdf)

Documento sobre envejecimiento y vulnerabilidad. Observatorio de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona (2016). CASADO M., RODRIGUEZ, P. ; VILA, A. (coords.) <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>

APORTES ESTUDIANTILES



ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL (LESIÓN)

EXEGETICAL ANALYSIS OF SECTION 1277 OF THE CIVIL CODE
(GROSS DISPARITY)

ANÁLISE EXEGÉTICA DO ARTIGO 1277 DO CÓDIGO CIVIL (LESÃO)

GONZALO CORREA BLAS
ANASTASIA MALÁN
GERÓNIMO SOSA
FLORENCIA TORT (*)

RESUMEN. Este artículo propone analizar el instituto de la lesión como vicio del consentimiento en la legislación uruguaya. El texto guarda una composición tripartita. En primer lugar, se muestra un análisis histórico, desde la Antigüedad hasta el presente. También se estudia el derecho comparado, tomando las legislaciones de Francia, Suiza, Alemania, Chile, Italia, Argentina, Grecia, Bolivia y México. Finalmente, en un enfoque nacional, se observan las disposiciones del Código Civil y de otras leyes, así como un proyecto de ley que no prosperó.

PALABRAS CLAVES. Lesión. Artículo 1277. Vicios del consentimiento. Consentimiento. Derecho contractual.

ABSTRACT. This paper proposes to analyze the institute of gross disparity as a defect of consent in Uruguayan legislation. The text has a tripartite composition. First, a historical analysis from antiquity to the present. Comparative law is also studied, taking into account the legislations of France, Switzerland, Germany, Chile, Italy, Argentina, Greece, Bolivia and Mexico. Finally, in a national approach, the provisions of the Civil Code and other laws are observed, as well as a bill that was not passed.

KEYWORDS. Gross disparity. Section 1277. Defects of consent. Consent. Contract Law.

(*) Estudiantes de 3.º de Derecho en la Universidad CLAEH. Correos electrónicos en el orden de los autores: gonzaloblas2003@gmail.com; anastasia.m.m2002@gmail.com; ghero.333@gmail.com; flor.tort123@gmail.com

RESUMO. Este artigo propõe analisar o instituto da lesão como vício do consentimento na legislação uruguaia. O texto guarda uma composição tripartida. Em primeiro lugar, mostra uma análise histórica, desde a Antiguidade até o presente. Também se estuda o direito comparado, tomando as legislações da França, Suíça, Alemanha, Chile, Itália, Argentina, Grécia, Bolívia e México. Finalmente, numa abordagem nacional, observam-se as disposições do Código Civil e de outras leis, bem como um projeto de lei que não prosperou.

PALAVRAS-CHAVES: LESÃO. Artigo 1277. Vícios do consentimento. Consentimento. Direito contratual.

Introducción

De acuerdo con PLANIOL (1908), ha de llamarse lesión al «daño pecuniario que un acto jurídico puede causar a la persona que lo ha realizado». Se trata de una diferencia de valor entre el precio justo acordado por las partes y el valor de mercado de la prestación (desequivalencia objetiva).

Partiendo de este concepto, los conocedores del Código Civil podrán apreciar que la figura de la lesión encontrará problemas con el principio de equivalencia subjetiva consagrado en el art. 1250 del Código Civil. Es así que el art. 1277 del mismo cuerpo veda en general la lesión (salvo en cuanto a la partición).

Sin perjuicio de lo anterior, este instituto ha evolucionado formidablemente en las distintas regiones del mundo, por lo que es menester desarrollar el concepto, su historia, su consideración tanto por el derecho oriental como por el comparado y la proyección que tiene a futuro.

