

ISSN 0797-4302

AÑO 2021

NÚMERO 59



REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO
DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO

DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº59

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

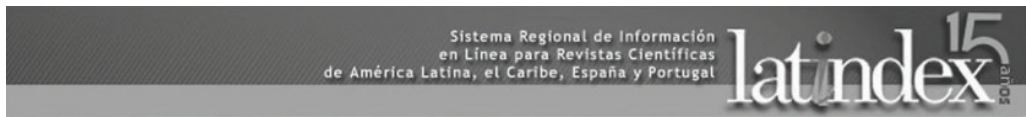
Directora
Mariana Blengio Valdés

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 30. Número 59. Noviembre 2021

Revista incluida en la base de datos:

DIALNET: <http://dialnet.unirioja.es>

LATINDEX (en catálogo): <https://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=14708>



Este número contó con el apoyo de Guyer & Regules

Correspondencia, canje y colaboraciones académicas: info@revistaderechopublico.com Dirección postal: Juan Carlos Gómez 1348 esc. 201. Montevideo – Uruguay. CP. 11.000

La Revista de Derecho Público no se responsabiliza por las opiniones emitidas por los autores en los trabajos, las que serán siempre responsabilidad de quienes la emiten.

Armado y edición: Guillermina Umpiérrez

Impresión a demanda: Forum.uy (contacto@forum.uy / 094 616 697)



Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin la autorización expresa del editor.

ISSN 0797-4302

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DIRECTORA

Mariana Blengio Valdés (Universidad de la República. Uruguay)

COMITÉ DE REFERENTES ACADÉMICOS

Sara Alvarez (Universidad de la República. Uruguay)

Salvador Darío Bergel (Cátedra UNESCO de Bioética UBA. Argentina)

Guido Berro (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Pascale Boucaud (Université Catholique de Lyon. Francia)

María Casado (Universidad de Barcelona. España)

Ruben Correa Freitas (Universidad de la República. Uruguay)

Carlos E. Delpiazzo (Universidad de la República. Uruguay)

Augusto Durán Martínez (Universidad de la República)

Carmelo Faleh Pérez (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. España)

Ronaldo Gialdino (Universidad de Buenos Aires. Argentina)

Francisco Leita (Universidad Degli Studi di Padova. Italia)

Mario Armando Márquez (Asociación Argentina de Derecho Constitucional)

Alejandro Pastori (Universidad de la República)

Ana Pita (Universidad de Vigo. España)

José Enrique Pons (Academia Nacional de Medicina. Uruguay)

Martín Risso Ferrand. (Universidad Católica del Uruguay)

María Elena Rocca (Universidad de la República)

Felipe Rotondo (Universidad de la República)

Mariela Rubano (Universidad de San Sebastián. Chile)

Jaime Ruben Sapolinski (Universidad de la República. Uruguay)

José Luis Shaw (Universidad de la República. Uruguay)

Frederic Vacheron (Oficina Regional UNESCO. Uruguay)

EQUIPO DE APOYO EDITORIAL

Miguel Bonomi (Universidad de la República)

Rodrigo Días Inverso (Universidad de la República)

Mariel Lorenzo Pena (Universidad de la República)

María Emilia Miller (Universidad de la República)

Valentina Pereira Laport (Universidad de la República)

Jean Paul Tealdi (Universidad de la República)

Camila Umpiérrez Blengio (Universidad de la República)

Abril Umpiérrez Blengio (Universidad de la República)

CONTENIDO

DOCTRINA

Interés superior de la vejez <i>Mariana Blengio Valdés</i>	7
Delegados sectoriales del Servicio Civil <i>Miguel Bonomi Santurio</i>	29
Derechos sexuales y reproductivos en tiempos de COVID 19 con énfasis en los procesos de embarazo y parto en Uruguay <i>Romina Gallardo Duarte, María de la Paz Echetto</i>	47
Aspectos jurídicos del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas <i>Gonzalo F. Iglesias Rossini</i>	67
La imposición de medidas unilaterales en interés de la comunidad en su conjunto y la responsabilidad internacional de los Estados. Teoría y práctica <i>Alejandro Pastori Fillol</i>	93
JURISPRUDENCIA COMENTADA Análisis del concepto de tortura, trato cruel, inhumano y degradante en la sentencia “IV vs. Bolivia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Victoria Pasquet</i>	117

INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ
BEST INTEREST OF OLD AGE
INTERESSE SUPERIOR DAS PESSOAS IDOSAS

*Mariana Blengio Valdés**

RESUMEN. El envejecimiento como fenómeno social ha pasado a ser en las últimas décadas una de las temáticas más desafiantes para el derecho y la bioética. A partir de esta premisa se abordan sus diferentes aristas, analizando específicamente la necesidad de proyectar la protección de los derechos de las personas de mayor edad desde una perspectiva que pretende proporcionar elementos para promover posibles ajustes en la legislación especialmente en sede de garantías, así como la promoción y puesta en marcha de buenas prácticas administrativas. En tal sentido se propone incorporar el concepto de interés superior de la vejez como parámetro a utilizar al momento de prevenir o resolver conflictos que atañen a las personas mayores. El enfoque se centra en la consideración del envejecimiento como un tránsito en la vida misma que no debe asociarse por defecto, a la enfermedad ni a la discapacidad e incapacidad, asumiendo la sociedad toda, el desafío de erradicar la estigmatización de los individuos de mayor edad previniendo con esto, su exclusión social.

PALABRAS CLAVE. Envejecimiento. Establecimientos de larga estadía. Autonomía. Vulnerabilidad. Garantías.

ABSTRACT. Aging as a social phenomenon has become over the last few decades one of the most challenging issues for law and bioethics. Starting from this assumption, its different as-

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad de la República. Magíster en Derecho y Bioética Universidad de Barcelona. Prof. Agr. Derechos Humanos y Bioética Facultad de Derecho Universidad de la República y CLAEH. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

pects are addressed, specifically reviewing the need to project the protection of the rights of elderly people from a perspective that intends to provide elements to foster potential adjustments to legislation, especially with regards to guarantees, as well as the promotion and enforcement of good administrative practices. Thus, this paper proposes to include the concept of best interest of old age as a parameter for preventing or solving disputes related to elderly people. The approach focuses on considering aging as a passage of life itself that must not be directly associated to sickness, disability or inability. Society as a whole faces the challenge of eradicating the stigma on elderly people in order to prevent their social exclusion.

KEY WORDS. Aging. Long-term care institutions. Autonomy. Vulnerability. Guarantees.

RESUMO. O envelhecimento como fenômeno social tem virado nas últimas décadas um dos assuntos mais desafiantes para o direito e a bioética. Partindo dessa premissa, se abordam seus diferentes aspectos, analisando especificamente a necessidade de projetar a proteção dos direitos

das pessoas idosas desde uma perspectiva que pretende proporcionar elementos para promover possíveis ajustamentos à legislação, especialmente em relação com as garantias, assim como a promoção e instauração de boas práticas administrativas. Neste sentido, se propõe incorporar o conceito do interesse superior da pessoa idosa como parâmetro para prevenir ou resolver conflitos vinculados as pessoas idosas. A abordagem considera o envelhecimento como um trânsito da própria vida, que não tem que se associar por defeito à doença, deficiência e incapacidade; assumindo a sociedade toda o desafio de eliminar a estigmatização das pessoas idosas, para evitar sua exclusão social.

PALAVRAS-CHAVES. Envelhecimento. Moradias de longa permanência. Autonomia. Vulnerabilidade. Garantias.

I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento como fenómeno social ha pasado a ser en las últimas dé-

cadav una de las temáticas más desafiantes para el derecho y la bioética. El envejecimiento de las poblaciones determinado esencialmente por la longevidad, viene generando múltiples consecuencias que transversalizan los impactos en diferentes ámbitos, tanto económicos, sociales, culturales, sanitarios, educativos. A la vez que interpelan a numerosos actores tanto públicos como privados, en función de la necesaria búsqueda de fórmulas que permitan proyectar el envejecimiento y asegurar su abordaje desde la perspectiva de los derechos humanos y su debida protección jurídica incluyendo la incorporación de garantías que aseguren el derecho ante posibles vulneraciones.

Entre 2015 y 2020 el aumento de la población mayor de 60 años en el mundo, ha superado a la de menos de 5 años, lo que arroja una estadística relevante para reafirmar la importancia del análisis de la realidad a la cual nos enfrentamos, entre otras razones, por las consecuencias que la misma conlleva¹. Los seres humanos que habitan en países con ingresos altos y medianos han prolongado notoriamente los años que viven y no solo lo han hecho en forma temporal sino también en forma cualitativa. Es decir, esas personas en términos generales viven no solo más tiempo, sino aunque no siempre, en forma más sana, en virtud entre otras razones de avances científicos y tecnológicos que han permitido el control de enfermedades y el descubrimiento de medicamentos y tratamientos además de otros múltiples avances que facultan a los individuos vivir mejor o sobrellevar con mejor resultados sus dolencias. Unido a una búsqueda de bienestar a partir del aprendizaje en el plano alimentario y físico que permite fortalecer los procesos de prevención de enfermedades. Fenómeno que por cierto no es ajeno a la pobreza y por ende sujeto a las consecuencias devastadoras que ésta genera en las personas que dependen de pensiones o jubilaciones.

Esa esperanza de vida mayor a los 60 irrumpe en el universo colectivo generando no solo cambios en el plano demográfico sino también en el cultural y social. Con aristas que trascienden como hemos dicho las clásicas previsiones normativas. Lo relevante de este fenómeno que es preciso atender, es que en la medida que la tendencia se mantenga, en unos 30 años la población mayor de 60 años llegará a 28 % y la esperanza de vida trascenderá a los 80 años. No resulta difícil entonces visibilizar algunas de las consecuencias que esta nueva realidad determinará en relación a las condiciones que las personas requerirán en materia de protección de sus derechos y específicamente el concepto amplio de cuidados.

1 <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/envejecimiento-y-salud#:~:text=Desde%20un%20punto%20de%20vista,y%20finalmente%20a%20la%20muerte.>

En el Uruguay y atento a los últimos datos estadísticos relevados en el último censo de 2011, el 14 % de la población contaba con más de 64 años. Actualmente se estima que ese porcentaje se sitúa en el 19.5 % y al igual que en otros países es el grupo de personas de más de 80 años el que más aumenta. Siendo más las mujeres que los varones.² Como dato también estadístico corresponde destacar que el 87 % de los adultos mayores de 65 vive en zonas urbanas. Los departamentos que más personas mayores tienen son: Rocha, Flores, Florida, Lavalleja y Montevideo. Y en relación al entorno familiar el 97 % de las personas mayores de 65 años vive en este ámbito mientras que el 3 % sería el porcentaje que mayoritariamente habita en establecimientos de larga estadía. (Llado y Pérez, 2016).

II. ¿QUE ES EL ENVEJECIMIENTO?

El envejecimiento es un tránsito, una etapa de la vida misma. No se trata de una etapa separada de nuestra vida cotidiana. Tampoco se debe asociar envejecimiento a enfermedad. El gran desafío radica en lograr erradicar la estigmatización de los individuos que tienen más años, discriminación que parte de la premisa que son dependientes y deben ser asistidos o atendidos bajo tutorías, asumiendo una situación de presunta dependencia. Para entender esta etapa de la vida que generalmente se tiende a estratificar, debe vencerse el miedo a la dependencia que en muchos casos se encuentra alimentado por estructuras de poder. Pues el miedo que produce la vejez es una puerta para la exclusión social. Y esa exclusión genera en el universo colectivo el concepto de que la persona mayor es una carga para la sociedad. A diferencia de la niñez, cuya ventana de vida hace que su tratamiento sea radicalmente distinto. También es esta última, una etapa de la vida misma. Un tránsito hacia la adolescencia, juventud y luego el ser adulto.

Partiendo entonces del envejecimiento como etapa en la vida de la persona más allá de sus singularidades como las que la infancia pueda tener, corresponde visualizar algunos de sus elementos constitutivos. Para ello reafirmar que no existe una persona mayor típica (OMS, 2018). Del punto de vista biológico se entiende que el envejecimiento implica una acumulación de daños de tipo molecular y celular lo que puede determinar en formas muy variadas una posible disminución en las capacidades físicas o mentales. Lo que puede derivar además

2 Atlas Socio Democrático de la desigualdad en Uruguay. Envejecimiento y personas mayores en Uruguay. 2016. Coordinado por Llado, M y Pérez, R. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/34017/Atlas+Fasciculo+7/#:~:text=1%20aspectos%20sociodemogr%C3%A1ficos-,del%20envejecimiento%20poblacional,personas%20superan%20los%20100%20a%C3%B1os>

en un riesgo de enfermedad y muerte. Pero se trata de visualizar una etapa en la cual coexisten múltiples factores y determinantes que no nos permiten sistematizar en un solo modelo o tipo, a la vejez.

¿Qué tipo de respuesta normativa se ha dado al envejecimiento de la población?

Las personas que transitan esta etapa de la vida en la cual sus edades ascienden a los 60 o 65 años gozan de todos los derechos que los demás habitantes. Están comprendidos en su carácter de sujetos de derecho en todas las normas que tanto en el ámbito interno como internacional protegen los derechos y libertades de las personas, asegurando éstas como se puede visibilizar en la normativa, garantías eficaces para que, en caso de ser necesario, se hagan valer los derechos de las personas en forma lo más inmediata posible.

En su carácter de sujetos de derechos las personas mayores de 60 o 65 años pueden invocar múltiples fuentes normativas en las cuales habrán de ser contemplados en su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo, educación, salud, bienestar entre tantos derechos que se erigen del valor de la dignidad humana. Valor jurídico que funda nuestro ordenamiento jurídico y determina a la vez la existencia de principios que lo nutren. Incluyendo el conjunto de garantías. Lo que nos permite reafirmar que las bases ético legales para abordar la protección de las personas en esta etapa de sus vidas, coexisten en el Uruguay, tomándose como base la propia Constitución de la República fortalecida ésta por las normas internacionales de derechos humanos.

Partiendo de dicha premisa conviene destacar que en las últimas décadas se ha producido un fenómeno de especificación de normas tendientes a proteger en forma puntual a los sujetos de derecho en esta etapa de la vida. Así podemos ver como en el plano internacional una reciente y novedosa Convención en el ámbito regional ha puesto en el centro de la protección de derechos a los mayores de 60 años. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada por la Asamblea General de la OEA en Washington entró en vigor en 2017 previendo un catálogo amplio y completo de previsiones vinculadas al derecho y la bioética. Si bien a la fecha solo 8 países de los 35 del continente americano³ la han ratificado es de suponer que este documento observará un paulatino proceso de aceptación siendo por lo pronto desde nuestro concepto altamente recomendable.

³ http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

En su preámbulo este texto destaca que “las personas mayores tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos incluido el de no verse sometido a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanen de la dignidad humana y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”. Puede constatarse también como el documento refiere a texto expreso a diversas declaraciones e instrumentos regionales referidos al envejecimiento, apostando a que éste se incorpore en las políticas públicas de los diversos Estados. El otro punto relevante de esta norma radica en su ámbito de aplicación en la medida que dispone que si el ejercicio de derechos y libertades no estuviere garantizado en la legislación interna los Estados se comprometen a adoptarlas con arreglo a sus procedimientos constitucionales. Disposición que ilustra la especial naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos que desde su tronco común con el derecho internacional público imponen obligaciones a los estados que los ratifican en función de todas las personas que habitan en su jurisdicción.⁴

El otro elemento interesante a destacar de este tratado emana de las definiciones que se encuentran incorporadas en el artículo 2. Allí se define lo que se entiende por envejecimiento y en forma específica la “discriminación por vejez” lo cual resulta de interés a la hora de aplicar el derecho. Se trata de “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o de cualquier otra esfera de la vida pública o privada”. El texto también define algunas conductas ilegítimas como el “maltrato”; la “negligencia”; y el “abandono. Lo singular también radica en que el texto incorporará conceptos con una clara referencia al abordaje bioético. Así encontramos la definición de “cuidados paliativos” y en sede del reconocimiento al derecho humano a la salud las voluntades anticipadas o directivas finales. Estableciendo además el principio de autonomía y auto determinación de la persona mayor de 65 años. Lo que se proyecta en el artículo 11 al consagrar a texto expreso el “derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud”, considerándolo “irrenunciable” y previendo que la “negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor”. Agrega en sede de características de este consentimiento que el mismo debe ser informado, libre, previo y expreso. Con la posibilidad de revocación. Todo ello

4 Puede ampliarse en BLENGIO VALDÉS, Mariana. Manual DDHH, 2019. IJ Editores. Montevideo.

aplicable en cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación en el ámbito de la salud.⁵

La Convención incorpora estas previsiones en observancia del principio de autonomía, uno de los cuatro principios unánimemente aceptados por la Bioética y el Derecho a partir de instrumentos de especial relevancia histórica como el Código de Nuremberg de 1947; la Declaración de Helsinki de 1964, el Informe Belmont de 1978 y especialmente la Declaración de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en 2005.

Esta Convención sobre Derechos de Personas con mayor edad, marca un hito en la especificación normativa referida a la protección de los derechos que comprenden la vida, integridad física, libertad, salud, educación, acceso a la justicia, derechos políticos, seguridad social entre otros. Así también del punto de vista procesal consagra en su artículo 36 a texto expreso la posibilidad de presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana por una persona o grupo de personas o entidad gubernamental que consideren que alguno de los artículos de este tratado ha sido violado por un Estado Parte. Teniéndose en cuenta la naturaleza progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales entre otras consideraciones.

Evidentemente el hecho de otorgar a la normativa internacional el rango de tratado incorporando esta especificidad en función etárea resulta por demás ilustrativa de una realidad que el derecho internacional también pretende abordar como imperativo ético jurídico. De ahí la importancia de la incorporación de principios específicos de la bioética en forma armónica con los demás del ordenamiento jurídico.

En el ámbito interno y específicamente en Uruguay la regulación normativa del envejecimiento se evidencia paulatinamente. A los efectos de su descripción reiteramos la consideración inicialmente formulada en función de la normativa que le es aplicable como persona humana sin perjuicio de la singularidad etárea. Por tanto la enumeración normativa partirá de la Constitución de la República en función de la sección II y otros artículos concordantes referidos también a la protección de los derechos humanos y sus garantías. Sobre el punto conviene destacar el artículo 67 de la Carta referido a los derechos que devienen de la seguridad social, jubilación, seguros y pensión a la vejez. Y muy concretamente

5 Puede ampliarse en BLENGIO VALDÉS, Mariana. "La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario. voluntades anticipadas y suspensión de tratamientos" en Revista Derecho Público, [S.l.], n. 51, p. pp. 7-13, jul. 2017. ISSN 2301-0908. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/48>

las dos reformas parciales de la Constitución vigente de 1967. En el año 1989 la ampliación de la normativa referida al derecho a la seguridad social en los incisos 2 y 3 del artículo 67 que estableció que los ajustes a las jubilaciones y pensiones no podrán ser inferiores al índice medio de salarios y se establecerán en las mismas oportunidades que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central. Y en 1994 la anulación de leyes violatorias de éste en sede de disposiciones transitorias y especiales (artículo 2, letra V).

En materia legal encontramos diversas disposiciones que cuentan con varias décadas verificándose hoy una institucionalidad en relación a la responsabilidad en la protección de los derechos de las personas mayores. La misma se encuentra compartida por el Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Desarrollo Social. Habiéndose instaurado además dentro de éste último un Instituto específico para la atención de los Mayores con carácter nacional (INNMAYORES).

En el año 2004 se aprobó la ley 17796 que atiende la promoción integral de las personas que tengan 65 años. Prevé en su artículo 2 el reconocimiento de derechos civiles, económicos y sociales como vida, integridad física, salud, educación goce de trato digno entre otros. En forma concomitante en el año 2009 la ley 18167 la deroga creando a la vez el INNMAYORES en la órbita del MIDES. A dicho instituto se le asigna como competencias la promoción integral de los adultos mayores y la planificación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas nacionales relativas al adulto mayor.

Estas normas tanto la regional como las referidas a nivel nacional confluyen en una nueva perspectiva. Que centra al envejecimiento en la protección basada en el reconocimiento de principios como hemos expresado. Donde la autonomía resulta un elemento sustancial lo que no se opone a la necesidad de que puedan existir necesidades en función de cuidados. “Pero éstos deben ser dispensados sin suplantando la voluntad de la persona ciudadana, prestándole colaboración y ayuda pero sin sustituirla en todo aquello que pueda llevar a cabo por sí misma” (Casado, 2020).

A este proceso hay que agregarle la regulación específica de los lugares en los cuales habitan personas mayores en modalidad de residenciales o establecimientos que los albergan. Para lo cual corresponde remitir a la ley 17066 de 1998 que atiende el régimen de los establecimientos privados que alojan a personas de mayor edad. En este caso otorgaba al MSP las competencias para ejecutar políticas en el tema. Además clasificó los establecimientos privados a los que

definió genéricamente como todos aquellos que ofrecen vivienda permanente o transitoria como alimentación y otros servicios de acuerdo al estado de salud de los beneficiarios. Dentro de la clasificación la norma distingue: hogares “aquellos que sin perseguir fines de lucro ofrezcan vivienda permanente, alimentación y servicios tendientes a promover la salud integral de los adultos mayores” (artículo 3); residencias como “establecimientos privados con fines de lucro que ofrezcan vivienda permanente, alimentación y atención geriátrico gerontológica tendiente a la recuperación, rehabilitación y reinserción del adulto mayor a la vida de interrelación” (artículo 4). También se definieron los “centros diurnos y refugios nocturnos” en su carácter de establecimientos privados con o sin fines de lucro que brinden alojamiento en horario parcial, ofreciendo servicios de corta estadía, recreación, alimentación, higiene y atención sico social (artículo 5). Y por último la ley de 1998 previó los servicios de inserción familiar (SIF) “ofrecidos por un grupo familiar que alberga en su vivienda a personas mayores auto válidas en número no superior a tres, no incluyendo aquellas a las que se deben obligaciones alimentarias. Para brindar este servicio deberán operar como núcleo familiar continente, estar dotadas de sólidas condiciones morales y estabilidad, procurando el desarrollo de la vida del adulto mayor con salud y bienestar” (artículo 6).

En lo que refiere a las habilitaciones se previó en una primera instancia que estuviera a cargo del Ministerio de Salud Pública, competencia que a partir de las modificaciones legales reseñadas pasará a ser compartida con el Ministerio de Desarrollo Social en la órbita de INNMAYORES. A la normativa legal prevista en la categorización de centros donde habitan personas mayores se agrega en el año 2016 el decreto 356 que reglamenta la regulación, habilitación y fiscalización que ofrezcan servicios de cuidados a personas mayores. Su ámbito de aplicación refiere a los establecimientos públicos y privados que en forma permanente o transitoria brinden cuidados a personas mayores, tales como alojamiento, alimentación y otras prestaciones sociales y sanitarias además de los comprendidos en los servicios de cuidados residenciales del Sistema de Cuidados. En esta disposición que como vemos atiende a la fiscalización de estos establecimientos, quedan excluidos centros diurnos, refugios nocturnos y Servicios de Inserción Familiar (SIF).

En lo que refiere a la normativa que venimos reseñando corresponde también agregar las disposiciones vigentes del sistema nacional de cuidados que se crea en el 2015 a partir de la ley 19353, para casos de personas que carezcan de

autonomía para desarrollar actividades y atender por si mismas sus necesidades básicas de la vida diaria siendo mayores de 65 años.

III. INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ENVEJECIMIENTO

De la breve reseña realizada surge que en el Uruguay se ha institucionalizado la temática del envejecimiento a través de un proceso paulatino que ha incorporado previsiones normativas que atienden al fondo, esto es el reconocimiento de derechos de las personas con mayor edad, así como también en relación a la parte orgánica a través de la creación de un organismo INN MAYORES, abocado a la promoción de políticas públicas destinadas a la vejez entre otras competencias que hemos visto. Todo ello en la órbita del Poder Ejecutivo. Sobre la eficiencia de este organismo algunos datos vienen observándose en forma constante como por ejemplo la falta de recursos humanos suficientes para atender la problemática a nivel nacional, tal cual ha observado la INDDHH en informe preliminar sobre envejecimiento del año (2021) entre otros aspectos puntuales objeto de recomendaciones.⁶ Los objetivos trazados por la ley de creación del organismo no pueden ejecutarse adecuadamente en la medida que las administraciones no le brinden más recursos que permitan proyectar su capacidad operativa. Lo que en la temática específica de la fiscalización de los establecimientos de larga estadía constituye sin lugar a dudas un problema palpable. De ahí la preocupación que se ha hecho visible en los últimos años por fortalecer esta función a los efectos de poder hacer viable y efectiva la protección de los derechos de las personas que se encuentran internadas en estos centros.

Al respecto la situación de los centros de larga estadía ha sido objeto de especial atención y la denuncia incluyendo manifestaciones del propio Poder Ejecutivo a la hora de implementar la atención ante la situación de pandemia.