I. Análisis Histórico

I.1. Antecedentes (hasta el Derecho Romano)

El instituto de la lesión, de acuerdo con LARROZA (1990, p. 293), nace en India en los tiempos de la aparición del último Buda, para evitar que los comerciantes se aprovecharan de la credulidad de los compradores. MENDIVE (2016, p. 79) señala que la figura perdería relevancia y no aparecería en el Código de Hammurabi (1950 a.C.), que solucionó la problemática fijando aranceles para ciertos bienes. El Talmud hebreo, al igual que la legislación de la Antigua Grecia, por su parte, no recogerían la lesión.

En Roma, la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) guardaría silencio al respecto. No fue sino Justiniano en su *Corpus Iuris Civilis*, quien recogió un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiliano «en virtud del cual se autorizaba la rescisión de la venta de un inmueble efectuada por menos de la mitad del justo precio» (MENDIVE, 2016, p. 79). Estableció, aunque en ese caso solo para el vendedor, las bases de la lesión que conocemos hoy en día.

De acuerdo con DI PIETRO (1985), se entendía que cada cosa tenía su precio, por lo que el compendio legislativo dispuso que se podría rescindir un negocio en caso de una lesión enorme o enormísima que se daba cuando el precio de la cosa era menor a la mitad del justo. La base de este razonamiento es que es humano restituir el precio y recobrar la cosa por parte del vendedor previa decisión de un juez en aquellos casos en los que se vende a un precio muy desigual del de mercado (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1983, pp. 161-174).

I.2. Edad Media y Modernidad

Más adelante, en la Edad Media (S. V a XV), por influencia de Tomás de Aquino, se desarrolló la teoría del “justo precio”, prohibiéndose alcanzar un beneficio excesivo en perjuicio del co-contratante estableciendo la lesión para todos los contratos onerosos (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1983, pp. 161-174).

En 1804, el Código Civil francés plasmaría el principio de equiparación del contrato a la ley (art. 1134) y dispondría que la lesión como tal no vicia los contratos (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1983, pp. 161-174), postura recogida por nuestro Código Civil en los artículos 1291 y 1277 (CAFARO & CARNELLI, 2020). Aunque la ley francesa se mantuvo restrictiva, la doctrina, entre ellos POTHIER, coincidía en que debía acogerse la lesión para respetar la equidad contractual (MENDIVE, 2016).

Asimismo, en España existieron tres normas que se aplicaron en Uruguay hasta la sanción del Código Civil, a saber, el Fuero Juzgo, que no admitía la lesión, el Fuero Real, que la contemplaba para rescindir una venta y Las Partidas, que extendieron esa rescisión al comprador y previeron, para los menores, la acción *in integrum restitutio*, la misma a la que refiere (y veda) nuestro Código Civil en el art. 1277 (MENDIVE, 2016).

La convicción de proscribir a la lesión casi en su totalidad del Código oriental se inspira, tal como señala Celedonio NIN Y SILVA (1925, p. 399), entre otras, en un pensamiento liberal que fue plasmado por Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD en las notas que realizó al hoy derogado Código Civil de la Nación Argentina, en las que expresa:

Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos (Argentina, «Código Civil de Vélez con Notas»).

Distinta es la posición que se mantuvo en la obra de TEXEIRA DE FREITAS (2003) la que, aunque también operó como fuente de nuestro Código, en su art. 359 preceptúa:

Todos los contratos en que se da o deja una cosa por otra (18) pueden ser rescindidos por acción de la parte lesionada si la lesión fuera *enorme*; esto es, se excediera la mitad del valor justo de la cosa (19). (Arts. 560 y 859) (NIN Y SILVA, 1925, p. 242).

Nuestro Código, si bien en general no admite la lesión, la trata junto a los vicios del consentimiento, lo que dificulta explicarla como objetiva en la partición (art. 1161) (MENDIVE, 2016).

II. Análisis comparativo

II.1. Francia

PLANIOL (1908, p. 108) señala que salvo en situaciones excepcionales que pueden depender de ciertas personas (mineros), o de ciertas previsiones legales como la partición (art. 887 CCF) y la venta de un inmueble (acordada al vendedor por una diferencia de 7/12 del valor y al menor - art. 1674 CCF), la lesión no es admitida por el codificador francés.

Se ha preferido legislar para casos concretos como la protección a los compradores de fertilizantes (ley de 8/7/1907), remuneración desproporcionada en el servicio de asistencia marítima (ley de 29/4/1916), salario mínimo de trabajo a domicilio en la industria de la vestimenta (ley de 10/7/1915), represión de la especulación ilícita (ley de 20/4/1906) o el gravamen de productos como los cereales o el azúcar (ley de 23/10/1919). De parte de la jurisprudencia, señala el autor, se ha reducido el salario convenido en el contrato de mandato cuando es desproporcionado con el servicio (PLANIOL, 1937, p. 411).

II.2. Suiza y Alemania

La legislación suiza de 1911, en la materia, es de las más completas contando con un código exclusivo para obligaciones. Además, es la segunda en reconocer la lesión contractual, bajo la influencia directa del art. 138 del Código Alemán de 1900 (que dispone la nulidad de una transacción violatoria de las buenas costumbres y, según DE LA PUENTE Y LAVALLE (1993, p. 163), es el primero en abandonar el criterio puramente objetivo y considerar el subjetivo), que a su vez siguió a la Escuela de las Pandectas.

Así, previendo tanto el elemento objetivo (desproporción evidente) como el subjetivo (explotación del malestar, ligereza o inexperiencia), su artículo 21 dispone que:

1 En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada podrá, en el plazo de un año, declarar que desiste del contrato y repetir lo

pagado, si la lesión estaba determinada por la explotación de su malestar, su ligereza o su inexperiencia.

2 El plazo de un año corre desde la celebración del contrato. (Suiza, 1911).

La precisión del Código de Obligaciones Suizo, dejando de lado las teorías individualistas y liberales francesas, consagra un verdadero principio en cuanto a la lesión, sirviendo de inspiración a los demás códigos europeos de la época.

Si bien este código omite hablar de la acción nulidad, sí establece la acción de rescisión en materia contractual. Esta se basa en el elemento subjetivo, es decir, en si la víctima se considera o no lesionada.

II.3. Chile

Este país adopta el criterio de la lesión objetiva. Se limita a la consideración de la rescisión de la compraventa por lesión enorme, entendiéndose por tal a la diferencia de valor de más de la mitad entre el precio de la compraventa y el justo dispuesto por el mercado, que se considera al momento de celebrarse el contrato, tal como señalan los artículos 1888 y 1889 del Código (Chile, 1855).

II.4. Italia

Este codificador se ha ceñido, en mayor medida, al criterio objetivo (nombra la necesidad muy superficialmente). El art. 1448 de su Código Civil contempla la lesión, indicando que el perjuicio debe ser de al menos la mitad del valor de mercado y debe persistir hasta presentada la solicitud y que los contratos aleatorios quedan excluidos de la acción de rescisión (Italia, 1942).

II.5. Argentina

Dice el artículo 332 del Código Civil y Comercial Nacional:

Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción. (Argentina, 2014).

Como es evidente, desarrolla ampliamente la lesión contractual. Además de considerar elementos subjetivos y objetivos, legisla a través de una presunción *iure tantum*. Ante una notable desproporción de las prestaciones, bastará para la víctima probar tal situación para que se presuma la explotación.

A su vez, encuentra una singular solución. No solamente podrá el lesionado demandar la nulidad, sino que podrá optar por subsanar la lesión por medio de una acción de reajuste, no prevista en general por las legislaciones.

II.6. Grecia

Si bien el Código Griego de 1946 sigue la tradición romana, resulta evidente la influencia del Código Germánico. Así, el artículo 179 del cuerpo griego dispone que:

Es nulo especialmente, como contrario a las buenas costumbres, el acto jurídico que trabe desmesuradamente la libertad de la persona, o por el cual, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, se estipule o reciba para sí, o en provecho de un tercero, en cambio de una prestación, beneficios patrimoniales que, según las circunstancias, están en desproporción manifiesta con dicha prestación (MOISSET DE ESPANES, 1976, pp. 3-4).