En relación específica a los centros de larga estadía y la necesaria fiscalización, pueden verse manifestaciones diversas. Entre ellas la preocupación de la Fiscalía de la Nación y el Poder Judicial que analizaremos a continuación, al igual que ya referido informe de la INDDHH en el ámbito de la protección no jurisdiccional como parte de sus competencias donde se incluyen diversas recomendaciones. Estas últimas, si bien se focalizan en la temática de los establecimientos de larga estadía permiten visualizar un amplio abanico de problemáticas incluyendo posibles ajustes a la legislación y las buenas prácticas tanto

6 <https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/comunicacion/noticias/inddhh-presenta-informe-preliminar-envejecimiento-derechos-humanos-su-impacto>.

administrativas como judiciales.

IV. PROBLEMAS VINCULADOS A LOS CENTROS DE LARGA ESTADÍA Y SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO JUDICIAL

Especial atención nos merecen dos sentencias dictadas por el Poder Judicial en el transcurso de estos dos años en primera y segunda instancia⁷. Las que vinculan a la problemática denunciada en centros de larga estadía (ELEPEMs). Lo relevante de ambos casos resulta ser que es la Fiscalía en lo Civil de Montevideo en la persona del Dr. Daniel Gutiérrez, la que en su calidad de representante legal de intereses difusos del Departamento de Montevideo la que solicita la adopción de medidas de protección legal de personas internadas en residenciales o establecimientos de cuidados al Poder Ejecutivo. En la persona de los Ministerios de Salud Pública y Desarrollo Social. La demanda denuncia que siendo Uruguay uno de los países que posee mayor porcentaje de personas mayores no todos los residenciales para alojarlos en la capital se encuentran habilitados sin existir además, un plan específico para proceder a la fiscalización y por ende habilitación efectiva ni tampoco sanciones que determinen en su caso el cierre ante la constatación de violaciones a los derechos humanos. En tal sentido la demanda alude a la necesidad de fortalecer a estos ancianos en su calidad de residentes de estos centros de larga estadía en tanto sujetos vulnerables del sistema social, político y jurídico. Instando a que los residenciales también se ordenen y funcionen en el marco de la normatividad.

En primera instancia el fallo de la magistrada V. Ginares en atención a la denuncia incoada condena al MSP y al MIDES a intimar a los establecimientos y alojamientos de personas mayores del departamento de Montevideo en plazos de 30 y 180 días para regularizar la habilitación. En la sentencia se expresa que: “si la normativa impuesta por el legislador supera las posibilidades reales del país no puede servirle de excusa al Estado para flexibilizar el cumplimiento de la legislación que ha dispuesto en la protección de las personas vulnerables”. (punto 8 de la sentencia).

En apelación (TAT 4º. T, sentencia 110/2021) se confirma parcialmente el fallo condenándose al MSP y al MIDES a intimar en forma coordinada a los establecimientos de alojamiento de larga estadía de personas del departamento de Montevideo que no hayan cumplido sus habilitaciones a que en un plazo de 30

⁷ Sentencia de primera instancia Nro. 41/2020 de 29 de julio 2020, dictada por el Juzgado Letrado en lo Civil 7º. T. Sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º. Turno. Nro. 110/2021 de 18 de octubre 2021.

días en los caos de ELEPEM de situación crítica y de 180 días en los demás casos continúen y avancen en sus distintas etapas en el proceso de regularización de sus habilitaciones. Debiéndose acreditar ante la sede el cumplimiento de la obligación impuesta mediante la acreditación de las intimaciones cumplidas.

Ambas sentencias refieren a la calificación realizada por el informe de IN-MAYORES que obra en el expediente según éste mismo indica. Lo que entendemos no incluiría los servicios de inserción familiar, esto es los ofrecidos por un grupo familiar que alberga en su vivienda a personas mayores auto válidas en número no superior a tres, sin comprender aquellas a las que se deben obligaciones alimentarias. Podría agregarse un elemento que no surge de la demanda ni de las resultancias que alude a la transparencia en relación a la actualización de datos vinculados a las habilitaciones en función del principio de transparencia incorporado en la ley 18831.

En lo central de la temática el accionamiento y los fallos abordan la situación de las personas que son alojadas o internadas en establecimientos de larga estadía cuyo porcentaje en Uruguay se estima en el 3 % de los adultos de mayor edad. Se trata de una realidad en la cual, el abordaje de las condiciones de alojamiento, constituye una constante en la interacción de la sociedad uruguaya desde hace décadas. Con situaciones muy variadas. En tanto co existen establecimientos habilitados con cumplimiento de normativa y muy buenas condiciones de atención, junto con otro conjunto de situaciones que en este caso son las que focalizan las sentencias del Poder Judicial que no lo cumplen. Y que permanecen en un tránsito indefinido. Las que, en diversas situaciones, arrojan luces rojas como las que ilustra este tipo de demandas y fallos. Que lo que hacen es poner a la luz problemas subterráneos que la sociedad en su conjunto no quiere ver. Que la sociedad calla porque en su nudo se encuentran muchos actores, individuales y sociales, no solo las personas que pasan a ser residentes de estos denominados ELEPEM sino también las familias o los responsables cualesquiera sean formalmente. Además del Estado.

El rol del Estado en la fiscalización no es una mera formalidad es una forma de legitimación de un servicio que debe ser habilitado en función de parámetros sanitarios y sociales por corresponder. Habiendo sido consagrado en vía legal y por ende de necesario cumplimiento con una justificación muy legítima que atiende un interés general que es el bienestar de personas. Quienes, en la mayoría de los casos, no van a poder salir libremente del lugar donde han sido destinadas a vivir un período de tiempo cuya extensión resulta indeterminada.

En forma acorde con lo reafirmado conviene repasar la referencia que se hace a los aportes de Kemelmajer, 2006 en el primer fallo:

El aumento del número de ancianos alojados en geriátricos es muestra, entre otros factores, del espacio vacío dejado por la familia. Los geriátricos constituyen fenómenos jurídicos complejos en su definición y en su funcionamiento. Se trata de un instituto jurídico polisémico: en su configuración intervienen normas de derecho público y reglas de derecho privado. El fenómeno también se enmarca dentro de uno de los signos visibles de la economía contemporánea caracterizada por una fuerte expansión del sector de los servicios prestados a los consumidores, dentro de los cuales es posible ubicar a la prestación de servicios geriátricos. Desde esta perspectiva, el anciano actúa como un consumidor o usuario en el cual la relación económica aparece teñida por un fuerte interés público que se exterioriza a través del poder de policía estatal. El contrato celebrado es atípico, bilateral, oneroso de tracto sucesivo, de cambio. Desde esta perspectiva se ha resuelto que la prestación de servicios de geriatría importa una relación contractual atípica que involucra un conjunto de servicios que trascienden al simple suministro de alojamiento y alimentación, incluyendo también el cuidado, la vigilancia y la prestación médica convenida.

De ese triángulo en el cual confluyen responsabilidades es que emergen las problemáticas. El rol del Estado de fiscalizar, las responsabilidades individuales y colectivas en función el contrato que da origen al vínculo y múltiples aspectos conexos. Aspectos todos que conviene destacar no se resuelven con la habilitación como mera formalidad, sino con la constante fiscalización de las condiciones a largo plazo. Al igual que se mantiene una constante vigilancia de establecimientos en los cuales se brindan servicios sociales por privados.

Múltiples aristas entonces reúne este problema que lleva a evaluar la eficacia de las estructuras en función de capacidades y recursos humanos del Estado para llevar adelante la tarea, que no se agote en formalidades sino que atienda a una permanencia acorde con la función directiva y responsabilidad final en la esencia de la habilitación. Por tanto el reforzamiento de las instituciones como INMAYORES en esta tarea debería ser analizada a la luz de los resultados. Así como también la búsqueda de mecanismos que permitan una interconexión entre los ámbitos sanitario y social, esto es MSP y MIDES, en relación a la tarea misma a realizar. Que no suponga nunca una superposición o desfasaje.

Otros aspectos ya exceden la temática de las habilitaciones y remiten a una

realidad que nos lleva a analizar la necesidad de instrumentar mecanismos de protección eficaces para las situaciones de presunta vulneración o vulneración misma tal cual abordaremos en el próximo punto.

V. GARANTÍAS ESPECÍFICAS EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ

En materia de garantías el ordenamiento jurídico nos abre un abanico interesante. En este caso tanto en materia de amparo partiendo de la interpretación armónica de la Constitución en sus artículos 7, 72 y 332, la ley 16011 nos permite accionar en casos de amenaza o lesión de un derecho. En su carácter residual el instituto operará cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el resultado pretendido o que no fueran lo suficientemente eficaces.

Sobre amparo dos normas complementarias han focalizado acciones vinculadas a la infancia o niñez y la violencia de género. El Código de la Niñez y Adolescencia (ley 17823) introdujo bajo el título “acciones especiales” la acción de amparo para la protección de los niños y los adolescentes en su artículo 195. Son titulares de esta acción los interesados, instituciones de interés social, asociaciones y el Ministerio Público. Fue un ajuste normativo desde nuestro concepto que apunta a promover la protección de niñas, niños y adolescentes en situaciones de riesgo o vulneración de derechos.

En forma similar aunque basada en la temática vinculada a la protección de la igualdad de género, la ley 19846 de 2019 incorpora disposiciones que apuntan a garantizar la igualdad de derecho y la no discriminación en base al género entre mujeres y varones. En su artículo 20 se introduce la garantía específica de la acción de amparo en función de la violencia de género.

La elaboración de instrumentos jurídicos que permitan abordar situaciones garantistas en función de la edad y la problemática constituye una importante herramienta para promover los derechos de las personas. Y en este caso comprendemos que al igual que se incorporó una perspectiva de infancia en la garantía del amparo a través del Código de la Niñez y la Adolescencia, es clara la analogía en relación a la vejez. Máxime teniendo en cuenta que en los tiempos vitales aun siendo esenciales en cada minuto para cualquier ser humano, en el caso de la vejez potencian aún más esta circunstancia. En este sentido 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 que justamente ordena la adopción de disposiciones que promuevan la protección.

Por cierto y en materia de garantías específicas en forma complementaria podría ser pertinente su abordaje específico desde la protección no jurisdiccional. Sobre el punto reviste especial interés la experiencia de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través del Defensor de la Tercera Edad a cuya regulación y labor nos remitimos.⁸

Con respecto a nuestro país si bien la protección de los derechos de los adultos mayores está comprendida en las competencias de la INDDHH en función de la cual se ha emitido el informe sobre Envejecimiento anteriormente relacionado y así como también diversas resoluciones sobre la problemática, la experiencia argentina a través de una Defensoría de la Tercera Edad creada y habilitada para accionar en forma específica dentro de las competencias de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires puede servir de referencia. En esta línea reviste especial interés el proyecto de ley de creación de la Defensoría del Adulto Mayor en el ámbito de la INDDHH (Carpeta No. 1225 de 2021. Repartido No. 358 de marzo 2021)⁹

En forma armónica con lo expresado y vinculándolo específicamente al acceso a la justicia pueden verse las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad emitido en la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.¹⁰ Estas reglas están destinadas a garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna a los efectos del pleno goce de los servicios del sistema judicial. Son beneficiarios las personas en situación de vulnerabilidad dentro de las cuales en función de la edad se establece: “el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”. Estas reglas de Brasilia tienen como destinatarios actores del sistema de justicia incluyendo Poder Judicial, Fiscales, Defensores Públicos, Abogados y Colegios de abogados, Ombudsman, policías y todos los otros posibles operadores en este ámbito. Un repaso de las

8 <https://defensoria.org.ar/noticias-tipo/adultos-mayores/>

9 A estudio de la Comisión de Constitución y Códigos. Defensoría del Adulto Mayor. Creación. Proyecto presentado el 9 de marzo de 2021 por el Representante Nacional por Maldonado Diego Echeverría.

10 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

reglas nos permite verificar los aspectos que habilitan que el acceso a la justicia sea efectivo como ser la asistencia legal y defensa pública en forma especializada y gratuita. Especial atención merece la sección 4 sobre la revisión de procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, propiciándose la simplificación de requisitos, la oralidad, la elaboración de formularios de fácil acceso para el ejercicio de determinadas acciones, el anticipo jurisdiccional de la prueba que permite evitar la reiteración de declaraciones que agraven la enfermedad o discapacidad. Así también la agilidad y prioridad de la tramitación de las causas relacionadas con mayores de edad; la elaboración de mecanismos interinstitucionales; la especialización de los profesionales en la materia; la interdisciplinariedad; y la proximidad territorial en casos de situación de vulnerabilidad.

Lo que vuelve a remitirnos a la Convención Interamericana para protección de Adultos Mayores cuyo artículo 31 establece en relación al acceso a la justicia: Que la persona mayor debe ser oída con debidas garantías en igualdad de condiciones que los demás individuos. Debiéndose ajustar los procedimientos en todos los procesos judiciales y administrativos cualesquiera sean sus etapas. Garantizándose la debida diligencia y el tratamiento preferencial de la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. Debiendo la actuación judicial ser absolutamente expedita en caso que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Sobre el punto y volviendo al capítulo referido a los fallos judiciales comentados, no podemos dejar de observar que la demanda implementada por la Fiscalía de la Nación a la cual hemos hecho referencia tuvo lugar en setiembre de 2019, dictándose un fallo definitivo en primera instancia casi un año después (julio 2020) y en función de la apelación dos años después la sentencia de segunda instancia (octubre 2021). Tiempos procesales que en la última etapa de la vida pueden determinar la ineficacia para muchos residentes de establecimientos a quienes se pretendió proteger.

Antes de concluir este capítulo y con el fin de insistir en el tema de las garantías reafirmando lo expresado corresponde remitirnos a las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona sobre Envejecimiento y Vulnerabilidad.¹¹ El objetivo del documento consiste en analizar los aspectos bioéticos relacionados con la vulnerabilidad y las limitaciones de la autonomía que afrontan las personas

11 <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>

mayores. Parte de la necesidad de respetar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones. Recomienda además sensibilizar a la sociedad y a la Administración para promover una cultura de respeto y reconocimiento a los mayores. Recomienda adoptar medidas preventivas y mecanismos de protección y garantía de los derechos de las personas mayores con el fin de, entre otros: establecer mecanismos de control que impidan que la familia, los profesionales, los directores de centros y servicios u otras personas puedan tomar decisiones que corresponden a las personas mayores. Así también crear mecanismos de asesoramiento y acompañamiento jurídico para garantizar el ejercicio y defensa de los derechos de las personas mayores. Además, y para el caso de vincularse con situaciones de discapacidad, en función de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU, recomienda revisar los mecanismos de autoprotección existentes, como los poderes preventivos y de asistencia, al momento de establecer los procedimientos y controles necesarios para evitar abusos y asegurar el ejercicio del derecho. Y en forma específica sugiere difundir la figura del asistente introducida en el Código Civil catalán (artículo 226).

Y en relación específica a situaciones de capacidad modificada jurídicamente punto que reviste especial interés en relación al ingreso y egreso de los establecimientos de larga estada además de los asistenciales, el documento señala que se debe tener en cuenta “asegurar que las sentencias de modificación de la capacidad de las personas sean individualizadas, flexibles, temporales y designar asimismo una persona que acompañe y apoye a la persona con capacidad natural limitada”. Así también “establecer una regulación específica para garantizar la idoneidad de los ingresos involuntarios tanto en centros asistenciales como residenciales”. (punto 7).

En conclusión, la concreción de Instrumentos que operen de garantías específicas que en forma efectiva tutelen los derechos entendemos fortalece las políticas públicas a seguir desarrollando en el ámbito de las personas con más edad. Todas ellas tienen como fundamento la consideración del factor tiempo. No solo desde la perspectiva general de los procedimientos que habilitan por ejemplo la acción de amparo, sino en función de los sujetos que debo proteger: personas mayores a quienes debe atenderse en su situación de vida y no tardíamente. Porque para la vejez, si bien la tardanza la daña tanto como a todas las personas, puede suponer en el caso de los mayores, una reparación o una aten-

ción inexistente.¹² Pues a la hora de materializarse, la tardanza en esa etapa de la vida, implica la muerte.

VI. INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ

Acuñamos esta expresión en forma conceptual, de 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. El tratado otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten. Tanto en la esfera pública o privada. A la fecha se ha constituido en uno de los grandes valores de esta Convención que parte de un cambio de paradigma trascendente en materia de protección del grupo etéreo de la infancia y adolescencia basado en la protección integral en sustitución de la vieja doctrina de la situación irregular. Concepto que trasciende desde la norma internacional a la nacional, incorporándose a texto expreso en el año 2004 con la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 6 y que se viene aplicando por la jurisprudencia en forma progresiva y constante.

Y para tomar este concepto en forma análoga, resulta de especial interés remitir a la Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a su interés superior emitida por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013.¹³ El documento refiere al interés superior del niño en su triple calidad: de principio, derecho y norma de protección.

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. No se pretende con este, determinar en forma estandarizada la solución, sino habilitar a que se pueda definir en función del interés superior de la vejez cual o que, es lo mejor. Atendiendo esa prioridad. Tanto en lo legislativo, administrativo o judicial. Como forma de guía no solo en lo público para aquellos que adoptan decisiones administrativas de alcance general o individual; legisladores; magistrados, fiscales u operadores del derecho así como también a los familiares o representantes de las personas mayores o incluso éstos mismos en la invocación de sus derechos.

¹² Aspecto que puede verse también en los fallos relacionados y el informe de INDDHH relacionado supra.

¹³ <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

En función de la obligación de observancia del interés superior de la vejez, el Estado debería garantizar su aplicación en medidas de ejecución y procedimientos administrativos o judiciales. Así también velar y cumplir porque dichas decisiones se respeten. Guiar además todas las políticas públicas que se adopten tanto a nivel local como departamental y nacional. Dando pie este interés superior de la vejez, para el establecimiento de mecanismos de monitoreo, denuncia o reparación a fin de dar pleno efecto a los derechos de la población de mayor edad.

Sobre el punto pueden destacarse también dos aspectos. El primero vinculado con la institucionalización de las personas mayores. Así como el interés superior del niño lleva a considerar su institucionalización como último recurso el “interés superior de la vejez” debe promover que la internación en establecimientos sea el último recurso. El segundo aspecto vinculado al envejecimiento activo y la existencia digna y autónoma implica erradicar el concepto generalizado de que las personas mayores tienen disminuida su capacidad o entendimiento lo que se visualiza al invertirse el principio de que todos somos capaces salvo que se pruebe lo contrario.

El desafío transformador radica en elaborar herramientas que permitan desde la información y capacitación de toda la población y especialmente algunos operadores, proyectar la singularidad del abordaje de esta etapa de la vida. Y que esto permita eliminar los estereotipos que dañan al colectivo. Entre ellos la creencia de que las “personas viejas son pobres”, “asexuadas”, “sin aspiraciones”, “sin capacidad de crear” entre las miradas que visualizan a las personas de mayor edad simplificando sus problemas y ubicándolos en la presunción de su dependencia física y síquica, inhabilidades, incapacidades y enfermedad.

Se trata de buscar que el Estado desde sus diferentes capacidades elabore una política pública que apunte a desterrar el temor a la vejez. Desmitifique una supuesta realidad alimentada por una forma de control social que resulta ilegítima, muchas veces cargada de una perspectiva sanitaria que pretende su medicalización más que su atención en bienestar y salud y amplificada en algunos casos, por el posible lucro en función de patologías acentuadas por la edad.

Que la sociedad rompa el espejo en la cual se mira, porque es ella misma la que está del otro lado de la imagen y no una problemática ajena al existir.

El interés superior de la vejez habría de incluirse entre los principios rectores que se ubican en el máximo nivel del ordenamiento jurídico en materia social, política y económica. La protección de las personas mayores como un principio

que basado en su interés superior se integre las disposiciones constitucionales en una futura reforma que tenga como objetivo la consideración de este concepto que deba guiar las decisiones en materia de envejecimiento. Incorporando la temática de la vejez como principio rector, como ya se constata en otros ordenamientos jurídicos (Constitución Española, 1978 artículo 50). Lo que entendemos facilitará a fortalecer los cambios legislativos necesarios para que pueda actuarse en función del interés superior de la vejez en forma rápida y efectiva tanto en lo administrativo como lo judicial.

Por último consideramos que bajo estos lineamientos debería forjarse a partir de la acción estatal un acuerdo social que promueva una revisión desde la educación de los de menos de 5 años comprendida toda la infancia, en un salto que les permita interiorizar su proyección a la longevidad. Además de la incorporación de programas que tanto en lo formal del sistema educativo como en lo informal, contribuyan a la transformación cultural que nos interpela a visualizar a los adultos de más edad como sujetos de derecho y no como objetos de cuidado.

REFERENCIAS

- Atlas Socio Demográfico de la desigualdad en Uruguay. Envejecimiento y personas mayores en Uruguay. 2016. Coordinado por Llado, M y Pérez, R. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/34017/Atlas+Fasciculo+7/#:~:text=1%20aspectos%20sociodemogr%C3%A1ficos-,del%20envejecimiento%20poblacional,personas%20superan%20los%20100%20a%C3%B1os>
- CASADO, Maria. Cuestiones ético sociales y decisiones individuales en torno al envejecimiento. Master Bioética y Derecho. Observatorio de Bioética y Derecho Universidad de Barcelona. 2021.
- Envejecimiento y salud. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/envejecimiento-y-salud#:~:text=Desde%20un%20punto%20de%20vista,y%20finalmente%20a%20la%20muerte.>
- Informe sobre envejecimiento y DDHH. Su impacto en políticas públicas. Con especial referencia a los cuidados, ingreso y permanencia en establecimientos de larga estadía. INDDHH, 2021. <https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/comunicacion/noticias/inddhh-presenta-informe-preliminar-envejecimiento-derechos-humanos-su-impacto>

- Documento sobre Envejecimiento y Vulnerabilidad. Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, España, 2016. <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>
- Observación General NO. 14 Comité de Derechos del Niño, ONU, 2013. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

**DELEGADOS SECTORIALES DEL SERVICIO CIVIL
SECTORAL DELEGATES OF THE CIVIL SERVICE
DELEGADOS SETORIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA**

*Miguel Bonomi Santurio**

RESUMEN. La Ley N° 19.889 reincorpora al ordenamiento jurídico uruguayo la figura del delegado sectorial del Servicio Civil, para fortalecer la aplicación y evaluación de la política de administración de personal de los organismos de la Administración Central, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados con el fin de profesionalizar y uniformizar la función pública en el Uruguay, a través del asesoramiento y el desarrollo de actividades y capacitaciones que permitan difundir buenas prácticas administrativas. El delegado sectorial constituye una prolongación técnica de la Oficina Nacional del Servicio Civil y viene a cumplir un rol necesario de articulación en cumplimiento del mandato constitucional de tender a una Administración Pública eficiente, sin que con ello se vulnere la autonomía constitucional que le es atribuida a diferentes órganos del Estado.

PALABRAS CLAVE. Función Pública. Delegado Sectorial. Administración Pública. Principio de Eficiencia. Asesoramiento.

ABSTRACT. Law No. 19.889 reincorporates into the Uruguayan legal system the figure of the sectoral delegate of the Civil Service, in order to strengthen the application and evaluation of the staff management policy of the Central Administration agencies, Autonomous Entities and Decentralized Services,

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República). Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo (U.R.). Docente Ayudante (i) de Derecho Constitucional (U.R.). Correo electrónico: miguelbonomi.1@gmail.com

with the aim of professionalizing and standardizing public service in Uruguay, through advice and the development of activities and training to disseminate good administrative practices. The sectoral delegate is a technical extension of the National Civil Service Office and plays a necessary articulating role in compliance with the constitutional mandate to strive for an efficient public administration, without violating the constitutional autonomy attributed to different State bodies.

KEY WORDS. Public Service. Sectoral Delegate. Public Administration. Principle of Efficiency. Advice.

RESUMO. A Lei n.º 19.889 reintroduz no sistema jurídico uruguaio a figura do delegado setorial para a Função Pública, para reforçar a aplicação e avaliação da política de administração do pessoal dos órgãos da Administração Central, dos Órgãos Autônomos e dos Serviços Descentralizados, com o objetivo de profissionalizar e uniformizar o serviço público no Uruguai, através do aconselhamento e do desenvolvimento de atividades e formação para a divulgação de boas práticas administrativas. O delegado setorial constitui uma extensão técnica do Gabinete da Função Pública Nacional e cumpre o papel de articulação necessário em conformidade com o mandato constitucional de tender para uma Administração Pública eficiente, sem violar a autonomia constitucional atribuída aos diferentes órgãos do Estado.

PALABRAS CHAVE. Função Pública. Delegado Setorial. Administração Pública. Princípio da Eficiência. Aconselhamento.

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Ejecutivo con fecha 9 de julio de 2020 promulgó la Ley N° 19.889, tramitada con declaratoria de urgente consideración, de conformidad con lo establecido en el numeral 7° del artículo 168 de la Constitución de la República.

La ley, en los artículos 340 a 345 del Capítulo V «Fortalecimiento del Servicio Civil de la República» de la Sección V «Eficiencia del Estado», establece la figura del Delegado Sectorial del Servicio Civil¹.

¹ Artículo 340 (Delegados sectoriales).- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución de la República, el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados tendrá los cometidos que fije la ley para asegurar una

No obstante, esta figura tiene antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que resulta conveniente desarrollar este punto, para luego ingresar en el análisis y valoración de la nueva normativa.

II. PRECISIONES PRELIMINARES Y ANTECEDENTES

El inciso primero del artículo 60 de la Constitución de la República vigente establece que «*La ley creará el Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que tendrá los cometidos que ésta establezca para asegurar una administración eficiente*».

En consecuencia, la Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC) fue creada por la Ley N° 13.640 del 26 de diciembre de 1967, siendo luego suprimida en el período de facto por el Decreto-Ley N° 14.754 del 5 de enero de 1978 y, nuevamente establecida con el restablecimiento democrático por la Ley N° 15.757 del 15 de julio de 1985.

Dentro de sus principales cometidos, entre otros, se encuentra el asesoramiento en forma preceptiva a la Administración Central, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en el diagnóstico, aplicación y evaluación de la política de administración de personal y, asimismo, está facultada a asesorar a los Gobiernos Departamentales y demás Órganos del Estado que lo soliciten.

Además, le compete asesorar a los referidos organismos de la Administración Pública en la organización y funcionamiento de sus dependencias, la racionalización de los métodos y procedimientos de trabajo y de los sistemas de información necesarios. Este asesoramiento es preceptivo en el caso de la Adminis-

administración eficiente.

El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil, podrá destinar en las unidades ejecutoras de la Administración Central, así como en los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, Delegados del Servicio Civil con la finalidad de fortalecer la aplicación y evaluación de la política de administración de personal llevadas adelante por las dependencias que correspondan.

Artículo 341 (Dependencia jerárquica).- *Los Delegados del Servicio Civil dependerán jerárquicamente de la Oficina Nacional del Servicio Civil. Los mismos constituyen funcionarios técnicos externos a la unidad ejecutora o entidad estatal a que se los destine, debiendo estas prestar toda la colaboración y suministrar toda la información en materia de recursos humanos que se les requiera. Las direcciones, divisiones, oficinas o áreas de recursos humanos de las unidades ejecutoras o entidades estatales que correspondan, podrán solicitar a los delegados referidos la asistencia que estimen pertinente.*

Artículo 342 (Competencia).- *Los Delegados del Servicio Civil desarrollarán su actividad de conformidad con la competencia atribuida a la Oficina Nacional del Servicio Civil por la Ley N° 15.757, de 15 de julio de 1985, y sus modificativas.*

Artículo 343 (Pautas de actuación).- *Los Delegados del Servicio Civil formularán, antes del cierre de cada ejercicio, un plan de actividades para ser implementado en el ejercicio siguiente el cual deberá contar con la previa aprobación de la Dirección de la Oficina Nacional del Servicio Civil.*

Artículo 344 (Disponibilidad de medios).- *Los jefes de las distintas reparticiones proveerán a los Delegados del Servicio Civil de local, muebles y útiles y demás recursos para el desempeño de su actividad, de ser necesario.*

Artículo 345 (Reglamentación).- *El Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la Oficina Nacional del Servicio Civil, reglamentará las presentes disposiciones.*

tración Central, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados y facultativo cuando se trata de los Gobiernos Departamentales y demás Órganos del Estado.

En ese sentido, el Poder Ejecutivo - en distintos momentos históricos de nuestro país - ha dictado diferentes decretos tendientes a la modernización administrativa y mejora en la eficiencia de la Administración Pública, a través del establecimiento de los denominados «*Departamentos Sectoriales del Servicio Civil*» u «*Oficinas Sectoriales del Servicio Civil*», como una prolongación técnica de la gestión de la ONSC.

En primer lugar, el Decreto N° 758/971 del 19 de noviembre de 1971, dictado por el Poder Ejecutivo encabezado por el Presidente Jorge Pacheco Areco, declaró de interés prioritario la ejecución del «*Plan de Capacitación y Racionalización Administrativa*» elaborado por la ONSC con la asistencia del «*Programa de Capacitación del Servicio Civil de las Naciones Unidas*», para la formación de los Departamentos Sectoriales del Servicio Civil, orientados al asesoramiento de las Direcciones de los Ministerios o Unidades Ejecutoras, de las que dependerían directamente, manteniendo una relación funcional con la ONSC, que las asesoraría y supervisaría técnicamente.

En segundo lugar, el Decreto N° 565/972 del 14 de agosto de 1972, dictado durante la Presidencia de Juan María Bordaberry, creó las Oficinas Sectoriales del Servicio Civil en varios Ministerios y Unidades Ejecutoras, dependiendo éstas jerárquicamente del Director General o del Director Nacional del Organismo. Estas Oficinas Sectoriales del Servicio Civil tuvieron por cometido la mejora de la eficiencia de la Administración Pública a través de la aplicación de las técnicas de racionalización administrativa y de administración de personal, constituyéndose internamente por dos unidades de trabajo, una de Racionalización Administrativa y otra de Administración de Personal.

En tercer lugar, el Decreto N° 821/975 del 28 de octubre de 1975 dictado durante el período de facto por el Poder Ejecutivo a cargo de Juan María Bordaberry, estableció el funcionamiento en todos los Ministerios de Oficinas Sectoriales del Servicio Civil como unidades asesoras en materia de modernización administrativa, detallándose las funciones de sus respectivas áreas de Racionalización Administrativa y de Administración de Personal.

Finalmente, en cuarto lugar, el Decreto N° 212/986 del 18 de abril de 1986, dictado durante la primera Presidencia del doctor Julio María Sanguinetti, luego del restablecimiento democrático, estableció el funcionamiento de Oficinas Sectoriales del Servicio Civil o unidades análogas en las Direcciones Generales

de Secretaría de cada Ministerio, como asesoras en materia de administración, con la finalidad de impulsar la labor de la ONSC en materia de reforma administrativa, fortaleciendo la infraestructura técnica del sistema. Estas Oficinas dependían jerárquicamente de la Dirección General de Secretaría del Ministerio o de la Dirección de la Unidad Ejecutora, según correspondiera y, la ONSC las orientaría técnicamente la actividad de éstas para el desarrollo de proyectos verticales y horizontales. El desarrollo de actividades por parte de las Oficinas Sectoriales del Servicio Civil estaba organizado en tres áreas de trabajo: Racionalización Administrativa, Administración de Personal y Capacitación.

III. TRÁMITE PARLAMENTARIO.

III.1. Iniciativa del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo remitió al Poder Legislativo con fecha 23 de abril de 2020 el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7º del artículo 168 de la Constitución de la República.

En la correspondiente «Exposición de Motivos», en lo que refiere al Capítulo V de la Sección V que contiene las normas atinentes al Servicio Civil de la República, el Poder Ejecutivo (2020) expresó:

[Se recupera] la figura del Delegado Sectorial prevista en la Constitución de la República, quienes tendrán una activa participación en la definición de la política en materia de recursos humanos a nivel de cada entidad estatal, bajo una visión de conjunto definida por la ONSC, capaz de responder a las necesidades de la organización y resuelva las asimetrías hoy existentes en la gestión de capital humano con que cuenta el sector público.
(p.21)

III.2.1. Comisión Especial para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración de la Cámara de Senadores.

La Cámara de Senadores en su 11ª Sesión Extraordinaria del 28 de abril de 2020 creó por la unanimidad del total de sus componentes la mencionada Comisión Especial, la que se integró por quince Senadores.

Esta Comisión Especial, en su Sesión de fecha 14 de mayo de 2020, recibió al doctor Rodrigo Ferrés Rubio, Prosecretario de la Presidencia de la República, y a los doctores Conrado Ramos y Ariel Sánchez, Director y Sub-Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, respectivamente, quienes expusieron sobre

la Sección «Eficiencia del Estado» del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

En dicha oportunidad, el Prosecretario de la Presidencia (2020a) informó que:

[La idea de los Delegados Sectoriales es que] la Oficina Nacional del Servicio Civil, que tiene una competencia muy amplia sobre diversas entidades estatales, que a su vez tienen sus propias divisiones de recursos humanos, cuente en el futuro (...) con personal muy calificado que asesore a las distintas divisiones de recursos humanos de otras dependencias del Estado sobre cuestiones vinculadas con la evaluación, el desempeño y la propia dinámica de funcionamiento de los trabajadores. De esa forma, existirían criterios similares y objetivos imparciales en las distintas divisiones de recursos humanos de las diferentes entidades estatales.

Sobre el particular, algunos Senadores integrantes de la Comisión Especial expresaron sus diferentes puntos de vista acerca de la figura de los Delegados Sectoriales.

En primer lugar, el Senador Mario Bergara (2020b) manifestó:

Tenemos bastantes dudas con respecto a este punto. Nuevamente nos cuesta amalgamar roles diferentes: el rol rector y el rol coordinador de la Oficina Nacional del Servicio Civil para regular, asesorar y controlar la gestión de la parte humana, con la ejecución y la gestión específica de cada organismo. Nuestra primera reacción es que una intervención tan directa y presencial de la Oficina Nacional del Servicio Civil en la gestión humana de los organismos puede obstaculizar más que facilitar los procesos de gestión. No nos parece que ayude, sino que hasta puede conspirar contra la agilidad y la eficiencia de un mejor servicio civil. Esa es nuestra primera reacción, pero quizás nos pueden convencer sobre algo diferente (...) Sentimos que esta es una propuesta en la que la oficina, a nivel presencial en los organismos sería de una injerencia excesiva, no por un tema de controles –que igual los tiene que hacer–, sino por un tema de confusión entre lo que es la guía, la regulación, el asesoramiento y el control, con la efectiva gestión. Se van a confundir la gestión y el control, y ahí se pierde el conflicto de objetivos, que es fundamental.

En segundo lugar, el Senador Sergio Botana (2020c) señaló:

Todos los que hemos participado en la organización de las distintas áreas del Estado en sus diferentes niveles –nacional y departamentales– tenemos la permanente intervención de uno o dos técnicos del Tribunal de

Cuentas para controlar que cada gasto se ajuste a la normativa legal. Creo que es un aporte enorme contar con alguien que está dentro del organismo, que lo comprende cabalmente, que conoce sus objetivos, pero que, a su vez, conoce la norma que lo regula y cuáles son los criterios del Tribunal de Cuentas. Esto nos permite tener un oportuno control de la legalidad del gasto, nos cuida de los desvíos y asimismo enseña mucho sobre las mejores prácticas en los organismos (...) Ese diálogo permanente es altamente contributivo; seguramente este funcionario –creo que la persona debe tener un perfil técnico muy claro– podrá contribuir al número de funcionarios, al respeto del funcionario, al respecto por sus derechos y por su carrera. Además, puede ser un espacio de control de los excesos del administrador público para con sus funcionarios y un testigo de la conducta del propio funcionario in situ.

Y, en tercer lugar, el Senador Charles Carrera (2020d) expresó:

El rol que le quieren dar a partir de estas normas se asimila mucho al tema de los delegados del Tribunal de Cuentas o de la Auditoría Interna de la Nación, que tienen un rol de acuerdo a la Constitución de la República o al propio TOCAF [Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera]. Yo creo que el rol de la Oficina del Servicio Civil es más de asesoramiento, de acompañamiento, de diseño. A nosotros nos preocupa el hecho de que hay que hacer esa división porque, de lo contrario, se estarían violando competencias de otros organismos.

Por su parte, el Sub-Director de la ONSC (2020e) evacuó los planteos formulados por los Senadores, manifestando:

Esta norma establece que trabajarán a nivel de la Administración Central, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, en coordinación con los Recursos Humanos de cada una de las organizaciones y, obviamente –como no podía ser de otra manera–, respetando las independencias de autonomías estatutarias que tiene cada organización, como ocurre en el caso de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y con menos autonomía estatutaria, pero regida por el Estatuto del Funcionario Público, a nivel de la Administración Central. Esto implica poder ubicar a nivel de cada una de las Unidades Ejecutoras a nivel de la Administración Central o de los Recursos Humanos a nivel de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados un Delegado del Servicio Civil que pueda transmitir las buenas prácticas en materia de gestión humana como, por ejemplo, a la hora de

los procesos de ingreso, del análisis de la carrera administrativa y de las demás tareas propias de la gestión humana, como son la capacitación o la movilidad, sin otra intención que no sea la de apoyarlos y aunar los criterios de buenas prácticas en materia de gestión humana. (...) La idea es simplemente seguir profesionalizando la gestión humana del Estado.

Finalmente, la Comisión Especial, en su Sesión de fecha 28 de mayo de 2020, aprobó por 8 votos en 15 las normas del Capítulo V sobre «Fortalecimiento del Servicio Civil».

III.2.2. Cámara de Senadores

El Pleno de la Cámara de Senadores en su 14ª Sesión Extraordinaria y Permanente celebrada el 3 de junio de 2020 votó en general el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, el que fue aprobado por 18 votos en 31.

Asimismo, el Senado de la República en su 16ª Sesión Extraordinaria y Permanente del 5 de junio de 2020 votó en forma particular los artículos 336 a 341 (actuales 340 a 345), los que fueron aprobados por 16 votos en 26.

III.2.3. Comisión Especial para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración de la Cámara de Representantes

La Cámara de Representantes en su 24ª Sesión Extraordinaria del 8 de junio de 2020 creó por la unanimidad de los miembros presentes la mencionada Comisión Especial, la que se integró por veintiún Representantes.

La Comisión Especial, en su Sesión de fecha 12 de junio de 2020, recibió la comparecencia de los doctores Conrado Ramos y Ariel Sánchez, Director y Sub-Director de la ONSC, respectivamente, quienes expusieron sobre la Sección V «Eficiencia del Estado» del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

El Director de la ONSC (2020f) expresó que:

Se crea la figura de los delegados de la Oficina Nacional del Servicio Civil (...) que puedan facilitar la labor del Servicio Civil, tanto en la Administración centralizada como en la descentralizada. (...) Ellos cumplen la función de apoyar la tarea que se nos viene en la Oficina Nacional del Servicio Civil de monitoreo de calidad y de madurez de los desempeños de gestión humana en cada Inciso. Algunas de estas normas tienen carácter transitorio, en el sentido de que estamos diseñando un nuevo sistema de carrera para la Administración Central.

A propósito de ello, el Representante Nacional Alejandro Sánchez (2020g) cuestionó lo siguiente:

En cuanto a los delegados de la Oficina Nacional del Servicio Civil, me surge un paralelismo con los delegados del Tribunal de Cuentas. Mi pregunta es: ¿Cómo se van a reclutar estos delegados? ¿Van a ser funcionarios de los Incisos correspondientes, como sucede con los delegados del Tribunal de Cuentas, que en realidad son funcionarios del Inciso que cumplen esa función de delegados? ¿Cómo funcionaría el sistema de delegados de la Oficina Nacional del Servicio Civil? ¿Cuál sería la forma de reclutamiento? ¿Se ha previsto cuántos va a necesitar? Se ha dicho aquí que va a abarcar un conjunto de áreas importantes.

Al respecto, el Sub-Director de la ONSC (2020h) contestó a las interrogantes expresando:

Conozco el instituto de los delegados y sé que no lograron funcionar adecuadamente porque no tuvieron una contraparte adecuada, ni el apoyo total del Poder Ejecutivo en su momento. Tampoco tuvieron un apoyo sustantivo en los Ministerios, para donde estaban pensados en aquel momento. Más allá de eso, a mi juicio, el instituto es muy pertinente. (...) La pretensión es ahondar en las mejores prácticas que tienen que ver con la gestión de los recursos humanos. (...) Lo que creemos es que esta figura del Representante Sectorial del Servicio Civil lo que hará será apoyar la buena gestión y lograr (...) algo difícil para el Servicio Civil: rendir cuentas a nivel del Parlamento Nacional cuando se nos pide información sobre cantidad de funcionarios públicos, modalidades contractuales y cumplimiento de las cuotas establecidas legalmente, por ejemplo, de discapacitados, afrodescendientes, trans y, ahora, personas que tuvieron alguna situación triste de violencia doméstica. (...) Estamos convencidos que esto parte de la base de fortalecer el diálogo, tanto con la Administración central como con la Administración descentralizada, que es competencia del Servicio Civil de acuerdo al artículo 60, y eso nos permitiría mejorar la gestión. Esa es la lógica; entendemos que aquella figura de delegados que siempre se pensó por aquellas personas que, de alguna manera, idearon el Servicio Civil, debe tener un adecuado fortalecimiento en materia de capacitación. (...) En cuanto a cómo haríamos el reclutamiento: similar al que se hizo para apoyar los concursos en la Administración Central. Se trató de una convocatoria de personas idóneas, con formación en gestión humana y la idea es

hacerlo por concurso. Primero se analizarían sus méritos y, luego, habría que capacitarlas (...).

Finalmente, la Comisión Especial, en su Sesión de fecha 25 de junio de 2020, aprobó por 12 votos en 21 las normas del Capítulo V sobre «Fortalecimiento del Servicio Civil».

III.2.4. Cámara de Representantes

La Cámara de Representantes, en su 26ª Sesión Extraordinaria del 1º de julio de 2020, votó en general el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, el que fue aprobado por 57 votos en 98.

Por su parte, en la 29ª Sesión Extraordinaria del 4 de julio de 2020 los artículos del Capítulo V fueron aprobados en la votación particular del articulado del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

III.2.5. Cámara de Senadores

El Senado, en su 21ª Sesión Ordinaria celebrada el 8 de julio de 2020, consideró en una única discusión el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración en la nueva forma aprobada por la Cámara de Representantes, en el que se modificó, entre otros aspectos, la redacción del artículo 343, precisando que el plan de actividades de los Delegados del Servicio Civil se formulará «*antes del cierre de cada ejercicio*».

Una vez efectuada la votación, por 18 votos en 30 se aceptaron las modificaciones enviadas por la Cámara de Representantes al proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, habiéndose dado sanción definitiva al proyecto de ley.

III.2.6. Promulgación

El Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros promulgó con fecha de 9 de julio de 2020 la Ley N° 19.889, la que fue posteriormente publicada en el Diario Oficial de fecha 14 de julio de 2020.

IV. APRECIACIONES.

Como viene de verse, la figura del Delegado Sectorial del Servicio Civil no es nueva, aunque en esta oportunidad se le da un nuevo impulso, al incorporarlo al ordenamiento jurídico través de un acto legislativo.

Debe tenerse presente que la Constitución consagra en el inciso primero del

artículo 60 el principio de eficiencia en la gestión de la Administración Pública, que tal como lo han expresado los profesores Ruben Correa Freitas y Cristina Vázquez (2011) «debe entenderse el concepto de “eficiencia” en sentido amplio, es decir comprensivo no sólo de la eficiencia en sentido estricto (el menor costo posible), sino también de la eficacia (logro de los objetivos y de las metas)» (p.22).

En este sentido, la figura del Delegado Sectorial del Servicio Civil procura contribuir a la realización efectiva de este principio, desde la óptica de lo que tiene para aportar la ONSC, en el marco de sus competencias y con base en la experiencia adquirida desde su puesta en funcionamiento.

Todo ello sigue la lógica de la Constitución uruguaya de 1967, que si bien cometi6 al legislador la creaci6n del Servicio Civil, como se˜alan los doctores Julio María Sanguinetti y Álvaro Pacheco Seré (1971), ésta:

Apunta directamente hacia una tecnificaci6n sustancial en los asuntos del Estado. No puede naturalmente hacerlo todo la Constituci6n por sí sola; que éste prop6sito amplíe en los hechos hasta extender sus beneficios con generalidad dependerá de quienes gobiernen, pero indudablemente la nueva Constituci6n, en sí misma, representa un paso resuelto hacia el perfeccionamiento administrativo. (pp. 30-31)

Pero además de depender de quienes nos gobiernan, la consecuci6n de la eficiencia y de eficacia en la gesti6n de la Administraci6n Pública en buena medida depende del adecuado desempe˜o de los recursos humanos con los que disponen las distintas reparticiones estatales, quienes deben ceñirse a este principio, que Correa Freitas (2020) ha catalogado como uno de los diez principios fundamentales del C6digo de Ética en la Funci6n Pública, recientemente aprobado por la Ley N° 19.823 del 18 de septiembre de 2019.

No obstante, deben formularse algunas precisiones para diferenciar entre sí la figura del Delegado Sectorial del Servicio Civil respecto del Delegado del Tribunal de Cuentas.

Por una parte, de los artículos 340 a 345 de la Ley de Urgente Consideraci6n se desprende que los Delegados Sectoriales del Servicio Civil serán destinados por el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la ONSC, a las Unidades Ejecutoras de la Administraci6n Central, así como en los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, con la finalidad de fortalecer la aplicaci6n y evaluaci6n de la política de administraci6n de personal llevadas adelante por las dependencias que correspondan.

Asimismo, éstos Delegados dependerán jerárquicamente de la ONSC y se constituyen en funcionarios de carácter técnico, externos a la unidad ejecutora o entidad estatal de destino, debiendo éstas prestar toda la colaboración y suministrar toda la información en materia de recursos humanos que les sea requerida por los Delegados; además de suministrarles muebles y útiles y demás recursos para el desempeño de su actividad, en caso de ser necesario.

La norma también prevé que las direcciones, divisiones, oficinas o áreas de Recursos Humanos de las Unidades Ejecutoras o entidades estatales de destino, podrán solicitar a los Delegados la asistencia que estimen pertinente.

Finalmente, los Delegados del Servicio Civil desarrollarán su actividad de conformidad con las competencias atribuidas a la ONSC por la Ley N° 15.757, del 15 de julio de 1985, y sus modificativas; sin perjuicio de la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo.

En cuanto a las competencias, debe decirse que éstas son básicamente de asesoramiento, dado que ni el constituyente ni el legislador le han atribuido al Servicio Civil grandes facultades de decisión o de control en la materia de su competencia.

Por otra parte, dentro del ámbito del Tribunal de Cuentas se encuentra inserta la figura del Contador Delegado, la que se encuentra prevista en el artículo 211 de la Constitución de la República.

Este artículo, en su literal B) le asigna al Tribunal de Cuentas el cometido de «Intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes».

Asimismo, en el artículo 211 literal b) «in fine» se establece que:

En los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, el cometido a que se refiere este literal podrá ser ejercido, por intermedio de los respectivos contadores o funcionarios que hagan sus veces, quienes actuarán en tales cometidos bajo la superintendencia del Tribunal de Cuentas, con sujeción a lo que disponga la ley, la cual podrá hacer extensiva esta regla a otros servicios públicos con administración de fondos.

En dicho sentido, el artículo 113 del TOCAF (artículo 553 de la Ley N° 15.903 del 10 de noviembre 1987, en la redacción dada por el artículo 653 de la Ley N° 16.170 del 28 de diciembre 1990) en sus incisos primeros incisos establece lo siguiente:

Las funciones de control que le competen al Tribunal de Cuentas podrán ser

ejercidas por intermedio de sus propios auditores designados para actuar en las Contadurías Generales, Contadurías Centrales o Servicios de Contabilidad que hagan sus veces en toda la Administración Pública centralizada o descentralizada.

Sin perjuicio de ello, en los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, las funciones específicas de intervención preventiva de gastos y pagos podrán ser ejercidas por sus respectivos contadores siempre que el Tribunal, atendiendo a razones de necesidad, oportunidad o conveniencia, les designe en calidad de contadores delegados, en cuyo caso actuarán en tales cometidos bajo la superintendencia del Cuerpo (art. 211 literal b) “in fine” de la Constitución de la República).

Los auditores y los contadores delegados designados por el Tribunal de Cuentas ejercerán sus funciones conforme a las normas que al respecto establezcan su Ley Orgánica o las ordenanzas que el Cuerpo dicte dentro de su competencia, determinándose con precisión la materia, delimitación de los cometidos y formalidades a que ajustarán su actuación los designados.

Este aspecto normativo – en lo que refiere a los Contadores Delegados – se encuentra regulado por la Ordenanza del Tribunal de Cuentas N° 64 del 2 de marzo de 1988, dictada al amparo del artículo 211 literal F) de la Constitución.

En sus artículos 10° y 11° se establece claramente que mediante la delegación de atribuciones prevista en el artículo 553 de la Ley N° 15.903, el Tribunal de Cuentas otorga al delegatario el poder jurídico de ejercer la atribución delegada a nombre del Tribunal de Cuentas, siendo la delegación obligatoria para el delegado; entendiéndose ésta como una obligación funcional inherente al cargo que desempeña, a la que no podrá rehusarse mientras ocupe el mismo.

Sobre el particular Manrique Eguren (2009) expresa:

El delegado sólo está sometido a las directivas del Tribunal de Cuentas, en los temas específicamente comprendidos en la delegación; en otros aspectos está sometido a la jerarquía del organismo de que es funcionario. Se trata de un caso atípico de delegación, en tanto que el delegado no depende del delegante, y la relación entre ambos es de superintendencia, como establece la Constitución. (p.99)

De la síntesis que antecede se demuestra que ambas figuras desempeñan un rol de carácter técnico, pero nítidamente diferenciadas en varios aspectos:

1°) La atribución de competencia en favor de uno y del otro está dada por normas de diferente rango jurídico. En el caso de los Delegados Sectoriales se trata de la ley, y en el caso de los Delegados del Tribunal de Cuentas está dada

por la propia Constitución de la República.

2°) Ambas figuras difieren en el tipo de función que se les comete. Los Delegados Sectoriales asesoran, pero no tienen potestades de control, en cambio, los Delegados del Tribunal de Cuentas ejercen un estricto control de legalidad, pero no de asesoramiento.