El legislador griego, bajo la influencia del Código Alemán, define a la lesión desde una perspectiva objetivo-subjetiva, ya que brinda una caracterización completa de la figura de la lesión. Objetiva por cuanto considera la desproporción de las prestaciones. Subjetiva, al interesarse en la explotación que realiza el que se beneficia del acto lesivo y en la inferioridad en que se encuentra la víctima.

II.7. Bolivia

El Código Civil de Bolivia (1975), deja de lado su anterior filiación francesa y se consagra como uno de los más modernos de la región, dedicándole el Cap. IX de la Sección II del Título de los Contratos.

A partir del artículo 561 establece la posibilidad de rescisión por el lesionado objetiva (por una diferencia de al menos la mitad del valor de mer-

cado) y subjetivamente (aprovechándose de la necesidad apremiante, ligereza o ignorancia). Lo peculiar de este código es que no confiere acción de nulidad como en las legislaciones antes señaladas, sino que da lugar a la rescisión del contrato por efecto de la lesión. Tal acción rescisoria prescribe a los dos años desde la celebración del contrato.

De acuerdo con el art. 562, contratos a título gratuito, aleatorios, transacciones, entre otros, quedan excluidos del régimen de la lesión. El art. 563, por su parte, establece cómo ha de apreciarse la lesión, debiéndose tener en cuenta «el perjuicio resultante en el momento de la conclusión del contrato».

II.8. México

El Código Civil Mexicano (1928) cobra gran importancia ya que es el primero en Latinoamérica que adopta la fórmula de la lesión contractual del Derecho Alemán, influenciado por los pandectistas, bajo la dirección de autores como WINDSCHEID.

Por ser uno de los primeros en admitir la lesión, su regulación no es tan rigurosa como la boliviana. Sin embargo, en su artículo 17, considera los elementos objetivo (desproporción de las prestaciones) y subjetivo (explotación de la ignorancia, inexperiencia o miseria), pudiendo el perjudicado (como ocurre en Argentina) optar entre la nulidad del contrato o la reducción de su obligación más la condena en daños y perjuicios. Ambas acciones prescriben al año de la perfección del contrato.

III. Análisis lógico sistemático

III.1. La lesión en el Código Civil Uruguayo

Es imperioso comenzar por el art. 1247 del Código Civil, con la definición legal de contrato, implicando una obligación respecto de una prestación. En los artículos 1248 y siguientes, el legislador clasificó los contratos, siendo en el bilateral en donde las obligaciones son recíprocas e interdependientes, visto desde la utilidad y gravamen para cada parte. En este tipo de contrato puede verse mayormente la lesión.

Todos los contratos bilaterales son onerosos. Por una parte, tienen utilidad o ventaja, y por otra, un gravamen, desventaja o disminución patrimonial. Es preciso atender a la relación de reciprocidad de la utilidad, de la que carecen los contratos gratuitos, donde las prestaciones se reciben desequivalentemente. Según el art. 1250 del código, los contratos onerosos pueden ser conmutativos, indicado equivalencia subjetiva respecto a las prestaciones, en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes, aunque

con ello se aparten del valor de mercado. No ocurre con la donación onerosa, donde rige la desequivalencia objetiva, no fijada por las partes.

Desde otro ángulo, el art. 1261 del Código Civil enumera los elementos esenciales de los contratos, siendo el primero el consentimiento. En caso de mediar en él los vicios de consentimiento del art. 1269, el contrato será anulable por la parte a quien la ley haya concedido la acción. El legislador se vio en la necesidad de indicar que la lesión no es parte de dichos vicios. Por sí misma, según el artículo 1277 del Código, no vicia los contratos. Juan BLENGIO (en GAMARRA, 2006) entiende que, subsistiendo otro vicio conjuntamente a ella, el contrato se viciará a causa del vicio, pero no de la lesión.