3°) En cuanto a la jerarquía, los Delegados Sectoriales son funcionarios que dependen de la ONSC, mientras que los Delegados del Tribunal de Cuentas son funcionarios que dependen jerárquicamente de su organismo de origen (organismo controlado), pero están sometidos a las directivas del Tribunal de Cuentas respecto de los aspectos comprendidos en la delegación de atribuciones que éste les confiere.

4°) Los Delegados Sectoriales son funcionarios externos de la unidad ejecutora o entidad estatal a que se los destine, a diferencia de los Delegados del Tribunal de Cuentas que tienen un régimen especial de acuerdo con lo señalado precedentemente.

5°) En cuanto a las designaciones, la nómina de Delegados Sectoriales será integrada por la ONSC, previo concurso y capacitación de los funcionarios, a los efectos de ser posteriormente destinados a prestar funciones por el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento de la ONSC. Diferente es el caso del Tribunal de Cuentas que, de acuerdo con el artículo 6° de la Ordenanza N° 64 de 2 de marzo de 1988, designa como Contadores Delegados a los Contadores a cargo de las Contadurías Centrales y, cuando el volumen de las tareas a su cargo o la separación de áreas de actividad así lo amerite, puede designar además otros Contadores como Contadores Delegados. A tales efectos los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, según lo dispuesto por el artículo 7° de dicha Ordenanza, deben comunicarle la nómina de los Contadores que cumplan los requisitos establecidos y de aquellos que los subroguen.

V. CONCLUSIONES.

La recuperación de la figura del Delegado Sectorial del Servicio Civil es oportuna y permitirá guiar la gestión de la Administración Pública de manera más eficiente, en la medida que exista una recíproca comunicación entre los delegados y los diferentes órganos del Estado en los que éstos se desempeñen, lo que facilitará la adopción de buenas prácticas administrativas.

Si bien los Delegados Sectoriales están acotados en sus cometidos a tareas de asesoramiento y no de decisión en los lugares en los que se han de desempeñar,

éstos tendrán un rol clave en la uniformización de criterios y estándares comunes, así como en la profesionalización la Administración Pública, a través del desarrollo de programas de capacitación generales o específicos.

En definitiva, su reincorporación en nuestro ordenamiento jurídico no vulnera, restringe, limita, pelagra o condiciona la autonomía constitucional de los diferentes órganos del Estado en el marco de sus competencias, sino que por el contrario ha de fortalecer la gestión de los recursos humanos en la Administración Pública, ha de acompañar en el cumplimiento de los cometidos sustantivos y en el proceso de adecuación y adaptación a los cambios tecnológicos y de modalidades de trabajo, en el marco de los nuevos escenarios y contextos a los que asistimos en el presente (por ejemplo, el derivado de la pandemia por SARS-CoV-2).

REFERENCIAS

- CORREA FREITAS, R. – VÁZQUEZ, C. (2021). *Manual de Derecho de la Función Pública*. 3era edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- CORREA FREITAS, R. (2020). Los principios fundamentales de la ética en la función pública uruguaya. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), e20204912. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a12>
- EGUREN, M (2009). *Tribunal de Cuentas*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- SANGUINETTI, J.M. – PACHECO SERÉ, Á. (1971). *La nueva Constitución*. Montevideo, Uruguay: Editorial Alfa S.A.
- DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE SENADORES. Primer Período Ordinario de la XLIX Legislatura. **11.ª Sesión Extraordinaria de 28 de abril de 2020** (Diario N° 12 - Tomo N° 605), **14.ª Sesión Extraordinaria y Permanente de 3 de junio de 2020** (Diario N° 15 -Tomo N° 606), **16.ª Sesión Extraordinaria y Permanente del 5 de junio de 2020** (Diario N° 17 - Tomo N° 606) y **21.ª Sesión Ordinaria del 8 de julio de 2020** (Diario N° 21 - Tomo N° 607). Asunto N°. 145885 Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145885>
- DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES. Primer Período Ordinario de la XLIX Legislatura. **24.ª Sesión Extraordinaria de 8 de junio de 2020** (Diario N.º 4283), **26.ª Sesión Extraordinaria del 1º de julio de 2020** (Diario N.º 4285) y **29.ª Sesión Extraordinaria del 4 de julio**

- de 2020 (Diario N.º 4288). Asunto N.º. 145885 Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/145885>
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES. Carpetas N.º. 143/2020. **Versiones taquigráficas de las reuniones de los días 14 y 28 de mayo de 2020.** Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/1172/versiones-taquigraficas>
 - COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES. Carpeta N.º. 370/2020. **Versiones taquigráficas de las reuniones de los días 12 y 25 de junio de 2020.** Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/comisiones/1187/versiones-taquigraficas>
 - COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES **(2020a)**: Intervención de Rodrigo Ferrés Rubio, Prosecretario de la Presidencia, versión taquigráfica del 28 de mayo de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/documentos/versiones-taquigraficas/49/74/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
 - COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES **(2020b)**: Intervención del Senador Mario Bergara, versión taquigráfica del 28 de mayo de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/documentos/versiones-taquigraficas/49/74/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
 - COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES **(2020c)**: Intervención del Senador Sergio Botana, versión taquigráfica del 28 de mayo de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/documentos/versiones-taquigraficas/49/74/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
 - COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES **(2020d)**: Intervención del Senador Charles Carrera,

versión taquigráfica del 28 de mayo de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/documentos/versiones-taquigraficas/49/74/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow.

- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE SENADORES **(2020e)**: Intervención de Ariel Sánchez, Sub-Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, versión taquigráfica del 28 de mayo de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/documentos/versiones-taquigraficas/49/74/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES **(2020f)**: Intervención de Conrado Ramos, Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, versión taquigráfica del 12 de junio de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/documentos/versiones-taquigraficas/49/68/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES **(2020g)**: Intervención de Ariel Sánchez, Sub-Director de la Oficina Nacional del Servicio Civil, versión taquigráfica del 12 de junio de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/documentos/versiones-taquigraficas/49/68/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DEL PROYECTO DE LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES **(2020i)**: Intervención del Representante Nacional Alejandro Sánchez, versión taquigráfica del 12 de junio de 2020, en: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/representantes/documentos/versiones-taquigraficas/49/68/0/CON?width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow
- PODER EJECUTIVO (2020). Mensaje dirigido a la Presidente de la Asamblea General con fecha 23 de abril de 2020, pág. 21. Disponible en: https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/proyectos/04/cons_min_115_1.pdf

REFERENCIAS NORMATIVAS

- URUGUAY. Constitución de la República. Artículos 60, 211. 1° de febrero de 1967.
- URUGUAY. Ley N°. 19.823 del 18 de septiembre de 2019. Código de Ética en la Función Pública. Diario Oficial del 25 de septiembre de 2019.
- URUGUAY. Ley N°. 19.889 del 9 de julio de 2020. Ley de Urgente Consideración. Diario Oficial del 14 de julio de 2020.
- URUGUAY. Decreto del Poder Ejecutivo N°. 758/971 del 19 de noviembre de 1971. Se declara de interés prioritario la ejecución del «Plan de Capacitación y Racionalización Administrativa». Diario Oficial del 29 de noviembre de 1971.
- URUGUAY. Decreto del Poder Ejecutivo N°. 565/972 del 14 de agosto de 1972. Se crean Oficinas Sectoriales del Servicio Civil en determinados organismos del Estado. Diario Oficial de 18 de agosto de 1972.
- URUGUAY. Decreto del Poder Ejecutivo N°. 821/975 del 28 de octubre de 1975. Se crean Oficinas Sectoriales del Servicio Civil en todos los Ministerios. Diario Oficial del 7 de noviembre de 1975.
- URUGUAY. Decreto del Poder Ejecutivo N°. del 18 de abril de 1986. Desarrollo de Oficinas Sectoriales del Servicio Civil. Diario Oficial del 21 de julio de 1986.
- URUGUAY. Ordenanza del Tribunal de Cuentas N°. 64 del 2 de marzo de 1988. Actuación de los Contadores Delegados del Tribunal de Cuentas. Artículos 6°, 7°, 10° y 11°. Diario Oficial del 25 de marzo de 1988.
- URUGUAY. Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del 2012 (TOCAF). Artículo 113. 11 de mayo de 2012.

Fecha de recepción: 20 de mayo 2021.

Fecha de aceptación: 30 de julio 2021

**DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN TIEMPOS
DE COVID 19 CON ÉNFASIS EN LOS PROCESOS DE
EMBARAZO Y PARTO EN URUGUAY.**

**SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN TIME OF COVID
– 19 WITH EMPHASIS IN PREGNANCY AND CHILDBIRTH
PROCESSES IN URUGUAY.**

**DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS EM TEMPOS DE
COVID – 19 COM ÊNFASE NOS PROCESSOS DE GRAVIDEZ
E PARTO EN URUGUAY.**

*Romina Gallardo Duarte**

*María de la Paz Echetto***

RESUMEN. En este artículo se analiza cómo la gestión de la pandemia por Covid-19 ha generado una tensión de los derechos humanos, centrándonos en el derecho a la salud así como en los derechos sexuales y reproductivos vinculados al embarazo y al parto, repasando diversos documentos y normas nacionales e internacionales. Respecto a la situación nacional, concluiremos que nuestro país no ha sido ajeno a la realidad regional e internacional, en donde se ha evidenciado una ponderación de la protección de la salud pública, con enfoque primordialmente salubrista, por encima de la protección de los derechos humanos de las mujeres gestantes en materia de salud sexual y reproductiva.

PALABRAS CLAVE. Pandemia. Derechos humanos. Salud pública. Derechos sexuales y reproductivos. Embarazo. Parto.

ABSTRACT. This paper analyzes how the management of the Covid-19 pandemic has caused tension regarding human

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho UDELAR). Correo electrónico: rmgd26@gmail.com

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho UDELAR). Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Penal UDELAR. Correo electrónico: madelapazechetto@gmail.com

rights, focusing in the right to health as well as in sexual and reproductive rights related to pregnancy and childbirth processes, reviewing various documents and national and international regulations. Concerning the national situation, we will conclude that our country has been no exception to the regional and international reality, where a consideration of the protection of public health has become evident, with mainly a health-based focus, above the protection of the human rights of pregnant women with regards to sexual and reproductive health.

KEY WORDS. Pandemic. Human rights. Public health. Sexual and reproductive rights. Pregnancy. Childbirth.

RESUMO. Neste artigo é analisado como a gestão da pandemia pela Covid-19 tem gerado uma tensão nos direitos humanos, com foco tanto no direito a saúde como nos direitos sexuais e de reprodução vinculados a gravidez e ao parto, revisando diversos documentos e normas nacionais e internacionais. No tocante à situação nacional, concluímos que nosso país não tem estado alheio à realidade regional e internacional, onde tem se achado evidências de uma ponderação à proteção da saúde pública, com um foco primário na salubridade, por cima da proteção dos direitos humanos das mulheres gestantes no assunto da saúde sexual e reprodutiva.

PALAVRAS-CHAVE. Pandemia. Direitos humanos. Saúde pública. Direitos sexuais e de reprodução. Gravidez. Parto.

I. INTRODUCCIÓN

El acaecimiento de una pandemia mundial a causa del virus Sars-CoV-2 o Covid-19, ha traído consigo grandes desafíos a nivel global, en el ámbito científico, social, económico, cultural y político. Asimismo, como toda gran crisis mundial que ha enfrentado nuestra civilización posmoderna, ha causado tensiones jurídicas en lo que respecta a la aplicación de los derechos humanos.

Los Estados a través de sus diferentes gobiernos, han establecido estrategias con el fin de prevenir el contagio local, que han tenido en cuenta en menor o mayor medida la garantía de los derechos humanos establecidos y consignados por la comunidad internacional.

En primer lugar, abordaremos cómo las distintas medidas sanitarias implementadas para el cuidado de la población, han afectado el balance entre los distintos derechos humanos individuales, específicamente nos referiremos a la protección del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos (vinculados a los procesos de embarazo, parto y nacimiento).

En segundo lugar analizaremos cómo dependiendo de la postura que se adopte en torno al alcance de la salud pública, pueden ocasionarse restricciones de derechos para ciertos sectores de la sociedad. Siendo este punto por demás significativo ya que a nuestro entender y siguiendo a Frenk y Knaul (en Fernández y Sotelo, 2000), la relación de derechos humanos y salud pública suele presentar situaciones de conflicto, por ejemplo que las políticas y programas pueden acabar limitando ciertos derechos humanos individuales ante el bien común.

Luego mencionaremos la situación internacional de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres gestantes¹ en el marco de la pandemia de Covid-19, para centrarnos finalmente en el caso de Uruguay, con especial hincapié en los derechos implicados en los procesos reproductivos de embarazo y parto en contexto de pandemia.

II. DERECHO A LA SALUD. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...” (ONU, 1948).

La OMS define a la salud en su Constitución como: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 1946: 1). Por otra parte, consagra en dicho documento que: “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano...” (OMS, 1946: 1).

La pandemia por Covid-19 nos ha enfrentado a un gran reto como humanidad, el proteger la salud de todas las personas, especialmente de los adultos mayores y otros grupos considerados de riesgo, así como garantizar la efectividad de los sistemas sanitarios. En este desafío, se ha carecido de una perspectiva que contemple el alcance del derecho a la salud en todos sus aspectos. En lo que a

¹ Si bien en este artículo nos referimos a mujeres gestantes, reconocemos que otras personas que no se identifican con el género femenino, tienen la capacidad de gestar.

este artículo atañe, nos referimos a su alcance sexual, tal y como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General Número 22: “El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud” (CESCR, 2016:1).

Los derechos sexuales y reproductivos, siguiendo a Line Bareiro, constituyen un grupo de derechos muy especiales para las mujeres, ya que: “...tienen que ver con nosotras, con nuestro cuerpo, con procesos biológicos muy personales y es muy reciente la consideración de los mismos como parte de los derechos universales” (Bareiro en IIDH, 2003: 119-120).

En este punto cabe precisar, que si bien es frecuente el uso de la expresión “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de una categoría única, provocando así la consideración de los derechos sexuales como un subgrupo de los derechos reproductivos, como señalaba Alice Miller, cada uno de ellos puede tener un tratamiento por separado. En ese sentido, es menester señalar que más allá de sus límites difusos, constituyen categorías autónomas, que en algunas ocasiones pueden estar vinculadas, aunque no siempre la sexualidad implica vínculos con las dimensiones de la reproducción.

Respecto al surgimiento de los mismos, fue en 1968 cuando se habla por primera vez del derecho humano a determinar libremente el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos (Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán). Pero es en la Conferencia internacional Sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994), que se da una definición de los “derechos reproductivos”:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos...” (CIPD, 1994. P. 66).

En cuanto a los derechos sexuales, la Plataforma de Beijing no utiliza el término de forma expresa, sin embargo, en el párrafo 96 se señala que:

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia...” (ONU, 1995: 66).

Como se afirma en el documento elaborado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos “Los derechos reproductivos son derechos humanos”:

“Si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están dispersos en todos y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes” (Facio, 2008: 25).

En lo que nos concierne, queremos insistir en la dificultad o falta de voluntad que se ha evidenciado por parte de los Estados, en aplicar medidas sanitarias tendientes a proteger el derecho a la salud, que garanticen el efectivo ejercicio de otros derechos, como es el caso de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, específicamente en el embarazo y el parto.

Un extremo por demás significativo, si consideramos como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que diversos instrumentos internacionales refieren expresamente a la discriminación y a la desigualdad que enfrentan las mujeres con respecto a la salud materna (CIDH, 2006:19). Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 10 establece: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, y en el sistema interamericano del Protocolo de San Salvador que consagra de forma expresa en su Artículo 15 la obligación de los Estados Partes de: “Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.

Y por último, pero no menos importante, del ya nombrado artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que además de consagrar el derecho a salud explicita que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” (ONU, 1948). Vale señalar que todos estos instrumentos internacionales están plenamente vigentes y que de ninguna manera el contexto de una pandemia mundial, puede ser motivo para limitar el alcance de los mismos. Volveremos sobre ello.

Además de lo ya afirmado, sostenemos que se ha omitido por parte de los

servicios de salud materna, aplicar protocolos preventivos del Covid-19 que atiendan todos los aspectos de la salud reproductiva, incluido su carácter psico-social.

Como fue señalado en la Conferencia de El Cairo ya mencionada: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos” (UNFPA, 2014: 65).

III. SALUD PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

En la gestión de la pandemia, a menudo vemos cómo la protección de la salud pública constituye el fin y el fundamento para las distintas medidas adoptadas por parte de los Estados. Sin embargo, esas políticas pueden transformarse en restricciones o limitaciones de derechos para ciertos sectores de la población, si se adopta un criterio estrictamente salubrista de salud pública que no tenga en cuenta todas sus dimensiones.

Esto nos lleva a profundizar en el concepto de salud pública, su evolución y su vinculación con los derechos humanos.

Para empezar, entendemos como señala el profesor Vicente Navarro que “... la definición de lo que es salud y enfermedad no es sólo una cuestión científica, sino también social y política, entendiendo como tales las relaciones de poder dentro de la sociedad” (Navarro, 1997: 14).

En el estudio que el autor realiza del concepto de salud pública, señala la evolución de las categorías ya mencionadas, salud y enfermedad, pero también del sujeto de intervención, es decir, de la población, atribuyendo estos cambios a la intervención de las fuerzas sociales y políticas.

Es así que desarrolla la evolución del sistema de salud, que parte de una responsabilidad estricta de curar, pasando a hacerse cargo también de la población en sus dimensiones médicas y sociales.

Señala por último Navarro, que esta visión de la salud pública aparece desde sus orígenes, expuesta por fundadores de la misma como Virchow con el que comparte la misma postura y a quien cita textual: “la medicina y la salud pública son intervenciones sociales; y los cambios políticos, sociales y económicos son unas intervenciones de salud pública en su sentido más profundo” (Navarro, 1997: 6).

A lo largo del año 2020 se ha podido evidenciar en el mundo, un cuidado de la salud pública que no siempre ha contemplado la dimensión política y social

de la misma, y que carece muchas veces de una perspectiva plena de derechos humanos.

La meta de los distintos Estados, ha sido primordialmente la prevención del contagio y la cura de la enfermedad, o evitar el colapso de los sistemas sanitarios, sin tener en cuenta la afectación de derechos de ciertos sectores sociales, por ejemplo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el embarazo y el parto, a lo que se aboca este artículo.

Giulia Tamayo desarrollaba este punto, aplicado a otra realidad social e histórica, concretamente en relación a la epidemia de VIH y su gestión. La autora diferencia el discurso de la salud pública del discurso de los derechos humanos, así como su distinta evolución en cuanto a objetivos y para ello se vale de lo señalado por Rebecca Cook: “Para comenzar, el discurso de salud pública se dirige a una visión global de la salud de la población, mientras que el discurso de los derechos humanos se dirige a los derechos de los individuos” (Cook en Tamayo, 2001: 89).

Según Tamayo

“Los diálogos y búsquedas de puentes entre el discurso de la salud pública y el discurso de los derechos humanos han ocupado en los últimos años la atención de agentes que tienen en sus manos la toma de decisiones, incluidos aquellos sobre los que recae la puesta en práctica de políticas y programas de salud y población (...) el punto de aproximación alcanzado al respecto no radica únicamente en dejar establecida la imperatividad de los derechos humanos, donde la posibilidad de afectar el ejercicio de derechos y disfrute de libertades fundamentales está sometida a exigencias muy altas. La experiencia acumulada va indicando incluso la ineficacia de políticas y programas de salud y población que dejan de lado los derechos humanos” (Tamayo, 2001: 90).

Entendemos imprescindible contar con esos diálogos que menciona Giulia Tamayo, sobre todo en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, cuyo menoscabo afecta sustancialmente a la población femenina, y como ella sostiene están entre los derechos que mejor permiten reconocer los sesgos de género. Que las autoridades responsables de pensar y aplicar las medidas de gestión de la pandemia, comprendan que el cuidado de la salud pública también implica una cuestión social. Que a la hora de pensar estrategias de prevención y contención de la pandemia se debe velar por el equilibrio de derechos, pero teniendo en cuenta que ciertos sectores han sido y son históricamente vulnerables. Por

tanto se debe tener especial atención en el respeto de sus derechos humanos, como es el caso de las mujeres al momento del parto y de los recién nacidos.

ONUSIDA ha generado recientemente un documento en el cual se analiza la cuestión de los Derechos Humanos en tiempos de Covid-19, en base a la valiosa experiencia transitada en cuarenta años de lucha contra la epidemia de VIH. Allí se destaca la importancia de una respuesta a la pandemia por parte de los Estados que esté firmemente basada en los derechos humanos. Dicho informe respalda la postura que venimos desarrollando, esto es, que

“La ley de derechos humanos exige que todos los derechos humanos sean inalienables, universales, interdependientes e indivisibles. Imponen obligaciones vinculantes a los gobiernos, incluso, especialmente, en tiempos de emergencia. Se aplican a todos sin discriminación y son indivisibles: un conjunto de derechos no puede ser sacrificado por el bien de los demás” (ONUSIDA, 2020: 5).

A nuestro entender, no sería posible resentir los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por la aplicación de medidas preventivas que tutelan la protección del derecho a la vida y a la salud.

Asimismo ONUSIDA nos recuerda que si bien los derechos humanos pueden ser limitados para fines legítimos, por ejemplo la protección de la salud pública, los criterios deben ser muy estrictos sobre cuándo, cómo y en qué medida los derechos pueden estar limitados. Se señala que toda limitación debe constituirse por un objetivo lícito, efectivo y basado en evidencia, con plazos límites, no discriminatorio y enmarcado en la ley, y además debe ser proporcional al mismo.

También se hace hincapié en la importancia de la participación de las comunidades como principio fundamental de los derechos humanos, que tenga en cuenta las distintas realidades y necesidades de todas las personas (en especial de las afectadas y las más vulnerables), en cuanto a lo que a las políticas y acciones gubernamentales concierne.

Por último, nos parece muy destacable el consejo brindado a los gobiernos en el mencionado documento, de abstenerse de actuar de una manera que discrimine directa o indirectamente a individuos o grupos. Evitando las consecuencias involuntarias de la aplicación de políticas o medidas. Reconociendo que las desigualdades existentes pueden significar que la pandemia y la respuesta adoptada puedan tener un efecto desproporcionado en poblaciones particulares. Y actuando para mitigar esta desigualdad.

Claramente las mujeres que transitan un embarazo, o se encuentran en un proceso de parto o puerperio, son un sector de la población más vulnerable, que carga con desigualdades de género y puede verse afectado de forma desproporcionada por las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria. Más aún cuando esas medidas no reconocen esas desigualdades de base, ni se ajustan para evitar las consecuencias no deseadas de su aplicación.

Ejemplo de lo cual lo constituyen los protocolos epidemiológicos que se aplican a nivel de instituciones de salud, para todos sus usuarios de forma genérica, sin tener en cuenta las especiales condiciones de una usuaria embarazada o en trabajo de parto, ni atendiendo las recomendaciones científicas específicas para embarazo y Covid-19, que se han difundido tanto por la OMS y OPS, como por la comunidad científica nacional.

Dadas estas particulares circunstancias entendemos que el sistema jurídico debe velar por garantizar los derechos de todas las personas. En ese sentido compartimos la reflexión de Andrade y Escobar para quienes:

“Las crisis sanitarias, como lo son las pandemias, son susceptibles de hacer tambalear los esquemas básicos de normalidad de cualquier sociedad. Es por ello que desde la Bioética y el Derecho se debe propiciar una mirada tuitiva de los derechos fundamentales de los individuos, con la debida proporcionalidad respecto de la protección de la comunidad, para evitar que se cometan excesos, aún cuando los mismos pretendan llevarse a cabo en nombre del “bien común” (Andrade y Escobar, 2020: 29).

IV. SITUACIÓN INTERNACIONAL

En el mismo sentido que viene de decirse en el capítulo anterior, se declara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un documento emitido el 9 de abril de 2020 titulado “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

En el mismo se pone de manifiesto la necesidad de un trabajo en conjunto por parte de los organismos multilaterales y los Estados, para encontrar una solución a los problemas actuales y futuros que traerá la pandemia, siempre bajo un enfoque de derechos humanos. Y además afirma que las medidas que se tomen que de alguna manera afecten los derechos humanos, para proteger la salud pública, deben aplicarse de manera provisoria, esto es, que no se perpetúen en el tiempo; además de aplicarse el principio de razonabilidad (CIDH, 2020: 1).

Asimismo hace hincapié en la necesidad de velar especialmente por los derechos humanos de los sectores de la población más vulnerables, entre ellos, las mujeres embarazadas (CIDH, 2020: 2).

Por otra parte, pero en el mismo sentido que la CIDH, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, UNFPA, en marzo de 2020, emite un informe técnico sobre la covid 19 y su impacto en el género, titulado “COVID 19: Un enfoque de género. Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover la igualdad de género”. En el mismo se realiza un minucioso estudio sobre el impacto que la pandemia tiene sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres. Destaca que

“los brotes de enfermedades afectan a las mujeres y los hombres de manera diferente, y las pandemias exacerban las desigualdades existentes entre las mujeres y las niñas, lo mismo que la discriminación en contra de otros grupos marginados como las personas con discapacidad y aquellas en situación de pobreza extrema. Es importante tomar en cuenta lo anterior considerando los impactos diferenciales asociados con la detección y el acceso a tratamiento para las mujeres y los hombres” (UNFPA, 2020: 1).

De esta manera, analiza las distintas formas en que puede verse afectado el acceso a una atención de la salud de calidad y digna, para las mujeres embarazadas. Se señala además, “los recursos para los servicios de salud sexual y reproductiva pueden desviarse con el propósito de hacer frente al brote. Esta situación se traducirá en un aumento en la mortalidad materna y neonatal...” (UNFPA, 2020: 4). Esto podría traer aparejado que escasee el personal calificado para atender mujeres embarazadas, en trabajo de parto, parto o cesárea, y además los recursos materiales básicos para prevenir la enfermedad, como el equipo de protección personal, que es altamente necesario para poder acceder a un trabajo de parto y parto o cesárea seguros, además de instalaciones sanitarias adecuadas.

En el Informe también se destaca que las mujeres embarazadas con la enfermedad covid 19 confirmada, deben ser prioritarias en la atención, pues son propensas a sufrir mayores riesgos de presentar resultados adversos.

Por último, dentro de sus recomendaciones, la UNFPA plantea la necesidad de

“Asegurarse de prestar particular atención a la salud y los derechos sexuales y reproductivos durante la pandemia de la COVID-19, considerando que estos aspectos pueden verse afectados severamente durante los brotes, entre otras cosas, a través de un apego estricto a las orientaciones para la

prevención de la infección, con el fin de tener embarazos y partos sin riesgos” (UNFPA, 2020: 7)

Entendemos que estas declaraciones e informes son de suma importancia, ya que como veremos más adelante, esto no ha tenido aplicación a nivel global, a pesar del llamado de atención de los organismos internacionales.

No debe perderse de vista la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las mujeres embarazadas, que si bien son tratadas como pacientes, en la mayoría de los casos atraviesan procesos fisiológicos sanos de embarazo y parto. Además son usuarias de un servicio de salud, el cual debería brindarle todas las garantías de acceso a un servicio digno y que respete sus derechos en el marco de una salud sexual y reproductiva integral.

Por el contrario, se relega a la mujer a una posición de vulneración, por parte de un sistema médico hegemónico, basado en un modelo tecnocrático² de atención a la salud y de un Estado que esgrimiendo el fundamento de proteger la salud pública, no ha escatimado en aplicar protocolos violatorios de los derechos humanos de las mujeres, así como de niñas y niños neonatos, sin ninguna base científica.

Respecto a lo que ha ocurrido específicamente en la atención a la mujer embarazada en las instituciones de salud a nivel mundial, queremos invocar las apreciaciones realizadas por Michelle Sadler, Gonzalo Leiva e Ibone Olza, referentes internacionales cada uno desde su área, respecto al parto basado en un modelo humanizado de atención, quienes afirman que

“las restricciones e intervenciones que han sido implementadas en los nacimientos a raíz del brote por Covid-19 no son necesarios, ni basados en evidencia científica, no respetan la dignidad humana y no son proporcionales en alcanzar el objetivo de limitar la propagación del virus Por lo tanto constituyen violencia obstétrica, e incluyen intervenciones innecesarias realizadas sin indicación médica (tales como cesáreas o partos instrumentales), prohibición de acompañamiento durante el trabajo de parto, separación inmediata y aislamiento del recién nacido, y la prevención de lactancia materna” (Sadler et al, 2020: 46)³.

Los autores enfatizan que ciertas intervenciones indicadas a mujeres con confirmación de infección por Covid-19, tales como la inducción al trabajo de

2 La Dra. Robbie Davis-Floyd, antropóloga cultural y médica, autora de diversos libros y artículos e investigadora del Departamento de Antropología de la Universidad de Texas, Austin, ha descrito en sus trabajos tres paradigmas de atención a la salud que influyen los nacimientos de las sociedades contemporáneas, siendo estos el modelo tecnocrático, humanístico y holístico.

3 Texto original en inglés con traducción propia.

parto, eleva las posibilidades de realizar una cesárea de urgencia, y tanto la cesárea como el parto instrumental están relacionados a una reducción de la lactancia exclusiva y son considerados factores de riesgo para la depresión post parto y trastorno de estrés post traumático luego del parto.

En el artículo también se señala cómo a pesar de las recomendaciones de la OMS, los derechos de las mujeres y los recién nacidos han sido infringidos, a través de protocolos que solamente debieron ser aplicados a mujeres con severas complicaciones por el virus, pero que en los hechos fueron aplicados a la mayoría de las mujeres de forma forzada, y en algunos lugares, incluso a cada mujer e infante. Éstos hechos, mencionan los autores, ocurridos en la mayoría de los países de Latinoamérica, para el caso de países como Argentina, Brasil y Uruguay han implicado la prohibición en “el acompañamiento durante el trabajo de parto y nacimiento”, lo que ha dado lugar a variadas denuncias por parte de asociaciones de parteras y de derechos humanos.

Queremos resaltar una de las conclusiones a las que arriban Sadler, Leiva y Olza, en cuanto a que las medidas implementadas, además de no ser estrictamente necesarias ni basadas en evidencia,

son irrespetuosas de la dignidad humana, denegatorias de los derechos de las mujeres. Y lo que es peor, están causando daño, estrés y miedo, ya que muchas mujeres embarazadas no solo temen contraer COVID, sino además verse coaccionadas a aceptar intervenciones obstétricas innecesarias, o a ser separadas de sus compañeros y su recién nacido durante el trabajo de parto y luego del mismo. Todo esto es probable que cause un impacto a largo plazo en la salud mental materna e infantil. (Sadler et al, 2020: 47).

Por otra parte, una investigación de Open Democracy, realizada por Daniela Rea, Lydiette Carrión y Diana Cariboni (presentada en julio de 2020), revela que “Mujeres que dieron a luz en medio de la pandemia de COVID-19 en América Latina enfrentaron una presión creciente en favor de las cesáreas” (REA et al, 2020).

La investigación realiza un estudio de las distintas legislaciones respecto a parto respetado y a violencia obstétrica en América Latina, y al respeto de las mismas durante la pandemia por Covid-19. En dicho Informe se señala el incremento de las cesáreas sin causa médica, como se mencionara anteriormente, además de demoras en la atención de mujeres embarazadas que llegan a los hospitales con emergencias obstétricas, y casos donde se trató de forma denigran-

te y humillante a mujeres que presentaron la enfermedad en curso, habiendo sido mantenidas en aislamiento, sin explicación alguna. También se constató la prohibición de contar con un acompañante de su elección, durante el trabajo de parto y nacimiento: “varias mujeres denunciaron asimismo abuso verbal de un personal hospitalario sobre exigido, mientras otras parturientas dijeron que fueron separadas de sus bebés y no pudieron amamantarlos” (REA et al, 2020).

Las infracciones a la guía de la OMS y a las leyes se presentan tanto en hospitales públicos como privados. “No nos trataron con dignidad”; así es como Lidia Cordero describe lo que sintió al quedarse sola en el trabajo de parto, en una sala de emergencias de un hospital público de Huixquilucan, México, donde asegura que no le dieron información necesaria para entender lo que los médicos hacían con ella. “Literal, fuimos las apestadas del hospital”, dijo Montse Reyes, que tuvo una cesárea programada en Mayo en una clínica privada de México. Reyes asegura que tras el nacimiento ella y su bebé dieron positivo en el test de COVID-19, pero el personal no le informó los resultados hasta que le dieron el alta, tras pasar dos días en aislamiento.” (Rea et al, 2020).

Lo que pudo constatar además Open Democracy, fue en general una falta de respuesta por parte de las autoridades sanitarias de cada país, frente a denuncias tanto de parte de mujeres como de organizaciones de la sociedad civil. Como veremos en el capítulo siguiente, Uruguay no escapa a esta realidad.

V. EL CASO URUGUAYO

El Estado uruguayo no fue la excepción en la amenaza al goce efectivo de los derechos sexuales y reproductivos durante la pandemia por Covid-19. En lo que refiere específicamente a este artículo, respecto a los derechos humanos de las mujeres gestantes, las medidas adoptadas por las instituciones de la salud tanto públicas como privadas al principio de la pandemia, fueron devastadoras para ese sector de la población. La más gravosa a nuestro entender, fue la prohibición del acompañamiento de la gestante durante el trabajo de parto, parto/cesárea e internación posterior. Organizaciones de la sociedad civil denunciaron públicamente en marzo de 2020 que existían instituciones médicas a lo largo y ancho del territorio uruguayo, que no permitían el acompañamiento de la gestante, lo cual era violatorio de la Ley N° 17.386⁴.

El avasallamiento de estos derechos no solo careció de un sustento científico, sino que contravino lo aconsejado por la OMS y OPS, que en el documento ti-

⁴ A modo de ejemplo, el Grupo por la humanización del parto y nacimiento Uruguay.

tulado “Covid-19: Recomendaciones para el cuidado integral de mujeres embarazadas y recién nacidos” de fecha 27/03/2020, destacan la importancia de que la mujer esté acompañada durante todo el proceso de parto. Además de hacer énfasis en el impacto positivo que tiene el contacto piel con piel y la lactancia materna aún en mujeres con el virus Covid-19 confirmado.

Otras medidas que se tomaron en detrimento de los derechos de las gestantes, fueron las relativas al acompañamiento en controles obstétricos y ecografías. Si bien este punto no se encuentra expresamente consagrado, se desprende de una armonización de normas referentes a los derechos humanos de las mujeres.

A saber la Ley N° 18.426 de derechos sexuales y salud reproductiva, que establece como meta la promoción del parto humanizado por parte de las instituciones de salud públicas y privadas. O el caso de la Ley N° 19.580 de Violencia hacia las mujeres basada en el género, que establece la definición de violencia obstétrica y su decreto reglamentario, que otorga carácter obligatorio a las recomendaciones y guías emitidas por el Ministerio de Salud Pública respecto a la mujer embarazada, así como sanciones por su incumplimiento injustificado. Y finalmente, la Ley N° 19.846 de Obligaciones emergentes del derecho internacional de los derechos humanos en relación a la igualdad y no discriminación entre mujeres y varones, donde se hace énfasis en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Pero además se prioriza a los derechos humanos por sobre otros objetivos e intereses, señalando en su artículo 6 literal a) que: “se interpretarán extensivamente las normas que consagran derechos humanos o los amplían y restrictivamente las que los limitan”.

En cuanto a las violaciones de derechos de las gestantes en el contexto de la pandemia, la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDDHH), a partir de las denuncias promovidas por organizaciones de la sociedad civil, llega a una resolución inédita en nuestro país. Por un lado, consideró que

El hecho de prohibir el acompañamiento a las mujeres en el el trabajo de parto/cesárea, así como en controles de embarazo, ecografías y/o durante la internación post parto, aún en contexto de emergencia sanitaria, podría formar parte de acciones que han sido conceptualizadas como violencia obstétrica. (INDDHH, 2020: 5)

Por otra parte, resolvió que “el incumplimiento de la Ley N° 17.386 (...) por parte de prestadores de salud pública y/o privada, en el marco de la emergencia sanitaria nacional por coronavirus, configura una violación de derechos humanos” (INDDHH, 2020: 6).

A nuestra manera de ver esta Resolución de la INDDHH concretiza lo ya legislado en la mencionada ley de violencia de género, reflejando que las mujeres gestantes se encuentran en una “situación jurídica” particular y reconociendo que estas manifestaciones de violencia obstétrica constituyen una violación a los derechos humanos de las mujeres.

Además, dejan en claro que el acompañamiento a las embarazadas en el parto, parto/cesárea “materializa un elemento más de la salud de las mujeres, del recién nacido/a y de sus familias”, reafirmando así nuestra postura ya expresada, en cuanto a la importancia que las medidas sanitarias aplicadas como prevención para el Covid-19 contemplen todos los aspectos de la salud, especialmente en el plano de la salud reproductiva y los servicios de salud materna.

La referida resolución de la INDDHH si bien es innovadora, no menos cierto es que se da en un marco jurídico favorable. Al decir de Briozzo, Uruguay se encuentra a la vanguardia mundialmente, en cuanto al reconocimiento de los derechos de salud sexual y reproductiva, siendo algunos indicadores de esta realidad la baja tasa de mortalidad materna, de mortalidad infantil, los valores estables en el porcentaje de parto prematuro desde el año 2018 (una de las principales causas de morbilidad y mortalidad infantil), y el bajo porcentaje de transmisión vertical de enfermedades como VIH y sífilis. (Briozzo et al. 2020: 437).

Con dichos antecedentes, se hace difícil imaginar que Uruguay retroceda en materia de salud sexual y reproductiva, así como de derechos adquiridos. Pero las políticas públicas adoptadas en pos de contrarrestar la pandemia por Covid-19, han puesto de manifiesto lo contrario.

Este repliegamiento en los derechos reconocidos, se da a pesar de la participación de Uruguay en una declaración conjunta con otros Estados titulada: “Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover una respuesta que tenga en cuenta el género en la crisis del COVID-19”. En este Documento, se afirma cómo la pandemia impacta de distinta manera en hombres y mujeres, por eso manifiesta que “se corre también el riesgo de que se violen los derechos humanos de las mujeres y las niñas. De hecho, la participación de las mujeres y las niñas y su protección deberían ser centrales en los esfuerzos para detener el virus.” Más adelante se señala que:

En todo el mundo, las parteras, las enfermeras y los trabajadores de salud comunitarios son esenciales para contener al COVID-19 y todos requieren del equipo de protección personal. El embarazo y el parto seguros dependen de todos estos trabajadores de la salud, de instalaciones adecuadas

y del estricto cumplimiento de la prevención de infecciones. (Declaración conjunta, 2020).

Respecto a este último punto, es de destacar cierta incongruencia entre la declaración del Estado uruguayo a nivel internacional, y la resolución N° 11/2020 emitida a nivel nacional por la Junta Nacional de la Salud en setiembre de 2020, donde se reconoce el derecho de la mujer embarazada a contar con un acompañante de su elección en todas las etapas del embarazo y nacimiento, pero se le exige al mismo ingresar con implementos de alta seguridad sanitaria (sobre túnica, máscara facial, guantes), además de contemplar la posibilidad de exigirle la realización de un test PCR con resultado negativo, sin especificar en estos casos quien debe asumir los costos de tales exigencias, por lo cual en los hechos le fue exigido a las mujeres y sus familias, convirtiéndose así en una en una traba para poder ejercer efectivamente sus derechos.

Para finalizar queremos remitirnos nuevamente a Briozzo et al, donde se analiza el impacto de la pandemia a cada derecho sexual y reproductivo, específicamente nos interesa lo señalado respecto al ejercicio de la maternidad sin riesgos innecesarios de enfermedad y muerte. Destacamos entonces algunos puntos: por un lado, afirman que no existen evidencias de que el Covid-19 genere afección particular a las mujeres durante el embarazo. Por otro lado, advierten que los cambios en el sistema de salud y cuidados afectará en una disminución de los controles de embarazo, generando un impacto en la calidad y humanización de los cuidados, pero además pudiendo acarrear un aumento de la patología materna perinatal no diagnosticada. Sostienen también que podría aumentar el intervencionismo innecesario desde el punto de vista obstétrico y por tanto la iatrogenia en estas pacientes. En tercer lugar, mencionan también lo ya estudiado en este trabajo, en cuanto a la violación al derecho al acompañamiento en el parto, agregando un elemento que parece clave a la hora de entender la problemática, y es que “muchas instituciones de salud en Uruguay limitan o incluso impiden el acompañamiento durante el parto o cesárea en mujeres asintomáticas, en pro de la protección del personal de salud y la preservación de insumos materiales” (Briozzo et al, 2020: 440). Dejando así en evidencia el desequilibrio entre los sujetos de la relación médica, usuaria - institución, donde por un lado el prestador de salud protege los insumos materiales y los recursos humanos, en detrimento de los derechos de la usuaria al acceso a un servicio en salud sexual y reproductiva de calidad, lo cual ya hemos desarrollado. Por último, refieren a que la pandemia aumenta la vulnerabilidad en los sectores ya

vulnerados en sus derechos, lo que incrementa el riesgo de desarrollo de los dos grandes síndromes obstétricos perinatales, la restricción de crecimiento fetal y la prematuridad, por lo cual es dable esperar un aumento del efecto de éstos en la reproducción transgeneracional de la pobreza y en las enfermedades crónicas por la activación epigenética” (Briozzo et al. 2020: 440).

VI. CONCLUSIONES.

Uruguay no ha sido ajeno a la realidad regional e internacional, en donde se ha evidenciado una ponderación de la protección de la salud pública, con enfoque primordialmente salubrista, por encima de la garantía de los derechos humanos de las mujeres.

A nivel nacional se ha denunciado de forma sistemática por parte de organizaciones de la sociedad civil, la violación a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, vinculados a los procesos de embarazo, parto y puerperio, en pos del cumplimiento de protocolos para prevenir y/o contener la propagación del contagio del virus Covid-19.

El cuidado de la salud pública, debe entenderse en toda su dimensión social y política, no debe aceptarse que dicho fin, justifique la violación de los derechos humanos adquiridos por ciertos sectores de la población. Como tampoco puede ponderarse la protección de unos derechos humanos en detrimento de otros.

En un Estado de Derecho, respetuoso de los compromisos internacionales asumidos, debe garantizarse una gestión de la pandemia, que respete el justo equilibrio de derechos, teniendo en cuenta que algunos sectores de la sociedad son más vulnerables y pasibles de discriminación, como es el caso de las mujeres gestantes y su salud sexual y reproductiva, por lo cual debe atenderse especialmente su situación.

La participación y el intercambio con los grupos de población más afectados por la aplicación de medidas sanitarias, son esenciales para una respuesta a la emergencia sanitaria acorde al respeto de los derechos humanos.

REFERENCIAS

- ANDRADE SOSA , D. Y ESCOBAR SUHR, V. (2020). “La relación médico-paciente en tiempos de pandemia”. Revista de Derecho Público. Año 29. Número 57. En <https://doi.org/10.31672/57.1>
- BRIOZZO, L., NOZAR, F., FIOL, V., STAPF, C., BEN, S., CITRIN, E., GREIF, D. y GALLINO, V (2020). “Análisis del impacto de la pandemia COVID-19

sobre la calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva”. *Revista Médica del Uruguay*. Volumen 36. Núm. 4. 436-444. <https://doi.org/10.29193/RMU.36.4.12>

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). Recomendación General Núm. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. En https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es
- Declaración Conjunta (2020): “Proteger la Salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover una respuesta que tenga en cuenta el género en la crisis del covid-19”. <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/venir-a-francia/entrar-a-francia/covid-19-en-francia-informacion-para-extranjeros/article/declaracion-conjunta-proteger-la-salud-y-los-derechos-sexuales-y-reproductivos>
- FACIO, A. (2008). Los derechos reproductivos son derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica. En <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>
- FERNÁNDEZ, H. y SOTELO, G. (2000). “Los derechos humanos y la salud pública”. *Revista de la Facultad de Medicina. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*. Vol.43 No.6. México. En <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no43-6/RFM43608.pdf>
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (2020). Informe Técnico. COVID-19: Un Enfoque de Género. Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover la igualdad de género. Nueva York. <https://uruguay.unfpa.org/es/COVID19-Un-Enfoque-de-Genero>
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (1994). Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo. (Edición 20 aniversario, 2014). El Cairo. En https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2003). Promoción y Defensa de los Derechos Reproductivos: Nuevo reto para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. En <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>
- Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (2020). Resolución N° 845/2020. Montevideo. <https://www.gub.uy/ins->

- titucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/institucional/normativa/resolucion-n-845020-ante-denuncia-presentada-organizacion-nacer
- Junta Nacional de Salud (2020). Resolución N° 11. Montevideo. <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/institucional/normativa/resolucion-n-11020-medidas-sanitarias-covid-19-para-embarazadas>
 - MARTÍNEZ NAVARRO, F. Et al (1997). Salud Pública. 49-50. McGraw-Hill Interamericana. España. En <https://ifdcsanluis-slu.infed.edu.ar/sitio/material-de-estudio-del-ano-2013/upload/navarro.pdf>
 - ONUSIDA (2020) “Los Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. Lecciones del VIH para una respuesta efectiva dirigida a la comunidad”. Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida. Ginebra. https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_es.pdf
 - Organización de los Estados Americanos (2006) “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”. Secretaría General, Washington. En <http://www.cidh.org>.
 - Organización Mundial de la Salud (1946). Constitución. DOCUMENTOS BÁSICOS, suplemento 2006 (Actualizado con las reformas de 1977, 1984, 1994 y 2005 inclusive). Nueva York. En <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>
 - Organización de las Naciones Unidas (1968). Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán. Teherán. En <https://undocs.org/es/A/CONF.32/41>
 - Organización de las Naciones Unidas (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Reimpresión de ONU Mujeres, 2014. Beijing. <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>
 - Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud (2020). COVID-19: Recomendaciones para el cuidado integral de mujeres embarazadas y recién nacidos. https://www.paho.org/clap/images/PDF/COVID19embarazoyreciennacido/COVID-19_embarazadas_y_recin_nacidos_CLAP_Versin_27-03-2020.pdf?ua=1
 - REA, D., CARRIÓN, L. y CARIBONI, D. (2020). Mujeres de América Latina “bajo presión” para aceptar cesáreas durante la pandemia. Open Democracy. <https://www.opendemocracy.net/es/5050/mujeres-de-america-latina-bajo-presion-para-aceptar-cesareas-durante-la-pandemia/>
 - SADLER, M., LEIVA G. y OLZA I. (2020). “COVID-19 as a risk factor of

obstetric violence”. *Sexual and Reproductive Health Matters*. Volume 28. Taylor and Francis. Reino Unido. <https://doi.org/10.1080/26410397.2020.1785379>

- TAMAYO, G. (2001). *Bajo la Piel. Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos*. Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. Lima.

Fecha de recepción: 10 de abril 2021.

Fecha de aceptación: 10 de mayo 2021.

**ASPECTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE
ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS**

**LEGAL ASPECTS OF THE NATIONAL SYSTEM OF NATURAL
PROTECTED AREAS**

**ASPECTOS JURÍDICOS DO SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS
NATURAIS PROTEGIDAS**

*Gonzalo F. Iglesias Rossini**

RESUMEN. La pérdida de la diversidad biológica es uno de los problemas más importantes que enfrenta actualmente el ser humano. Para enfrentar esta realidad, los Estados buscan instaurar sistemas de áreas naturales protegidas para conservar la diversidad biológica. Uruguay no escapa a esta realidad. El presente estudio aborda el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, regulado en Uruguay principalmente por la Ley N.º 17.234, de 22 de febrero de 2000, así como por el Decreto N.º 52/005, de 16 de febrero de 2005. Dicho marco normativo autoriza al Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, a establecer ciertas limitaciones o prohibiciones respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y zonas adyacentes. Además, este artículo pretende aportar la experiencia del autor en la redacción de muchas de las actuales disposiciones de la Ley N.º 17.234, así como del Decreto N.º 52/005.

PALABRAS CLAVE. Derecho Ambiental. Áreas naturales protegidas. Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

ABSTRACT. Biodiversity loss is one of the most difficult pro-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Escribano Público. Magíster en Derecho Ambiental y Energía. Integrante del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho. Universidad de la República. Correo electrónico: gfi2@georgetown.edu

blems that human beings currently face. To face this reality, States seek to establish systems of protected natural areas to conserve biological diversity. Uruguay does not escape this reality. This study addresses the National System of Natural Protected Areas, regulated in Uruguay mainly by Law No. 17,234, dated February 22, 2000, as well as by Decree No. 52/005, dated February 16, 2005. Such regulatory framework authorizes the Executive Branch, on the motion of the Ministry of Environment, to impose certain limitations and prohibitions regarding the activities that are carried out in protected areas incorporated into the National System of Natural Protected Areas and their adjacent areas. In addition, this paper aims to contribute the author's experience in the drafting of many of the current provisions of Law No. 17,234, as well as Decree No. 52/005.

KEY WORDS. Environmental Law. Protected natural areas. National System of Natural Protected Areas.

RESUMO. A perda da diversidade biológica é um dos problemas mais importantes que os seres humanos enfrentam na atualidade. Para fazer frente a essa realidade, os Estados buscam estabelecer sistemas de áreas naturais protegidas, para conservar a diversidade biológica. Uruguai não escapa dessa realidade. Este estudo trata do Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas, regulamentado no Uruguai principalmente pela Lei nº 17.234, de 22 de fevereiro de 2000, bem como pelo Decreto nº 52/005, de 16 de fevereiro de 2005. O referido marco regulatório autoriza o Poder Executivo, por proposta do Ministério do Meio Ambiente, a estabelecer certas limitações ou proibições quanto às atividades desenvolvidas nas áreas integrantes do Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas e zonas adjacentes. Além disso, este artigo visa contribuir com a experiência do autor na elaboração de muitos dos dispositivos atuais da Lei nº 17.234, bem como do Decreto nº 52/005.

PALAVRAS-CHAVE. Direito Ambiental. Áreas Naturais Protegidas. Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas.

I. INTRODUCCIÓN

La pérdida de la diversidad biológica es uno de los problemas más importantes que enfrenta actualmente el ser humano. Para enfrentar esta realidad, los Estados buscan instaurar sistemas de áreas naturales protegidas, para conservar la diversidad biológica (López Alfonsín, 2012). Tal es así, que, desde finales del siglo XIX, casi todas las naciones con cierta extensión territorial implementaron áreas naturales protegidas (Rodríguez, 2015). Las áreas naturales protegidas son consideradas como una de las herramientas que ayudan a lograr la supervivencia de muchas especies que no pueden subsistir a las transformaciones que produce el ser humano (Meder, 2015); pero, además, garantían servicios ecosistémicos fundamentales (Mrazek, 2013).