Asimismo, el art. 1277 del Código Civil veda la restitución *in integrum*, frente a un daño a un incapaz. La negativa no implica desprotección a los menores, pueden reclamar la nulidad y pedir restituciones, por la falta de capacidad, pero no por la lesión (pp. 227 a 240). El Código no la suprime totalmente, admitiéndola en el art. 1161 ante particiones desproporcionadas.

III.2. La lesión en el Código de Comercio Uruguayo

El Código de Comercio en su art. 196, inc. 1 dispone que en materia comercial, sin importar su gravedad, el desequilibrio entre las prestaciones, precio u otros, no es causa de rescisión, como si pueden serlo el error, fraude o simulación. En lo que concierne a los menores, se atiene a las reglas generales, no procediendo la restitución mientras los que se digan damnificados fueran comerciantes.

El Código de Comercio converge con el art. 1277 del Código Civil en no incluir a la lesión entre los vicios de consentimiento. GAMARRA (2006, pp. 227 a 240) hace notar que, de existir la lesión, sería un obstáculo para la economía. Especular y encontrar la desequivalencia a favor es una *conditio sine qua non* del comercio. Establecer valores según necesidades subjetivas lleva a divergentes ángulos de precios.

III.3. La lesión en la Ley N.º 17250 de Relaciones de Consumo (LRC)

Los artículos 30 y 31 de la LRC, reglamentan las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, siendo aquellas que implican desequilibrios entre los contratantes, perjudicando al consumidor, violando la confianza y legítima expectativa. Empero, en tanto sean claras y de fácil comprensión, el desequilibrio no es determinante. La lesión no es nombrada directamente y solo podría surgir de una redacción oscura e incomprensible, con una desequivalencia entre prestaciones.

ORDOQUI (en MERCADER PIZZORNO, 2000) sostiene que es una forma de suprimir la lesión como vicio del consentimiento, pero permitiendo abuso en los precios. Una redacción clara, comprensible y aceptada por el consumidor, no implica que el precio no conlleve a abusos, no es regulado. La respuesta a estas cláusulas es la nulidad parcial, teniendo el Juez a posteriori que integrar el contrato como facultad excepcional.

III. 4. La lesión en el Código Penal Uruguayo

El Código Penal, en su art. 350, tiene una particular forma de apreciar al consentimiento. Ante un sujeto abusador que busca un beneficio personal o hacia un tercero, que obliga a otro, incurriendo en delito, a realizar acciones con consecuencias jurídicas perjudiciales para él o un tercero, donde la relación entre ambos es de inferioridad o desigualdad psicológica (por minoría de edad, estado de enfermedad o deficiencia psíquica), se establece la nulidad del acto y un castigo acorde a la situación. GAMARRA (2006, pp. 227-240) afirma que esta posición acerca de la lesión suprime el abuso ante la inferioridad psicológica de los incapaces, procurando sancionar los delitos económicos. Se debate sobre si la disposición alcanza al concepto de lesión.

III.5. La lesión objetiva en la Ley N.º 18212

Según CAFFERA (2018, pp. 262 y 263), la lesión objetiva es causal de anulabilidad del contrato respecto al precio del dinero, en la Ley N.º 18212, en el área de los usureros e intereses compensatorios, con base en tasas medias del mercado, aspirando a proteger contra abusos. Si el interés supera la media vertiginosamente, es factible declarar la nulidad de la clausura de intereses totales.