Las áreas naturales protegidas se enmarcan en un contexto internacional bajo el paraguas del Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado por Uruguay por Ley N.º 16.408, de 27 de agosto de 1993. Dicho Convenio fue suscrito el 9 de junio de 1992, en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que se celebró en Río de Janeiro, República Federativa del Brasil. Dicho Convenio tiene como objetivo la conservación de la diversidad biológica.

En este escenario, la Estrategia Nacional para la Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica del Uruguay para el período 2016 – 2020¹, da cuenta que: “La pérdida del hábitat natural, la explotación insostenible de los recursos naturales y el cambio climático, han llevado a que la tasa de extinción de especies en el mundo sea hoy mil veces mayor que las tasas naturales, sin la presencia de seres humanos, esto podría aumentar diez veces si se pierden las especies hoy amenazadas.”. Uruguay es también parte de esta realidad.

En Uruguay el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (el “SNAP”) fue consagrado legalmente a través de la Ley N.º 17.234, de 22 de febrero de 2000; posteriormente reglamentado por Decreto N.º 52/005, de 16 de febrero de 2005. Sin embargo, nuestro país por diversas razones que analizaremos en este artículo recién ingresó su primera área natural protegida al SNAP casi una década después de haber sancionado la Ley N.º 17.234.

La conservación de la diversidad biológica se encuentra dentro del elenco de materias declaradas de interés general por el art. 1º de la Ley N.º 17.283, de 28 de noviembre de 2000, de conformidad con el art. 47 de la Constitución de la

¹ <https://www.gub.uy/ministerio-ambiente/comunicacion/publicaciones/documento-estrategia-nacional-biodiversidad-2016-2020#:~:text=La%20Estrategia%20Nacional%20de%20Biodiversidad,que%20de%20ellos%20se%20derivan>.

República. Dicho artículo consagra que la protección del ambiente es de interés general. Artículo que ha sido un hito para el desarrollo del Derecho Ambiental, aunque presenta algunas críticas que han sido analizadas por la doctrina (Iglesias Rossini, 2020).

Nuestro país tiene diversas particularidades que condicionan al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Una de ellas es el altísimo porcentaje de tierras privadas, con altísimo grado de productivas (cercasas al 90 % del territorio). Esto es un gran desafío para nuestro país, en lo que respecta al equilibrio entre el respeto del derecho de propiedad y la protección del ambiente. Más cuando los mayores valores de nuestra diversidad biológica tienen asiento justamente en inmuebles sujetos al dominio privado (Sciandro, 2003).

Actualmente Uruguay cuenta con 17 áreas naturales protegidas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, con un porcentaje muy bajo de su territorio protegido mediante este régimen jurídico. Según una publicación oficial realizada en el año 2018, menos del 1 % del territorio de superficies continental y marina, de las cuales 65 % representan superficie terrestre, y 35 % superficie marina².

II. LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

La diversidad biológica es definida por el artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica como la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.”. Es decir, la diversidad biológica es la forma de vida en todas sus formas, niveles y combinaciones: plantas, animales, microorganismos, ecosistemas, y procesos ecológicos de los que aquellos forman parte (Kemelmajer De Carlucci, 2016).

Por su parte, el lit. B del artículo 1 de la Ley N.º 17.283, de 28 de noviembre de 2000, declara de interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República, la conservación de la diversidad biológica. Artículo que debe ser complementado con el artículo 22 de la misma ley, que establece que es de interés general la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, como parte fundamental de la política nacional ambiental y a los efectos de la instrumentación del Convenio sobre Diversidad Biológica.

Asimismo, es importante resaltar la Estrategia Nacional para la Conserva-

² https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

ción y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica del Uruguay para el período 2016 – 2020³, la cual constituye la política nacional para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, siendo el instrumento base para la gestión de los ecosistemas, especies y recursos genéticos, así como de los bienes y servicios que de ellos se derivan. Esta Estrategia fue diseñada como parte del cumplimiento de los compromisos que Uruguay ha asumido como Estado Parte de la Convención de Diversidad Biológica de las Naciones Unidas. A nivel país, la Estrategia comprende un conjunto de objetivos, metas, y líneas de acción que buscan abordar las causas de pérdida y degradación de la biodiversidad, identificadas en consulta con diversos actores de la sociedad.

La misma destaca que en Uruguay presenta problemas de pérdida de diversidad biológica: *“Más de la mitad de los mamíferos, peces y moluscos están amenazados. Este número supera el cuarenta por ciento de los anfibios y reptiles y la cuarta parte de las plantas. Una de cada diez aves se encuentra bajo amenaza. Hemos perdido especies emblemáticas como el jaguar o el puma, el ciervo de los pantanos y la lagartija de la arena.”*

Según la Estrategia: *“la principal causa de pérdida de biodiversidad en Uruguay son los cambios en el uso del suelo y la consecuente pérdida y degradación de los ecosistemas naturales. El 90% de la superficie del país tiene uso productivo a lo que se le suma un aumento de los procesos de degradación en los últimos años debido a la expansión e intensificación productiva, entre ellas la expansión de las áreas con uso forestal y agrícola, la agricultura continúa, y la intensificación de la ganadería. A esto se le agrega el aumento de la urbanización sin planificación principalmente en zonas costeras.”*

III. CONCEPTO DE ÁREA PROTEGIDA

El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica define por área protegida: *“(...) un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.”*

Bien importante es la referencia a la definición geográfica. Nuestro país utiliza el uso de padrones (totales o parciales), y el uso de coordenadas geográficas para delimitar las áreas naturales protegidas. Es decir, actualmente para saber si un padrón se encuentra dentro de un área natural protegida, bastará con saber si dicho padrón se encuentra dentro de algunos de los Decretos de ingreso de

³ <https://www.gub.uy/ministerio-ambiente/comunicacion/publicaciones/documento-estrategia-nacional-biodiversidad-2016-2020#:~:text=La%20Estrategia%20Nacional%20de%20Biodiversidad,que%20de%20ellos%20se%20derivan.>

incorporación de áreas al SNAP (capítulo VIII de este estudio).

La falta de definición geográfica era justamente la crítica que muchas veces se hacía a las áreas naturales protegidas declaradas con anterioridad a la Ley N.º 17.234, que carecían de implementación (“áreas de papel”).

Según el artículo 1 de la Ley N.º 17.234, estas áreas deben ubicarse en el territorio nacional, y podrán ser continentales, insulares o marinas. El ingreso de Isla de Flores al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, por Decreto N.º 43/018, de 26 de febrero de 2018, significó la incorporación de la primer área completamente insular y marina.

IV. EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

El Convenio sobre la Diversidad Biológica establece que cada Parte Contratante establecerá un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica (lit. a del artículo 8). En este marco, es que Uruguay creó su Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, a través de la Ley N.º 17.234.

El literal G del art. 7 de la Ley General del Ambiente nos aclara que el sistema de áreas naturales protegidas constituye un instrumento de gestión ambiental, tal como lo son la evaluación del impacto ambiental o el ordenamiento ambiental.

El art. 1º de la Ley N.º 17.234 declara de interés general la creación y gestión de un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental. Esta declaración de interés general no habría sido necesaria, en virtud de lo dispuesto por el artículo 47 de la Constitución de la República. Sin perjuicio de ello, esto se explica por la inseguridad propia de una falta de desarrollo del Derecho Ambiental de la época. Recordemos que la Ley N.º 17.234 es anterior incluso a la Ley N.º 17.283 (Ley General del Ambiente).

Si bien nuestro país contaba con áreas naturales protegidas antes de la Ley N.º 17.234, las mismas carecían de una regulación uniforme y relación entre sí. En esta línea, el artículo 1 del Decreto N.º 52/005 establece que: “El conjunto de áreas naturales que integrarán el Sistema Nacional de áreas Naturales Protegidas estarán relacionadas entre sí, de manera de satisfacer los objetivos y prioridades de conservación de la diversidad biológica.”.

V. OBJETIVOS DEL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Los objetivos del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas aparecen

descriptos en el artículo 2 de la Ley N.º 17.234. Entre ellos podemos destacar objetivos prioritarios, y objetivos secundarios.

A. Objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas

De conformidad con el artículo 2 del Decreto N.º 52/005, son prioritarios los objetivos señalados en los literales A) y B) del artículo 2º de la Ley N.º 17.234.

Estos son:

- a) Proteger la diversidad biológica y los ecosistemas, que comprenden la conservación y preservación del material genético y las especies, priorizando la conservación de las poblaciones de flora y fauna autóctonas en peligro o amenazadas de extinción.
- b) Proteger los hábitats naturales, así como las formaciones geológicas y geomorfológicas relevantes, especialmente aquellos imprescindibles para la sobrevivencia de las especies amenazadas.

B. Objetivos secundarios del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas

De conformidad con el artículo 2 del Decreto N.º 52/005, no serían objetivos prioritarios, los objetivos señalados en el resto de los literales del artículo 2º de la Ley N.º 17.234. Estos son:

- c) Mantener ejemplos singulares de paisajes naturales y culturales.
- d) Evitar el deterioro de las cuencas hidrográficas, de modo de asegurar la calidad y cantidad de las aguas.
- e) Proteger los objetos, sitios y estructuras culturales, históricas y arqueológicas, con fines de conocimiento público o de investigación científica.
- f) Proveer oportunidades para la educación ambiental e investigación, estudio y monitoreo del ambiente en las áreas naturales protegidas.
- g) Proporcionar oportunidades para la recreación al aire libre, compatibles con las características naturales y culturales de cada área, así como también para su desarrollo ecoturístico.
- h) Contribuir al desarrollo socioeconómico, fomentando la participación de las comunidades locales en las actividades relacionadas con las áreas naturales protegidas, así como también las oportunidades compatibles de trabajo en las mismas o en las zonas de influencia.
- i) Desarrollar formas y métodos de aprovechamiento y uso sustentable de la diversidad biológica nacional y de los hábitats naturales, asegurando su potencial para beneficio de las generaciones futuras.

VI. CATEGORÍAS DE MANEJO

A los efectos de incorporar un área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, es necesario asignarle una categoría. Esto se desprende del artículo 1 de la Ley N.º 17.234, que menciona que las áreas a proteger se incorporan al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas “bajo categorías determinadas”. Igual referencia encontramos en el artículo 3 de la Ley N.º 17.234, que menciona a las: “áreas que sean clasificadas en las siguientes categorías de definición y manejo”. Las categorías aparecen reguladas por el artículo 3 de la Ley N.º 17.234, así como por los artículos 3, 4, y 5 del Decreto N.º 52/005.

En nuestro país las diferentes categorías no implican distintos regímenes jurídicos (Sciandro, 2003), a diferencia de otros países del Derecho comparado. Las categorías se diferencian entre sí en base a los distintos objetivos que persiguen. Por otro lado, tal como ha sostenido el Ministerio de Ambiente: “La necesidad de utilizar diferentes categorías de áreas protegidas surge de un reconocimiento de que es posible realizar conservación bajo diferentes formas de gestión.”⁴.

Uruguay cuenta con seis categorías de manejo que se corresponden aproximadamente con las que propone la UICN, lo que permite una razonable posibilidad de comparación. La UICN juega un rol clave en lo que respecta a las recomendaciones en torno a las categorías de áreas naturales protegidas (López Alfonsín, 2010).

A. Categorías previstas en la Ley N.º 17.234

Las categorías previstas en el art. 3º de la Ley N.º 17.234 son las siguientes:

a) Parque Nacional

La categoría de “Parque Nacional” se encuentra definida en el lit. A del art. 3º de la Ley N.º 17.234, como: “aquellas áreas donde existan uno o varios ecosistemas que no se encuentren significativamente alterados por la explotación y ocupación humana, especies vegetales y animales, sitios geomorfológicos y hábitats que presenten un especial interés científico, educacional y recreativo, o comprendan paisajes naturales de una belleza excepcional.”. Según el SNAP, la categoría de Parque Nacional prioriza la protección y conservación de procesos ecológicos a gran escala, la educación y el uso recreativo⁵. Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. A del art. 3º del Decreto N.º 52/005.

4 https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

5 https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

Las áreas naturales protegidas que han sido clasificadas dentro de la categoría de Parque Nacional han sido las siguientes: (i) Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay (Decreto N.º 579/008, de 27 de noviembre de 2008); (ii) Cabo Polonio (Decreto N.º 337/009, de 20 de julio de 2009); (iii) San Miguel (Decreto N.º 54/010, de 8 de febrero de 2010); y (iv) Isla de Flores (Decreto N.º 43/018, de 23 de febrero de 2018).

b) Monumento Natural

La categoría de “Monumento Natural” se encuentra definida en el lit. B del art. 3º de la Ley N.º 17.234, como: “aquella área que contiene normalmente uno o varios elementos naturales específicos de notable importancia nacional, tales como una formación geológica, un sitio natural único, especies o hábitats o vegetales que podrían estar amenazados, donde la intervención humana, de realizarse, será de escasa magnitud y estará bajo estricto control.”. Según el SNAP, la categoría de Monumento Natural contiene una característica natural sobresaliente⁶. Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. B del art. 3º del Decreto N.º 52/005.

La única área natural protegida que ha sido clasificada dentro de la categoría de Monumento Natural ha sido Grutas del Palacio (Decreto N.º 153/013, de 21 de mayo de 2013).

c) Paisaje protegido

La categoría de “Paisaje Protegido” se encuentra definida en el lit. C del art. 3º de la Ley N.º 17.234, como una: “superficie territorial continental o marina, en la cual las interacciones del ser humano y la naturaleza, a lo largo de los años, han producido una zona de carácter definido, de singular belleza escénica o con valor de testimonio natural, y que podrá contener valores ecológicos o culturales.”. Según el SNAP, la categoría de Paisaje Protegida se encuentra destinada a la conservación del paisaje producto de la interacción de los seres humanos con la naturaleza⁷. Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. C del art. 3º del Decreto N.º 52/005.

Las áreas naturales protegidas que han sido clasificadas dentro de la categoría de Paisaje Protegido han sido las siguientes: (i) Quebrada de los Cuervos y Sierras del Yerbal (Decreto N.º 462/008, de 29 de setiembre de 2008); (ii) Valle del Lunarejo (Decreto N.º 476/009, de 14 de octubre de 2009); (iii) Localidad Rupestre de Chamangá (Decreto N.º 11/010, de 12 de enero de 2010);

⁶ https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

⁷ https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

(iv) Laguna de Rocha (Decreto N° 61/010, de 18 de febrero de 2010); (v) Paso Centurión y Sierra de Ríos (Decreto N° 198/019, de 8 de julio de 2019); y (vi) Laguna de Castillos (Decreto N° 59/020, de 14 de febrero de 2020).

d) Sitios de protección

La categoría de “Sitios de Protección” se encuentra definida en el lit. D del art. 3° de la Ley N.º 17.234, como una aquellas áreas relativamente pequeñas que poseen valor crítico, dado que: (i) contienen especies o núcleos poblacionales relevantes de flora o fauna; (ii) en ellas se cumplen etapas claves del ciclo biológico de las especies; (iii) tienen importancia significativa para el ecosistema que integran; y (iv) contienen manifestaciones geológicas, geomorfológicas o arqueológicas relevantes.

Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. D del art. 3° del Decreto N.º 52/005. Hasta el momento, no se han incorporado al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, áreas naturales protegidas clasificadas bajo la categoría de “Sitios de Protección”.

Quizás esta es una de las categorías más restrictivas, ya que dentro de sus objetivos se encuentra el de limitar el acceso del público (num. 7° del lit. D del art. 3° del Decreto N° 52/005).

B. Categorías previstas en el Decreto N° 52/005

El art. 3° de la Ley N° 17.234, dispuso que el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, podría ampliar las categorías establecidas en dicho artículo. En base a esta disposición, el art. 4° del Decreto N° 52/005 amplió la clasificación de las categorías de manejo previstas en el artículo 3° de la Ley 17.234. Dichas categorías son las siguientes:

a) Áreas de manejo de hábitats y/o especies

La categoría de “Áreas de manejo de hábitats y/o especies” se encuentra definida en el lit. A del artículo 4 del Decreto N° 52/005, como: “Área terrestre y/o marina sujeta a intervención activa con fines de manejo, para garantizar el mantenimiento de los hábitat y/o satisfacer las necesidades de determinadas especies.”. Según el SNAP, la categoría de “Áreas de manejo de hábitats y/o especies” prioriza la conservación mediante la gestión activa⁸. Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. A del artículo 5 del Decreto N° 52/005.

Las áreas naturales protegidas que han sido clasificadas dentro de la categoría

⁸ https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

de Áreas de manejo de hábitats y/o especies han sido las siguientes: (i) Cerro Verde (Decreto N° 285/011, de 10 de agosto de 2011); (ii) Rincón de Franquía (Decreto N° 121/013, de 17 de abril de 2013); (iii) Laguna Garzón (Decreto N° 341/014, de 21 de noviembre de 2014); y (iv) Esteros y Algarrobales del Río Uruguay (Decreto N.º 341/015).

b) Área protegida con recursos manejados

La categoría de “Área protegida con recursos manejados” se encuentra definida en el lit. B del artículo 4 del Decreto N.º 52/005, como: “Área que contiene sistemas naturales predominantemente no modificados, que es objeto de actividades de manejo para garantizar la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica a largo plazo, así como proporcionar al mismo tiempo, un flujo sostenible de productos naturales y servicios para satisfacer las necesidades de la comunidad.”. Según el SNAP, la categoría de “Área protegida con recursos manejados” constituye un territorio ingresado al SNAP destinado al uso sostenible de los recursos manejados⁹. Los objetivos de manejo de dicha categoría se encuentran listados en el lit. B del artículo 5 del Decreto N.º 52/005.

Las áreas naturales protegidas que han sido clasificadas dentro de la categoría de “Área protegida con recursos manejados” han sido las siguientes: (i) Montes del Queguay (Decreto N.º 343/014, de 25 de noviembre de 2014); y (ii) Humedales de Santa Lucía (Decreto N.º 55/015, de 9 de febrero de 2015).

VII. INCORPORACIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Según el artículo 5 de la Ley N.º 17.234, el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, bajo las correspondientes categorías de manejo, aquellas áreas naturales públicas o privadas que reúnan las condiciones. A continuación analizaremos aquellos aspectos vinculados con la incorporación de áreas naturales y zonas adyacentes al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

A. Sobre el consentimiento de los particulares

Tal como lo aclara el artículo 5 de la Ley N.º 17.234, el Poder Ejecutivo puede incorporar al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, aquellas áreas naturales públicas o privadas. Debemos entonces analizar si para incorporar áreas naturales protegidas y zonas adyacentes, integradas por padrones privados, el

⁹ https://www.dinama.gub.uy/oan/documentos/SNAP_10.pdf

Poder Ejecutivo debe recabar el consentimiento de sus propietarios. La respuesta rápida es que no, de conformidad con la modificación de los artículos 5 y 6 de la Ley N.º 17.234, a través de la Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005.

La redacción original del artículo 5 de la Ley N.º 17.234 establecía lo siguiente: “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, incorporará al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, bajo las correspondientes categorías de manejo, aquellas áreas naturales que reúnan las condiciones señaladas en este Título. Lo dispuesto en el inciso anterior regirá para los casos de áreas pertenecientes al patrimonio del Estado, así como de los particulares que a tales efectos prestaren su consentimiento” (el subrayado nos pertenece).

La doctrina ya había identificado que la aceptación del propietario a su incorporación al sistema parecía poco probable, ya que carecía de todo estímulo (Sciandro, 2003). Es por ello, que la Ley N.º 17.930, eliminó la referencia al consentimiento de los particulares, no siendo actualmente un requisito para incorporar áreas que involucren padrones privados, al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

B. Sobre la propuesta

La propuesta para incorporar un área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas aparece regulada por el artículo 6 del Decreto N.º 52/005. Según dicho artículo: “Los interesados, incluidos los gobiernos departamentales, en proponer áreas para ser incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4º y 5º de la Ley que se reglamenta, deberán presentar las propuestas debidamente fundadas ante la Dirección Nacional de Medio Ambiente.” El contenido de dicha propuesta aparece también regulado por el artículo 6 del Decreto N.º 52/005. Por otro lado, de conformidad con el artículo 7 de la Ley N.º 17.234, los propietarios privados serán notificados de la propuesta para integrar los predios de su propiedad al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

C. Sobre el proyecto de selección y delimitación

En forma previa a elevar la propuesta de incorporar un área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el Ministerio de Ambiente deberá proponer un proyecto de selección y delimitación al Poder Ejecutivo, con el contenido dispuesto en el artículo 9 del Decreto N.º 52/005.

Por otro lado, en forma previa de la elevación de dicha propuesta, el Ministerio de Ambiente: (i) recabará la opinión de la Comisión Nacional Asesora de Áreas Protegidas sobre el proyecto de selección y delimitación (artículo 10 del Decreto N.º 52/005); y (ii) pondrá de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación y dispondrá la realización de una audiencia pública (artículo 7 de la Ley N.º 17.234).

D. Sobre la puesta de manifiesto y audiencia pública

Tal como veníamos analizando, en forma previa a la elevación de propuestas al Poder Ejecutivo para incorporar un área al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el Ministerio de Ambiente debe poner de manifiesto en sus oficinas el proyecto de selección y delimitación, y dispondrá la realización de una audiencia pública. A tales fines, efectuará una comunicación mediante publicación en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, para que cualquier interesado pueda acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que considere convenientes.

Dicho artículo ha sido reglamentado por el artículo 10 del Decreto N.º 52/005, el cual establece que los interesados dispondrán de un plazo de 60 (sesenta) días corridos, contados a partir del primer día hábil siguiente al de la publicación prevista en dicho literal, para acceder a la vista del proyecto y formular las apreciaciones que consideren convenientes. La audiencia pública se convocará en la misma publicación y se realizará dentro de los 30 (treinta) días de vencido el plazo de manifiesto.

VIII. LISTADO DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS INCORPORADAS AL SNAP

La incorporación de áreas naturales protegidas y zonas adyacente al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas las realiza el Poder Ejecutivo. Es por ello que todas las áreas incorporadas tienen su propio Decreto de incorporación:

1. Quebrada de los Cuervos y Sierras del Yerbal (Decreto N.º 462/008, de 29 de setiembre de 2008; Decreto N.º 524/008, de 27 de octubre de 2008; y Decreto N.º 60/020, de 14 de febrero de 2020).
2. Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay (Decreto N.º 579/008, de 27 de noviembre de 2008; Decreto N.º 343/015, de 16 de diciembre de 2015).
3. Cabo Polonio (Decreto N.º 337/009, de 20 de julio de 2009).
4. Valle del Lunarejo (Decreto N.º 476/009, de 14 de octubre de 2009).

5. Localidad Rupestre de Chamangá (Decreto N.º 11/010, de 12 de enero de 2010; Decreto N.º 129/010, de 20 de abril de 2010; Decreto N.º 6/011, de 19 de enero de 2011).
6. San Miguel (Decreto N.º 54/010, de 8 de febrero de 2010; Decreto N.º 333/019, de 4 de noviembre de 2019).
7. Laguna de Rocha (Decreto N.º 61/010, de 18 de febrero de 2010).
8. Cerro Verde (Decreto N.º 285/011, de 10 de agosto de 2011).
9. Rincón de Franquía (Decreto N.º 121/013, de 17 de abril de 2013).
10. Grutas del Palacio (Decreto N.º 153/013, de 21 de mayo de 2013).
11. Laguna Garzón (Decreto N.º 341/014, de 21 de noviembre de 2014; Decreto N.º 388/014, de 29 de diciembre de 2014).
12. Montes del Queguay (Decreto N.º 343/014, de 25 de noviembre de 2014).
13. Humedales de Santa Lucía (Decreto N.º 55/015, de 9 de febrero de 2015).
14. Esteros y Algarrobales del Río Uruguay (Decreto N.º 341/015, de 16 de diciembre de 2015).
15. Isla de Flores (Decreto N.º 43/018, de 23 de febrero de 2018).
16. Paso Centurión y Sierra de Ríos (Decreto N.º 198/019, de 8 de julio de 2019).
17. Laguna de Castillos (Decreto N.º 59/020, de 14 de febrero de 2020).

IX. MEDIDAS DE PROTECCIÓN (LIMITACIONES O PROHIBICIONES)

Las medidas de protección (limitaciones o prohibiciones) son impuestas por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, y aparecen reguladas por el artículo 8 de la Ley N.º 17.234. Es por ello por lo que también son uno de los aspectos que aparecen en los Decretos de incorporación de áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Quizás desde el punto de vista jurídico, estas medidas de protección son de los aspectos más relevantes, ya que refieren a limitaciones del goce del derecho de propiedad. Es importante resaltar que dichas medidas de protección podrían imponerse tanto a las áreas naturales protegidas propiamente dichas, como a sus zonas adyacentes, tal como lo aclara el artículo 8 de la Ley N.º 17.234, así como el artículo 16 del Decreto N.º 52/005.

Las medidas de protección se disponen para lograr los objetivos de incorporación de cada área natural protegida, por lo que dichas medidas no serán uniformes entre dichas áreas. Es decir, cada área natural protegida contará con sus propias medidas de protección; por lo tanto, las medidas de protección de cada área

natural protegida se encontraron en cada respectivo Decreto de incorporación.

A. Listado de posibles medidas de protección

- a. La edificación o urbanización, salvo aquellas contenidas expresamente en los planes de manejo del área respectiva.
- b. La ejecución de obras de infraestructura o la instalación de monumentos que alteren el paisaje o las características ambientales del área.
- c. La introducción de especies alóctonas de flora y fauna silvestre.
- d. Los vertidos de residuos, así como el desagüe de efluentes o la liberación de emisiones contaminantes, sin el tratamiento que se disponga.
- e. La recolección, la muerte, el daño o la provocación de molestias a animales silvestres, incluyendo la captura en vivo y la recolección de sus huevos o crías, así como la alteración o destrucción de la vegetación.
- f. La emisión o producción de niveles de ruido perturbadores para el entorno.
- g. La actividad de caza y de pesca, salvo que éstas se encuentren específicamente contempladas en los planes de manejo de cada área.
- h. El desarrollo de aprovechamientos productivos tradicionales o no, que por su naturaleza, intensidad o modalidad, conlleven la alteración de las características ambientales del área.
- i. Los aprovechamientos y el uso del agua, que puedan resultar en una alteración del régimen hídrico natural, que tenga incidencia dentro de un área natural protegida.

B. Otras medidas de protección

Tal como sostiene la doctrina, el listado del artículo 8 de la Ley N° 17.234 se trata de una enunciación no taxativa, ya que el literal “J” permite la incorporación de “otras medidas análogas” para la protección de los valores de cada área (Sciandro, 2003): “Otras medidas de análogas características, necesarias para la adecuada protección de los valores ambientales, históricos, culturales o paisajísticos de cada área.”.

C. Sobre el vínculo de las medidas de protección con los planes de manejo

Es común que muchas de las medidas de protección que se aplican en las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes, terminan de “reglamentarse” con disposiciones de los planes de manejo. Es por eso que los planes de manejo juegan un rol fundamental en este sentido.

Es decir, varias medidas de protección aparecen condicionadas a lo que dis-

pongan los planes de manejo de cada área natural protegida. A vía de ejemplo:

a. La edificación o urbanización, salvo aquellas contenidas expresamente en los planes de manejo del área respectiva (el subrayado nos pertenece).

g. La actividad de caza y de pesca, salvo que éstas se encuentren específicamente contempladas en los planes de manejo de cada área (el subrayado nos pertenece).

X. PLANES DE MANEJO

Los planes de manejo aparecen regulados por el artículo 12 de la Ley N.º 17.234, así como por el artículo 14 del Decreto N.º 52/005. La normativa prevé dos tipos de planes de manejo: (i) planes de manejo generales para las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes; y (ii) planes de manejo particulares para cada área natural protegida y sus zonas adyacentes.

Hasta el presente, no se han aprobado planes generales para las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes; los que deberían ser aprobados por el Ministerio de Ambiente.

Por otro lado, el artículo 14 del Decreto N.º 52/005, en la redacción dada por el artículo 1 del Decreto N.º 294/019, de 30 de setiembre de 2019, define a los planes de manejo correspondientes a cada área natural protegida y sus zonas adyacentes, como normas de planificación. Asimismo, dicho artículo especifica los componentes mínimos que deben contener estos planes de manejo: (i) condiciones de uso; (ii) la zonificación; y (iii) las acciones necesarias para cumplir con los objetivos de conservación establecidos para las diferentes categorías de manejo.

Respecto a los planes de manejo particulares para cada área natural protegida y sus zonas adyacentes, el artículo 12 de la Ley N.º 17.234, en la redacción dada por el artículo 165 de la Ley N.º 19.535, establece que dichos planes son aprobados por el Ministerio de Ambiente, a propuesta de los administradores. Los administradores de áreas naturales protegidas contarán con el plazo de dos años desde el inicio de su gestión, para presentar al Ministerio de Ambiente, para su aprobación, los planes de manejo que se propongan ejecutar en el área y su zona adyacente, de conformidad con las directrices y planes generales. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el Ministerio de Ambiente, a solicitud del administrador del área natural protegida.

Es importante resaltar que los planes de manejo deben respetar las medidas de protección impuestas para cada área; es decir las limitaciones o prohibicio-

nes, dispuestas de conformidad con el artículo 8 de la Ley N.º 17.234 (Sciandro, 2003). Asimismo, el artículo 12 de la Ley N.º 17.234 dispone que los planes de manejo una vez aprobados, constituyen normas de observación obligatoria para cualquier actividad, construcción u obra que se desarrolle dentro de las respectivas áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes.

Un porcentaje muy bajo de áreas naturales protegidas cuentan con planes de manejo aprobados, lo que se explica mayoritariamente por la dificultad de lograr consensos políticos, y por los estudios que son necesarios llevar a cabo, para poder proponer un plan de manejo. A la fecha únicamente se han aprobado los siguientes planes de manejo:

- **Quebrada de los Cuervos** (Resolución Ministerial N.º 1042/011, de 3 de octubre de 2011).
- **Esteros de Farrapos e Islas del Río Uruguay** (Resolución Ministerial N.º 721/2014, de 30 de junio de 2014).
- **Laguna de Rocha** (Resolución Ministerial N.º 1030/2016, de 29 de julio de 2016).
- **Valle del Lunarejo** (Resolución Ministerial N.º 1823/2016, de 20 de diciembre de 2016).
- **Cerro verde** (Resolución Ministerial N.º 1072/2018, de 15 de agosto de 2018).
- **Cabo Polonio** (Resolución Ministerial N.º 239/2019, de 14 de febrero de 2019).

XI. PUBLICIDAD REGISTRAL

Tanto el Decreto de incorporación de un área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como la aprobación de su plan de manejo, constituyen actos administrativos que contienen limitaciones o prohibiciones al derecho de propiedad. Es por ello por lo que deberán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 8 del Decreto N.º 52/005.

XII. LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL PREVIA EN LAS ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS Y ZONAS ADYACENTES

Además de las medidas de protección, es importante tener presente que el hecho de incorporar un área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas implica que sea necesario contar con Autorización Ambiental

Previa, previo a llevar a cabo algunas actividades, construcciones u obras, de conformidad con el num. 34 del artículo 2 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales (Decreto N° 349/005, de 21 de setiembre de 2005).

Este régimen ha sido modificado por el Decreto N° 294/019, de 30 de setiembre de 2019, principalmente porque se preveía originalmente un régimen donde todas las actividades requerían Autorización Ambiental Previa, salvo aquellas comprendidas en los planes de manejo. Solución que llevada al extremo hacía requerir de Autorización Ambiental Previa a todo lo que se podía proyectar en un área natural protegida.

A. Actividades que requieren contar con Autorización Ambiental Previa

El num. 34 del artículo 2 del Decreto N.º 349/005, prevé que requieren Autorización Ambiental Previa, las actividades incluidas en el listado aprobado por la entonces Dirección Nacional de Medio Ambiente, que se pretendan ejecutar en las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes, incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Por Resolución N.º 101/020, de 28 de febrero de 2020, se aprobaron las actividades que requieren de Autorización Ambiental Previa, cuando se proyecten dentro de las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes, de conformidad con el numeral 34 del art. 2º del Decreto 349/005, en la redacción dada por el art. 4º del Decreto 294/019. Dicho listado comprende las siguientes actividades:

- a) La prospección y exploración del suelo y subsuelo, cuando se realicen a través de métodos que utilicen fuentes acústicas o electro - magnéticas.
- b) Extracción de materiales de la Clase IV, prevista en el artículo 7º del Código de Minería, aprobado mediante el Decreto - Ley N° 15.242, de 8 de enero de 1981, cuando se realice en álveos de cursos o cuerpos de agua, así como en aquellos casos de canteras destinadas a obra pública bajo administración directa de organismos oficiales. Se exceptúa la extracción de los materiales referidos de la faja de dominio público de rutas nacionales o departamentales, cuando sea menor a 300 m³ (trescientos metros cúbicos) semestrales.
- c) Explotaciones hortícolas, frutícolas o vitícolas de más de 10 (diez) hectáreas, en un único establecimiento o unidad de producción.
- d) Nuevas plantaciones forestales de más de 50 (cincuenta) hectáreas en un establecimiento o unidad de producción.

- e) Dragado de cursos o cuerpos de agua, cualquiera sea su finalidad.
- f) La instalación de corrales de engorde y de cuarentena de ganado bovino u ovino.
- g) La realización de cabalgatas en las que participen al menos 12 caballos, con excepción de aquellas que circulen exclusivamente por rutas, calles o caminos públicos.
- h) La realización de carreras con vehículos motorizados.
- i) La prestación de servicios de alquiler de equipos y el funcionamiento de escuelas para la práctica de deportes náuticos o aéreos, a motor o a vela.

El ordinal 3º de la Resolución N.º 101/020, previene que lo dispuesto en dicha resolución no exceptúa la necesidad de contar con Autorización Ambiental Previa, en virtud de lo dispuesto por otros numerales del artículo 2º del Decreto N.º 349/005, de 21 de setiembre de 2005, para la ejecución de actividades dentro de áreas protegidas y zonas adyacentes.

B. Construcciones u obras que requieren contar con Autorización Ambiental Previa

El num. 34 del artículo 2 del Decreto N.º 349/005, prevé que requieren Autorización Ambiental Previa, las construcciones u obras, que se pretendan ejecutar en las áreas naturales protegidas y sus zonas adyacentes, incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

C. Excepciones previstas en los planes de manejo

Al igual que las medidas de protección (limitaciones o prohibiciones), impuestas de conformidad con el artículo 8 de la Ley N.º 17.234, en donde los planes de manejo juegan un rol importante, lo mismo sucede con el régimen de Autorización Ambiental Previa. Esto por cuanto el num. 34 prevé que los planes de manejo podrán exceptuar de la necesidad de contar con Autorización Ambiental Previa, respecto a aquellas actividades, construcciones u obras, “comprendidas” en dichos planes.

El num. 34 del artículo 2 del Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales establece que: “Quedan exceptuadas las actividades, construcciones u obras, que estuvieren comprendidas en planes de manejo particulares o generales, aprobados con sujeción a lo dispuesto en la Ley N.º 17.234, de 22 de febrero de 2000.”.

XIII. LA OFERTA DE VENTA

Otra de las limitantes que prevé la Ley N.º 17.234 refiere a la oferta de venta prevista en el artículo 9; instituto que presenta mucha similitud con el procedimiento previsto en el artículo 35 de la Ley N.º 11.029, de 12 de enero de 1948 (Instituto Nacional de Colonización).

El artículo 9 de la Ley N.º 17.234 establece que cuando los padrones ubicados en áreas y zonas adyacentes del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas sean de propiedad privada, antes de ser enajenados, deberán ser ofrecidos al Ministerio de Ambiente, el que tendrá preferencia para la compra por igual valor y plazo de pago y dispondrá de un plazo de 60 (sesenta) días para manifestar si acepta o no dicho ofrecimiento, vencido el cual sin que se pronuncie, se tendrá por rechazado el mismo.

Hasta el momento el Ministerio de Ambiente jamás ha adquirido un padrón a través del procedimiento de oferta de venta, previsto en el artículo 9 de la Ley N.º 17.234. Tal es la similitud con el instituto previsto en el artículo 35 de la Ley N.º 11.029, que en caso de incumplimiento de ofrecer en venta, el artículo 9 de la Ley N.º 17.234, se remite a la sanción prevista en la Ley del Instituto Nacional de Colonización: “Si el propietario no cumpliera con esta obligación, será pasible de la multa prevista en el artículo 35 de la Ley N.º 11.029, de 12 de enero de 1948 y modificativas.”.

XIV. ADMINISTRACIÓN

La administración de las áreas naturales protegidas está regulada por el artículo 11 de la Ley N.º 17.234. Dicho artículo establece que la administración de las áreas naturales protegidas podrá estar a cargo de organismos o personas públicas o privadas.

En la práctica, por lo general el Decreto de incorporación del área natural protegida al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, faculta al Ministerio de Ambiente, a determinar y convenir la forma y demás condiciones en que será administrada el área. La administración de las áreas naturales protegidas por lo general es llevada a cabo en un régimen de coadministración. Por lo general se realizan convenios de co – administración entre el Ministerio de Ambiente y la Intendencia del departamento en que se ubica el área.

XV. EL CUERPO NACIONAL DE GUARDAPARQUES

Los Guardaparques constituyen uno de los actores más importantes del SNAP, ya que no solo realizan tareas de contralor, sino que son las personas que

se encuentran trabajando en primera línea en el propio territorio del área. Son las personas encargadas del contralor directo y custodia, y cuentan con facultades para poder llevar a cabo actividades inspectoras.

Los Guardaparques dependen de los administradores, y deberán ser habilitados por el Ministerio de Ambiente. Su función aparece regulada principalmente por los artículos 14 y 21 de la Ley N.º 17.234, el artículo 13 del Decreto N.º 52/005, así como por el Reglamento del Cuerpo Nacional de Guardaparques, el cual fue aprobado por Decreto N.º 342/015, de 16 de febrero de 2015.

El artículo 13 del Decreto N.º 52/005 establece que los Guardaparques deberán fiscalizar el cumplimiento de las medidas de protección del área natural protegida y su zona adyacente, así como de los planes de manejo, en las cuales desempeña sus funciones, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley N.º 17.234, y otras tareas que le sean encomendadas que guarden relación con el cumplimiento de los objetivos del área.

XVI. INCUMPLIMIENTO Y SANCIONES

El régimen de infracciones y sanciones aparece regulado en el Capítulo III de la Ley N.º 17.234, así como por los artículos 22 y 23 del Decreto N.º 52/005, en la redacción dada por el Decreto N.º 294/019.

Dicho régimen establece los tipos de infracciones, así como las multas que podrían ser aplicadas en caso de incumplimientos, por ejemplo, de las medidas de protección del área natural protegida o zona adyacente, o de los planes de manejo de las mismas.

XVII. LA SENTENCIA DE LA SCJ QUE DECLARA CONSTITUCIONAL EL SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN

La sentencia que analizaremos en el presente apartado es la N.º 1588, de 26 de noviembre de 2018. La misma refiere a la acción de inconstitucionalidad de la Ley N.º 17.234, de 22 de febrero de 2000, modificada por la Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005. Nos tocó asesorar a la Dirección Nacional de Medio Ambiente, al contestar la acción de inconstitucionalidad, y creemos que es un gran leading case en nuestro Derecho Ambiental. No sólo porque el Estado refuerza la gestión del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, pero además, por los propios argumentos desarrollados por la propia Suprema Corte de Justicia.

La Ley N.º 17.234, declaró de interés general la creación y gestión de un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como instrumento de aplicación de las políticas y planes nacionales de protección ambiental. Por su parte, el literal “g” del artículo 7 de la Ley N.º 17.283 calificó al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, como uno de los instrumentos de gestión ambiental previstos por nuestro Derecho.

El artículo 5 de la Ley N.º 17.234 en su redacción original, dispuso que la incorporación de áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas se realizaría por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, incluyendo las áreas pertenecientes al Estado, y de los “particulares que a tales efectos prestaren su consentimiento”. Es decir que, para que un padrón de propiedad privada integrara un área del SNAP, el propietario debería previamente prestar su consentimiento.

Por su parte, la redacción original del artículo 8 del Decreto N.º 52/005, de 16 de febrero de 2005 (Reglamentario de la Ley N.º 17.234), estableció el procedimiento a seguir para obtener dicho consentimiento: *“La propuesta se realizará bajo la forma de un contrato, en el que se detallarán en forma precisa las condiciones de uso y manejo a que quedará sujeta el área en cuestión, de acuerdo a la categoría de manejo seleccionada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley y el presente decreto. A partir de la notificación personal o por edictos, los propietarios tendrán un plazo máximo de 90 (noventa) días para manifestar su consentimiento. Vencido este plazo sin que el propietario haya manifestado su consentimiento en forma expresa, quedará expedita la vía para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley N.º 17.234 (...)”*.

Es decir que de conformidad con dicho artículo, si el propietario no prestaba su consentimiento para que su padrón forme parte de un área del SNAP, el Estado quedaba habilitado para seguir la vía prevista por el artículo 6 de la Ley N.º 17.234, el cual declaraba de utilidad pública la expropiación de aquellas áreas, cuyos titulares no prestaren su consentimiento para la incorporación de los mismos al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

La Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005 (arts. 362 y 363), modificó los artículos 5 y 6 de la Ley N.º 17.234, eliminando la referencia al consentimiento de los particulares que quedó derogada. Posteriormente, el procedimiento previsto para recabar dicho consentimiento – ya derogado – se eliminó del artículo 8º del Decreto N.º 52/005, a través del Decreto N.º 294/019, de 30 de setiembre de 2019 (art. 1º). Esta modificación permitió la incorporación de diversas áreas

al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Anteriormente, la necesidad de contar con el consentimiento de los particulares inviabilizó la incorporación de áreas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Nótese que las primeras áreas protegidas incorporadas al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas datan del año 2008; casi 10 años posteriores a la promulgación de la Ley N.º 17.234.

Como habíamos adelantado, la acción de inconstitucionalidad objeto de la sentencia que estamos analizando, se realizó contra la Ley N.º 17.234, y su modificativa, la Ley N.º 17.930. Los propietarios de un campo ubicado en el área natural protegida “Humedales de Santa Lucía”, incorporada al Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, por Decreto N.º 55/015, de 9 de febrero de 2015, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 17.234, en la redacción dada por la Ley N.º 17.930, por ser violatorias de los artículos 7 y 32 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se señaló que: “Además de resultar una limitación violatoria del derecho de propiedad consagrada constitucionalmente, se agravó la misma al eliminar la etapa previa de estudio, coordinación y eventual consentimiento de los propietarios a la eventual inclusión.”. En la misma línea, argumentan que la modificación de la Ley N.º 17.930 eliminó un procedimiento con determinadas garantías para los propietarios: consentimiento (art. 5 de la Ley N.º 17.234), notificación personal, y eventual celebración de un contrato (art. 8 del Decreto N.º 52/005).

La Suprema Corte de Justicia entendió que existió poca claridad en la individualización requerida por el artículo 512 del Código General del Proceso (Ley N.º 15.982, de 18 de octubre de 1988): “En efecto (...) la única impugnación que puede ser individualizada y que no resultaría alcanzada por la inadmisibilidad referida en el Considerando anterior es la referida al artículo 6 de la Ley No. 17.234.”. Respecto a este punto, se entendió que la disposición en cuestión (artículo 6 de la Ley N.º 17.234) resulta absolutamente ajustada a lo dispuesto por el artículo 47 de la Constitución, en cuanto dispone que la protección del ambiente es de interés general.

La Corte aclaró además que: “(...) el art. 362 de la Ley No. 17.930 que dio nueva redacción al art. 5 de la Ley No. 17.234 simplemente regula la incorporación al sistema de áreas naturales protegidas por parte del Poder Ejecutivo a propuesta del MVOTMA (...)”. En este sentido, se argumentó que: “(...) el art. 5 en la redacción vigente no regula supuesto alguno de expropiación, esto es,

de traslación dominial forzosa de un bien a manos del Estado, sino que regula cómo los bienes públicos o privados se incorporan al sistema de áreas naturales protegidas.”.

En lo que refiere a las medidas de protección previstas por el artículo 8 de la Ley N° 17.234 (limitaciones o prohibiciones), la Corte concluyó que: “Dicha incorporación, puede aparejar determinadas medidas de protección de aquellas áreas consideradas protegidas, pero estas limitantes al derecho de propiedad son una herramienta necesaria e idónea para tutelar el derecho a un medio ambiente sano y sustentable” (art. 47 de la Carta). En este sentido, se desprende que la Corte de alguna forma entiende que el derecho a un ambiente sano y equilibrado se desprende del artículo 47 de la Constitución.

En lo que respecta a la propiedad y el ambiente, la Corte resalta que: “El legislador, en el balance de derechos fundamentales, pretendió dar preferencia al derecho al medio ambiente (...)”. Pero además, se argumentó que: “(...) el derecho a la propiedad no es un derecho subjetivo perfecto que no admita limitaciones por razones de interés general, por el contrario, puede ser restringido en su protección si existe razonable motivo en aras del bien común.”. En el caso en cuestión, dicha fundamentación estaría dada por el artículo 1° de la Ley N.º 17.234, que declara de interés general la creación y gestión de un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas.

Y se concluye que: “En el caso, no se licua el disfrute en el ejercicio de un derecho constitucional, como es el derecho de propiedad, desnaturalizándolo mediante el establecimiento de una serie de gravámenes que tornan estéril el ejercicio de tal derecho. Y que: “Los actores, incorrectamente, asimilan limitación del derecho de propiedad (restricciones al ejercicio) con la privación que es la medida de intervención más intensa, porque lo que produce es el traspaso dominial de un bien del particular al Estado.”.

Por último, en lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley N.º 17.234, en la redacción dada por el artículo 363 de la Ley N.º 17.930, se argumentó que: “El hecho de que el art. 6 de la Ley 17.234 en su redacción original declara de utilidad pública la expropiación de aquellos bienes cuyos titulares no habían prestado su consentimiento para la incorporación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas y que, por obra del art. 353 de la Ley N.º 17.930 se haya eliminado la referencia al consentimiento no viola, en modo alguno, el derecho de propiedad.”.

XVIII. CONCLUSIONES

La pérdida de la diversidad biológica es uno de los problemas más importantes que enfrenta el ser humano. Para enfrentar esta realidad, los Estados buscan instaurar sistemas de áreas naturales protegidas para conservar la diversidad biológica. Uruguay no escapa a esta realidad.

Uruguay ha creado un Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas, regulado principalmente por la Ley N.º 17.234, de 22 de febrero de 2000, así como por el Decreto N.º 52/005, de 16 de febrero de 2005. Dicho marco normativo autoriza al Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Ambiente, a establecer ciertas limitaciones o prohibiciones respecto a las actividades que se realicen en las áreas comprendidas en el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y zonas adyacentes.

Nuestro país debe articular más con el sector privado. La Ley del Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas carece de incentivos para la conservación por parte de propietarios privados.

REFERENCIAS

- ANIDO BONILLA, R. (2017). De la afectación como área natural protegida. *Revista de Derecho. Universidad de Montevideo*. Año 16, no. 32, pp. 33-61. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2018/04/ANIDO.pdf>
- IGLESIAS ROSSINI, G. F. (2020). La protección del ambiente en la Constitución de la República. *Revista de Derecho Público*. Año 29, no. 57, pp. 139 – 157.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2016). Diversidad biológica y diversidad jurídica. Visión Argentina. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación y Práctica*. N° 47, pp. 19 – 32.
- LÓPEZ ALFONSÓN, M. (2012). *Derecho ambiental*. Astrea.
- LÓPEZ ALFONSÍN, M. A. (2010). El Sistema Nacional de Áreas Protegidas: Análisis de su régimen legal desde el Derecho Ambiental Constitucional. En: T. Hutchinson & H. Rosatti, *Revista de Derecho Público. Derecho Ambiental - III* (2010 – 1, pp. 9 – 23). Rubinzal – Culzoni Editores.
- MEDER, M. D. P. (2015). Propuesta, “Declaración de reserva natural municipal desembocadura Río Sauce Grande, Monte Hermoso, Provincia de Buenos Aires, Argentina”. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina. Jurispru-*

dencia. *Legislación y Práctica*. N° 41, pp. 181 – 202.

- MRAZEK, L. (2013). Reservas naturales privadas. Un aporte para estimular la conservación voluntaria de los ecosistemas naturales. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación y Práctica*. N° 36, pp. 65 – 104.
- RODRÍGUEZ, C. A. (2015). Las áreas marinas protegidas. *Revista de Derecho Ambiental. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación y Práctica*. N° 41, pp. 173 – 179.
- SCIANDRO, J. (2003). Participación voluntaria en la conservación de la diversidad biológica. En. G. Casaux, *Derecho Ambiental* (Tercera Seria N° 9, pp. 117 - 132). Fundación de Cultura Universitaria.
- SCIANDRO, J. (2008). Una aproximación a la regulación jurídica de áreas protegidas. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 685 a 710.
- ZEBALLOS DE SISTO, M. C. et al (2008). *Ambiente y recursos naturales*. Editorial Estudio.

Fecha de presentación: 10 de mayo 2021

Fecha de aceptación: 17 de julio 2021

**LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS UNILATERALES EN
INTERÉS DE LA COMUNIDAD EN SU CONJUNTO Y LA
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS.
TEORÍA Y PRÁCTICA**

**THE APPLICATION OF UNILATERAL MEASURES IN
INTEREST OF THE COMMUNITY AS A WHOLE AND THE
INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES. THEORY
AND PRACTICE**

**A IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS UNILATERAIS EM INTERESSE DA
COMUNIDADE NO SEU CONJUNTO E A RESPONSABILIDADE
INTERNACIONAL DOS ESTADOS. TEORIA E PRÁTICA**

*Alejandro Pastori Fillol**

RESUMEN. El aumento exponencial de medidas unilaterales adoptadas por ciertos Estados o Grupos de Estados lleva inevitablemente a la consideración de su legalidad en particular cuando dichas medidas son adoptadas para defender un interés que se considera de la comunidad internacional toda y no específicamente de quién impone la sanción, como es el caso de la defensa de los derechos humanos, el estado de derecho o el régimen democrático de gobierno. Esto se agrava además porque por regla general el Derecho Internacional Público es muy restrictivo en cuanto a la aplicación de medidas unilaterales por parte de los Estados y promueve en cambio todo un sistema multilateral de respuesta para estas infracciones. El presente artículo habrá de considerar esta situación a la luz de las normas sobre responsabilidad internacional existentes y hará referencia a casos prácticos para ilustrar sobre la legitimidad de estas medidas.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UdelaR. Miembro de la Academia de Derecho del Uruguay. Correo electrónico: alejandropastori@adinet.com.uy.