III.6. El Proyecto de Amézaga que no prosperó

Si bien se trata de un proyecto no aprobado, por sus características merece ser considerado en esta sección. Recuerda GAMARRA (2006) que el 19 de diciembre de 1946, durante la presidencia de Amézaga, el Ejecutivo remitió al Parlamento el siguiente proyecto de ley:

Derógase la disposición del artículo 1277 del Código Civil. Este artículo quedará redactado así: «En caso de desproporción evidente entre la prestación a cargo de una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede pedir, dentro del plazo de un año de la celebración del contrato, la anulación del mismo y obtener la restitución de lo que ha pagado, si al perjuicio material de la lesión se agrega el hecho de que su voluntad haya sido determinada por un estado de necesidad o

por su inexperiencia o por su ligereza. El juez si hace lugar a la demanda, podrá decidir la anulación del contrato y la restitución de lo pagado, o bien el reajuste equitativo de las obligaciones» (pp. 243-244).

Señala GAMARRA (2006) que le parece conveniente «introducir la idea de explotación o abuso, que es el núcleo de la lesión calificada» (p. 244) y entiende que es preferible el régimen de la nulidad relativa consagrado por el proyecto.

IV. Conclusiones

IV.1. Síntesis del estudio histórico

A lo largo de este escrito ha podido observarse cómo la figura de la lesión ha evolucionado conforme pasaron los siglos. Ha sido desconocida por algunos sistemas, considerada objetiva, subjetiva y complejamente, circunscripta a ciertas áreas e incluso desarrollada cabalmente por otros. En puridad, no puede hablarse de una evolución lineal del concepto, sino de diversas ramificaciones de este.

Sin perjuicio de lo anterior, puede observarse cómo ha sido recogida, cada vez más, por los distintos ordenamientos, atendiendo a un alejamiento del liberalismo clásico sobre el cual reposa esencialmente la equivalencia subjetiva de las prestaciones.

IV.2. Síntesis del estudio comparativo

Del análisis de las legislaciones comparadas resulta que la ley uruguaya ha quedado prácticamente en una posición de soledad, puesto que los códigos modernos tienden a contemplar la lesión (generalmente de forma compleja: objetiva y subjetivamente). Por su parte, el codificador oriental ha reducido la figura de la lesión a la partición, desconociéndola íntegramente en el área contractual.

IV.3. Síntesis del estudio lógico-sistemático

El rechazo de la lesión es de carácter general en la legislación uruguaya, por imperio del artículo 1277 del Código Civil. Solamente se concibe en sede de partición, de forma indirecta en la LRC, de forma discutida por la doctrina respecto del art. 350 del Código Penal y objetivamente en la Ley N.º 18212.

IV.4. El sentido de la lesión en la legislación oriental

Dice el Informe de la Comisión de Codificación de 1867, recogido tanto por NIN Y SILVA (1925, p. 13) como por MARIÑO (2021), que:

Es de interés público que las convenciones lícitas sean siempre eficaces, no sólo por el respeto que merecen la promesa hecha y la palabra empeñada, sino también porque la seguridad del dominio contribuye, en gran manera, al desenvolvimiento de la riqueza y a la mejora de la condición material de la sociedad. El hombre debe contratar con prudencia, y si no lo hace y se perjudica, la ley no debe prestarle auxilio (p. 26).

Considerando lo anterior, es preciso afirmar que el codificador oriental ha encontrado en la lesión, por un lado, un potencial peligro que restaría valor al compromiso, la palabra, la honra propia de la época. Por otro, un obstáculo para la fluida circulación de bienes propia del liberalismo imperante en la época.

IV.5. La previsión legal y la realidad actual

Es un hecho que la previsión del art. 1277 ha devenido anacrónica. Mientras la legislación comparada ha evolucionado en distintas direcciones respecto a la lesión, el régimen general del Código Civil Uruguayo se ha mantenido incambiado y subsiste en una época donde los principios generales de derecho, como la buena fe, han sido desarrollados de tal forma que son considerados de raigambre constitucional.

Señala GAMARRA (2011, p. 157) que optar por la libertad y descartar la igualdad a la hora de contratar resulta en una elección «arbitraria» pero legítima, visto que se trata de dos principios recogidos por el orden constitucional.

Es tarea del legislador revertir tal situación. Entendemos que podría arribarse a una solución de lesión calificada similar a la del Proyecto Amézcaga o a la prevista por el codificador argentino. De no modificarse el código vigente, es esperable que la lesión calificada sea prevista en la redacción íntegra de un código civil ulterior.

Bibliografía

Normativa

Argentina. (s. f.). *Código Civil de Vélez con Notas*. <https://bit.ly/3hIPfDU>

— (2014). *Código Civil y Comercial Nacional*. <https://bit.ly/3BRhQNx>

Bolivia. (1975). *Código Civil*. <https://bit.ly/3BSGiOK>

- BORDES, Gustavo. (2022) *Código Penal de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado* (3.ª ed.). Montevideo: La Ley Uruguay.
- CAFARO, Eugenio y CARNELLI, Santiago. (2020). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* (21.ª ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Chile. (1855). *Código Civil*. <https://bit.ly/3UJkzRt>
- Italia. (1942). «Codice Civile». <https://bit.ly/3tuOEIn>
- México. (1928). *Código Civil Federal*. <https://bit.ly/3RppKU6>
- Suiza. (1911). *Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)*. <https://bit.ly/3qj59Gd>
- Uruguay. (1994). *Código Civil N.º 16603*. <https://bit.ly/3hKnRVQ>
- (1865). *Código de Comercio N.º 817*. <https://bit.ly/3TBJRQg>
- (2000). *Ley N.º 17250 de Relaciones de Consumo y Defensa del Consumidor*. <https://bit.ly/3TxyUiw>

Doctrina

- CAFFERA, Gerardo. (2018) *Teoría de la Obligación, el Contrato y el Cuasi-contrato*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. (1983). La lesión. *Rev. Derecho PUCP t. 37/1983*. Pp. 161-174.
- DI PIETRO, Alfredo; LAPIEZA ELI, Angel Enrique. (1985). *Manual de derecho romano* (4.ª ed.). Buenos Aires: Editorial Buenos Aires.
- GAMARRA, Jorge. (2011). *Buena fe contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- (2006). *Imprevisión y Equivalencia Contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- (2009). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XII, vol. 5 (3.ª ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- (2009). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVI. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- LARROZA, Ricardo. (1990). La lesión objetiva y subjetiva. *Contratos. Teoría General t. 1*. Buenos Aires: Depalma.
- MARIÑO LÓPEZ, Andrés. (2021). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Comentado, anotado y concordado*, (5.ª ed.). Montevideo: La Ley Uruguay.

- MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés. (2016). Lesión. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 102, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay. Pp. 77-90.
- MERCADER PIZZORNO, Teresa. (2000). Aspectos Generales de la Ley Numero 17250 de Relaciones de Consumo. <https://bit.ly/3TEGTui>
- MOISSET DE ESPANES, Luis. (1976). La “lesión” en el nuevo artículo 954 del Código Civil argentino y en algunas legislaciones modernas. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 29, N.º 1. Pp. 85-155. <https://bit.ly/3EahRxj>
- NIN Y SILVA, Celedonio. (1925). *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*. Montevideo: Editorial Máximo García.
- PLANIOL, Marcel. (1908). *Traité Élémentaire de Droit Civile*, t. I. (5.ª ed). París : Librairie du Conseil d’État.
- (1937). *Traité Élémentaire de Droit Civile*, t. II. (11.ª ed.). París : Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- TEXEIRA DE FREITAS, Augusto. (2003). *Consolidação das Leis Civis, História do Direito Brasileiro*. Brasilia, <https://bit.ly/3TDW5aQ>
- VIEIRA, Manuel Adolfo. (1964) *Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay. Anotado*. Montevideo: Barreiro y Ramos S.A.