PALABRAS CLAVE. Sanciones unilaterales. Medidas unilaterales. Responsabilidad internacional. Derechos humanos. Contramedidas.

ABSTRACT. The exponential increase in unilateral measures adopted by certain States or Groups of States inevitably leads to the consideration of their legality, in particular when the measures are adopted to defend an interest that is considered to be of the entire international community and not specifically of who imposes the sanction, as is the case of the defense of human rights, the rule of law or the democratic regime of government. This is further aggravated because, as a general rule, Public International Law is very restrictive in terms of the application of unilateral measures by the States and instead promotes a whole multilateral response system for these infractions. This article will consider this situation in the light of the existing rules on international responsibility and will also refer to real cases to illustrate the legitimacy of these measures.

KEY WORDS. Unilateral sanctions. Unilateral measures. International responsibility. Human rights. Countermeasures.

RESUMO. O aumento exponencial de medidas unilaterais adotadas por determinados Estados ou Grupos de Estados leva inevitavelmente à consideração de sua legalidade, principalmente quando tais medidas são adotadas para defender um interesse que se considera ser de toda a comunidade internacional e não especificamente de quem impõe o sanção, como é o caso da defesa dos direitos humanos, do Estado de direito ou do regime democrático de governo. Isso se agrava ainda mais porque, via de regra, o Direito Internacional Público é muito restritivo quanto à aplicação de medidas unilaterais por parte dos Estados e, em vez disso, promove todo um sistema multilateral de resposta a essas infrações. Este artigo deverá considerar esta situação à luz das normas existentes sobre responsabilidade internacional e fará referência a casos práticos para ilustrar a legitimidade dessas medidas.

PALAVRAS-CHAVE. Sanções unilaterais. Medidas unilaterais.

Responsabilidad internacional. Derechos humanos. Contra-medidas.

Al igual que los diversos regímenes de responsabilidad que existen en el derecho interno, el derecho internacional prevé un sistema de responsabilidad por las infracciones cometidas por los sujetos que gobiernan. Las relaciones jurídicas resultantes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por un Estado han sido objeto de esfuerzos considerables por parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante, la CDI).

Estas obras de codificación de la responsabilidad internacional del Estado abarcaron años y condujeron finalmente a la adopción en 2001 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos¹ (en adelante “los Artículos”).

En el marco del informe de la CDI sobre los trabajos de dicho período de sesiones, la Asamblea General de Naciones Unidas llevó estos artículos a la atención de los gobiernos a través de la resolución sobre Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito, Res. AG / 56/83, Doc AG NU, 56a sesión, supl. n°49, Doc. NU A / 56/49 (2001), lo que nos informa sobre la trascendencia que tuvo este trabajo.

A pesar de la naturaleza no vinculante del texto y la falta de adopción posterior de un tratado sobre estos artículos, es innegable concluir que gran parte de este proyecto de artículos es un reflejo de la costumbre internacional en el derecho de la responsabilidad internacional actual y que se justifica referirse a él como tal, cosa que los órganos judiciales y las organizaciones internacionales ya han hecho con frecuencia, confirmando esta interpretación².

En lo esencial, los Artículos definen las circunstancias que permiten que un acto sea calificado como internacionalmente ilícito, así como las condiciones para atribuir tal acto a un Estado, además de establecer las circunstancias que excluyen la ilicitud y definir las consecuencias que se derivan de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

1 Una descripción detallada del desarrollo del trabajo de la Comisión, se encuentra en Crawford, J., Pellet, A. & Olleson, S. (eds.) (2010) y también en Crawford, J. R. (2002). Publicado también en francés (Pedone, 2003) y en español (Dykinson, 2004).

2 Ver Asamblea General de las Naciones Unidas, sexagésimo quinto período de sesiones. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales: informe del Secretario General (A/65/76); Y también: -Asamblea General de las Naciones Unidas, sexagésimo segundo período de sesiones, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales: informe del Secretario General (A/62/62 y Add.1).

El objetivo de este trabajo es examinar las principales cuestiones jurídicas planteadas por la adopción de medidas unilaterales contra determinados Estados o entidades, por parte de otros Estados u organismos regionales, en particular en relación con la responsabilidad internacional que puede acarrear su adopción en algunos casos.

Nos estamos refiriendo a la adopción de medidas conocidas como “medidas no institucionalizadas” y que tienen un carácter coercitivo, es decir que están orientadas a castigar a otro Estado por un supuesto incumplimiento de una norma que afecta al que le impone la medida y cuyo objetivo es modificar el comportamiento ilegal del incumplidor.

Es bueno recordar que en Derecho Internacional Público existen otro tipo de medidas “sancionatorias” pero que están institucionalizadas, encontrándose las mismas previstas en tratados que las regulan y que se pueden adoptar siguiendo el procedimiento previsto a tales efectos en el propio tratado.

Estas no forman parte de las medidas unilaterales que analizaremos.

Por su carácter institucionalizado, su naturaleza es completamente diferente de las que aquí consideramos y también lo sea el régimen de la responsabilidad que se le aplica.

Un ejemplo de estas medidas unilaterales e institucionalizadas son las adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el marco del denominado sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas, contra algún Estado que haya realizado algún acto considerado como una amenaza a la paz o seguridad internacionales.³

A diferencia de esta legitimidad pre establecida y autorizada que caracteriza a este tipo de medidas, aquellas que no están institucionalizadas, y que son aplicadas por un sujeto de derecho contra otro de forma unilateral, tienen por este motivo una legalidad muchas veces cuestionada o cuestionable dependiendo de qué tipo de medidas se traten y del contexto en que se adoptan, como enseguida veremos, motivo por el cual los artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional las estudian especialmente a efectos de caracterizarlas primero y de enmarcar luego el régimen de responsabilidad que les corresponde.

Un ejemplo de este tipo de medidas unilaterales es, por ejemplo, las adoptadas contra Irán por la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros a lo largo de

³ Para la responsabilidad de las organizaciones internacionales la CDI adoptó otro documento específico en el año 2011: el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado en segunda lectura. Ver Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 63o. periodo de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), ILC Report A/66/10, 2011, Cap V, par. 77-88 (en inglés).

2012, encaminadas a inducir a Irán a renunciar a una cierta cantidad de actividades de su programa nuclear, y que incluyeron un extenso embargo sobre las importaciones de petróleo y gas iraníes (entró en vigor el 1 de julio de 2012) y la congelación de los activos del Banco Central de Irán⁴.

Otro ejemplo son las medidas adoptadas contra Venezuela por parte de los Estados Unidos de América (EEUU) desde 2014, que al igual que en el caso anterior incluyen un amplio abanico de prohibiciones y restricciones en contra de ese país y en contra de entidades del mismo, como la petrolera PDVSA.

Este tipo de medidas son en general calificadas de “sanciones” internacionales unilaterales, aunque veremos luego que esa terminología no es correcta. Al menos jurídicamente, la palabra sanción se debe reservar para las medidas institucionalizadas de acuerdo a lo que establece la CDI en su Tercer Informe sobre Responsabilidad⁵.

Las medidas unilaterales y no institucionalizadas, para su valoración desde el punto de vista del derecho internacional, plantean en primer lugar el problema de su determinación jurídica como tales, de la que dependerá luego el régimen jurídico que les será aplicable y por ende su potencial responsabilidad.

La determinación, caracterización o calificación jurídica de una medida como “unilateral y no institucionalizada” será el objeto de nuestra primera parte.

En una segunda parte veremos las condiciones que tienen que existir para que no exista responsabilidad internacional por la adopción de estas medidas, o bien lo contrario, es decir qué elementos la producen. Nos centraremos en particular en los casos en que las mismas se adoptan “en interés de la comunidad internacional en su conjunto”, que es el punto más controversial cuando se aplican estas medidas y sobre el que se detiene nuestro trabajo.

En tercer lugar, un ejemplo práctico nos ayudará a entender mejor el uso que se hace de este tipo de medidas unilaterales y las dificultades que trae aparejado. Hemos elegido para ilustrar este supuesto a las medidas adoptadas por los EE.UU. contra Venezuela.

Luego concluiremos sobre las consecuencias del régimen actual existente dado por los artículos de la CDI sobre Responsabilidad en este punto específico y sobre los riesgos de su politización en el marco de las relaciones internacionales.

⁴ Ver al respecto: Coville, Thierry (2015).

⁵ Ver Tercer Informe de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial (1991), p. 10.

I. CARACTERIZACIÓN DE LAS MEDIDAS UNILATERALES NO INSTITUCIONALIZADAS

En el derecho internacional, las medidas del tipo que nos referimos podrían a priori recibir distintas calificaciones. Entre las categorías legales potencialmente posibles en el presente caso se encuentran las medidas de retorsión y las contramedidas (dentro de las cuales se encuentran las represalias).

1. Las medidas de retorsión.

Las medidas de retorsión son medidas adoptadas por un Estado frente a otro Estado en respuesta a un acto o comportamiento de este último que los lleva a imponerlas.

Es importante señalar que, si bien puede constituir una medida hostil, la retorsión se caracteriza fundamentalmente por su legalidad inherente, lo que significa que su uso por parte de un Estado no implica para él un incumplimiento de ninguna obligación internacional.

La medida de retorsión pues no debe implicar una violación de una obligación internacional del Estado o bien dejaría de serlo.

El acto o comportamiento anterior que dio lugar a la medida de retorsión puede o no ser contrario a las obligaciones internacionales del Estado del que emana. Este aspecto es indiferente en relación con la calificación de la medida de retorsión que se adopta como consecuencia del mismo⁶

El objetivo de las medidas de retorsión es inducir un comportamiento por parte del Estado destinatario de las mismas o, al menos, denunciar e indicar enérgicamente su desaprobación.

Son muchas las formas que podrían adoptar las medidas de retorsión, sin embargo, los ejemplos más citados son los de la expulsión de un diplomático de nivel equivalente o incluso la ruptura de relaciones diplomáticas, la reducción o cese de la ayuda al desarrollo, o la imposición de formalidades adicionales para permitir la admisión en el territorio de ciudadanos del Estado sancionado.

Se debe tener en cuenta que, debido a su legalidad inherente, las medidas de retorsión no están sujetas al requisito de proporcionalidad ante el daño resultante del hecho que las motiva, como veremos luego que sucede con las contramedidas.

Si bien esto significa que los Estados que las aplican tienen un gran margen

⁶ Ver al respecto: Giegerich, Thomas (2011).

de maniobra, también implica que la evaluación por parte de un Estado de la conveniencia de estas medidas no se realizará a la luz del marco jurídico del derecho internacional general, sino recurriendo a una valoración más pragmática que tenga en cuenta la realidad y el contexto de las relaciones internacionales.

Por estos motivos las medidas de retorsión se mencionan aquí para diferenciarlas claramente de las contramedidas y dejar sentado que constituyen jurídicamente el grado más leve de medidas unilaterales no institucionalizadas, y donde el elemento de la legalidad de las mismas no entra en juego, por lo cual su imposición no reviste en general problemas jurídicos, sino alguna posible consecuencia política o comercial.

2. Las contramedidas.

Al igual que la retorsión, las contramedidas son también actos de rigor y coacción que constituyen medidas unilaterales de auto ayuda tomadas por un Estado que se considera agraviado contra otro Estado.

A diferencia de la retorsión, las contramedidas son una respuesta que de otro modo sería ilegal frente a un acto ilegal de la otra parte. La ilegalidad de la medida se ve justificada por la ilegalidad a la que responde, en un mecanismo similar al de la legítima defensa, aunque veremos que son sustancialmente diferentes.

En una etapa incluso reciente se hablaba de represalias para referirse a esta figura y algunas versiones incluso la ampliaban a las represalias armadas.

Es necesario referirse a este término de uso tan común, pero sin embargo hoy dejado de lado en la literatura jurídica moderna.

2.1. Las antiguas “represalias” y el alcance actual del concepto.

El término represalia, en su concepción original abarcaba todas las medidas unilaterales (que de otro modo serían ilegales) que un Estado podía tomar, incluido el uso de la fuerza.

En la actualidad, si bien el concepto de «represalias» sigue siendo válido observamos que ya está casi ausente del vocabulario relacionado con el derecho internacional y las relaciones internacionales. Ha quedado limitado a las medidas tomadas en el contexto de un conflicto armado internacional; es decir, se considera equivalente a las represalias armadas.

Este cambio se dio por la fuerte connotación del término, asociado con la guerra y toda la violencia que se deriva de ella. Sin duda, es esta connotación la que llevó a los árbitros del laudo arbitral del Caso relativo al Contrato de

Servicios Aéreos de 27 de marzo de 1946 entre los Estados Unidos de América y Francia a creer que sería conveniente dotar al derecho internacional con un nuevo término: el de «contramedidas» (Tribunal ad hoc: Mr. Willem RIPHAGEN, Presidente; Mr. Thomas EHRLICH, M. Paul REUTER, Árbitros; (Ginebra, Suiza). (1946, Marzo 27, p. 483) “Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France”).

Posteriormente al laudo referido, el término fue rápidamente retomado por la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ)⁷, y luego insertado en los Artículos de la CDI⁸ después de un acalorado debate, incluso áspero en ocasiones, relativo a la conveniencia de codificar estas medidas que son inconfundiblemente parte de la práctica constante de los Estados⁹.

El término “contramedidas”, por tanto, de conformidad con la práctica moderna y las decisiones judiciales, cubre la parte de las represalias que no está asociada al conflicto armado y es el comúnmente utilizado en nuestros días.

2.2. El diseño actual de las contramedidas.

La evolución semántica referida ha sido acompañada de una evolución del marco normativo en relación con la aplicación de tales medidas. Sin embargo, conceptualmente el principio sigue siendo el mismo: el Estado lesionado puede adoptar medidas que de otro modo serían ilegales con respecto a un Estado que viola una obligación internacional, con miras a obtener la cesación y reparación por un hecho internacionalmente ilícito.

Justificada la segunda violación por la primera, se entiende que el Estado lesionado que adopte contramedidas respetando el marco procesal y sustantivo definido por el derecho internacional no verá comprometida su responsabilidad internacional: en efecto, una contramedida adoptada por un hecho internacionalmente ilícito es una circunstancia que excluye la ilicitud.

Las contramedidas deben distinguirse claramente de la terminación o suspensión de las relaciones convencionales en razón de la violación grave de un tratado por otro Estado, como se dispone en el artículo 60 de la Convención de Viena de 1969. Cuando se da por terminado un tratado o se suspende su aplicación de conformidad con el artículo 60, se verán afectadas las obligaciones jurídicas sustantivas de los Estados Parte, pero esto es completamente diferente de

⁷ En los casos del Asunto del Personal Diplomático y el Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros.

⁸ Artículos de la CDI. Art. 22, 49–54.

⁹ Ver nuestra nota al pie 21, *infra*.

la cuestión de la responsabilidad que ya haya podido generar la violación (arts. 70 y 73 de la Convención).

También deben distinguirse de la legítima defensa pues si bien tienen la misma lógica jurídica, y comparten algunos caracteres (proporcionalidad, nexo causal directo entre hecho ilícito y la respuesta), no existe en la aplicación de contramedidas el uso de la fuerza previo, que es un requisito indispensable para que opere la legítima defensa.

Tanto los gobiernos como los tribunales internacionales en sus decisiones reconocen que las contramedidas están justificadas en determinadas circunstancias¹⁰.

Ahora bien, como otras formas de autoayuda, las contramedidas se prestan a los abusos, tanto más si se tienen en cuenta las desigualdades de hecho entre los Estados.

El capítulo II de los Artículos de la CDI tiene por objeto establecer un sistema para el funcionamiento de las contramedidas, teniendo en cuenta el carácter excepcional de las mismas como respuesta a un comportamiento internacionalmente ilícito.

Al hacerlo, trata de asegurar, imponiendo condiciones y limitaciones apropiadas, que las contramedidas se mantengan dentro de límites generalmente aceptables¹¹

Es bueno precisar que incluso si sus efectos infligieran un daño, las contramedidas no han de considerarse como una forma de sanción por un comportamiento ilícito, sino como un instrumento para lograr el cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado responsable.¹²

Si bien la determinación de la violación de la obligación corresponde al Estado lesionado, es a la luz del derecho internacional de la responsabilidad del Estado que debe evaluarse la legalidad de una contramedida, motivo por el cual en la segunda parte entraremos a considerar los elementos que se deben cumplir para imponer una contramedida de forma acorde al DIP y que están previstos en los Artículos ya referidos sobre Responsabilidad adoptados por la CDI en el año 2001 y sus comentarios al respecto que le acompañan.

10 En los comentarios del capítulo Contramedidas de la CDI se cita abundante bibliografía en respaldo a esta afirmación en su nota al pie 735, p. 137.

11 Comentarios al artículo 22 del Proyecto de Artículos de la CDI. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

12 Comentarios al artículo 49 del Proyecto de Artículos de la CDI. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

II. LAS CONTRAMEDIDAS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

1. Requisitos de forma y fondo para la validez de la aplicación de contramedidas.

Las contramedidas como vimos están autorizadas como forma de asegurar la cesación del hecho ilícito y la reparación por el Estado responsable.

Los artículos correspondientes del trabajo de la CDI, al regular estas medidas, establecen los siguientes requisitos generales y particulares para que las mismas sean aplicables válidamente:

- **Evaluación correcta de su aplicación:** un Estado que recurre a la aplicación de contramedidas lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por su propio comportamiento ilícito en caso de que la evaluación sea incorrecta.
- **Carácter temporal de las contramedidas:** las mismas se deben limitar al incumplimiento temporario de ciertas obligaciones internacionales hacia el Estado responsable (artículo 49, párrafo 2), y deben cesar “tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte” (artículo 53).
- Dada su naturaleza temporal, deben concebirse de tal forma de permitir la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones (artículo 49, párrafo 3) cuando se ha obtenido ese cumplimiento¹³.
- **Proporcionalidad:** la limitación fundamental de las contramedidas, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, es el requisito de la proporcionalidad: el artículo 51 de los Artículos establece que “deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”.
- **No afectación de normas imperativas:** el artículo 50 establece otras restricciones importantes a la adopción de contramedidas, a saber, que ciertas obligaciones sustantivas fundamentales no pueden verse afectadas por ellas (la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, el respeto de ciertos derechos humanos fundamentales, las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las contramedidas y, en general, las obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional público) (Crawford, 2009, p. 9).
- **No aplicación en detrimento de otros mecanismos de solución de controversias existentes:** las contramedidas tampoco pueden afectar a ciertas

¹³ Crawford, James (2009, p. 9 y ss.)

obligaciones relacionadas con el mantenimiento de canales de comunicación entre los Estados de que se trate, en particular los relacionados con los procedimientos de solución de controversias aplicables entre las partes interesadas y la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares (Crawford, 2009, p. 10).

- El artículo 52, párrafo 3, apartado b) prevé la suspensión de contramedidas en los casos en que los Estados interesados comparezcan ante una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes.
- **Reciprocidad:** no es necesario que los Estados que adoptan las contramedidas se limiten a la suspensión del cumplimiento de la misma obligación o de una obligación estrechamente relacionada con ella.
- **Preaviso y notificación:** la adopción de contramedidas también está sujeta a una serie de condiciones procesales, entre ellas, la obligación del Estado lesionado de requerir al Estado responsable que cumpla las obligaciones de cesación y reparación¹⁴.

El Estado responsable también debe ser notificado de cualquier decisión de tomar contramedidas en su contra y debe dársele la oportunidad de negociar (artículo 52).

2. Contramedidas y responsabilidad por hechos ilícitos cometidos contra la comunidad internacional en su conjunto.

Además de los requisitos señalados en el punto anterior, que guardan relación con la aplicación de toda contramedida, la situación puntual de adoptar contramedidas en el supuesto tan particular que se plantea en este apartado genera situaciones complejas, que la CDI ha regulado en algunos artículos de forma separada.

Los mismos son especialmente relevantes para la comprensión de nuestro análisis posterior de una situación práctica, motivo por el que los analizamos por separado:

Los siguientes artículos resultan relevantes en este punto:

En primer lugar, el artículo 22 que establece con carácter general que las contramedidas son una exención de la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito.

Artículo 22. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito
La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una

¹⁴ Crawford, James (2009, p. 9 y ss.)

obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.

Para el caso que nos ocupa en este punto, este artículo general debe complementarse necesariamente con la lectura conjunta de los artículos 42, 48 y 54, que justamente lo relacionan con la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del lesionado y en interés de la comunidad internacional:

Artículo 42. Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado

Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: a) Con relación a ese Estado individualmente; o b) Con relación a un grupo de Estados del que ese Estado forme parte, o con relación a la comunidad internacional en su conjunto, y la violación de la obligación: ii) afecta especialmente a ese Estado; o ii) es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

De acuerdo a la CDI el siguiente artículo 48 complementa la norma contenida en este artículo 42¹⁵.

Artículo 48. Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

1. Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:

a) La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o

b) La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

2. Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable: a) La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los prece-

¹⁵ Comentarios a los artículos 42 y 48 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la CDI Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

dentos artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. 3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.

Artículo 54. Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado

Este capítulo no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada

Como se aprecia de la lectura, estos tres artículos tratan de la invocación de la responsabilidad por Estados distintos del Estado lesionado que actúen en interés colectivo.

El Estado que tiene el derecho a invocar la responsabilidad en virtud del artículo 48 no actúa a título individual por haber sufrido un perjuicio sino en su calidad de miembro de un grupo de Estados con relación a los cuales existe la obligación o, de hecho, en cuanto miembro de la comunidad internacional en su conjunto¹⁶.

Esta peculiaridad se pone en manifiesto claramente con las palabras “Todo Estado que no sea un Estado lesionado”, en el párrafo 1 del artículo 48. 2).

El artículo 48 se basa en la idea de que en los casos de violación de obligaciones específicas que protegen los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, pueden invocar la responsabilidad Estados que no son Estados lesionados en el sentido del artículo 42.

Esta disposición tiene por objeto poner en práctica la declaración hecha por la CIJ en el asunto Barcelona Traction, en el que la Corte estableció una “distinción básica” entre las obligaciones que existen con relación a determinados Estados y las “que existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto”. En lo que respecta a estas últimas, la Corte prosiguió diciendo que “habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, cabe sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes”¹⁷.

16 Comentarios a los artículos 42 y 48 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la CDI. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

17 Comentarios a los artículos 42 y 48 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la CDI.

Esta referencia jurisprudencial de la CDI ha resultado de gran trascendencia en el desarrollo de estos artículos, sin embargo, la propia CDI admite que “estos casos se prestan a controversia y la práctica a este respecto es embrionaria”. Consigna por ende que, aunque establece la posibilidad de esta acción “este capítulo no trata de reglamentar la adopción de contramedidas por Estados que no sean el Estado lesionado”.

En la misma línea, tampoco procura determinar específicamente qué hechos se consideran ilícitos respecto de la comunidad internacional, para poder así aclarar cuando sería la oportunidad de imponer contramedidas, ya que aclara que “no es función de los Artículos ofrecer una lista de aquellas obligaciones que, con arreglo al derecho internacional vigente, existen con relación a la comunidad internacional en su conjunto¹⁸. Esto excedería con mucho la tarea de codificar las normas secundarias de responsabilidad del Estado y, en cualquier caso, tal lista sólo tendría un valor limitado, ya que el ámbito del concepto evolucionará necesariamente con el tiempo”¹⁹.

Sin embargo, esto es sin perjuicio del derecho de cualquier Estado a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 54 a tomar medidas lícitas contra un Estado responsable para asegurar la cesación de la violación y la reparación posterior, en caso que correspondiere.

Este tercer artículo sobre el tema viene a cerrar al ciclo de relativa incertidumbre que plantea esta trilogía de artículos (42, 48 y 54) sobre las medidas pasibles de ser adoptadas en caso de asistir a violaciones a obligaciones que se tienen contra la comunidad internacional.

En efecto, los artículos establecen que es posible reclamar responsabilidad por parte de cualquier Estado en estos casos, pero -como se dijo- no se regula la forma de implementarla, ni de imponer contramedidas, para finalmente dejar abierta la posibilidad de adoptar únicamente medidas lícitas, las cuales no se corresponden con la figura de respuesta clásica de la contramedida, pese a que se incluye en el capítulo referido a las mismas.

Veamos cómo explica la propia CDI esta falta de determinación:

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

18 Como podrían ser por ejemplo algunas violaciones graves de derechos humanos, o violaciones de principios esenciales del DIP como la prohibición del uso de la fuerza.

19 Comentarios al artículo 48 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la CDI.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007, p. 135). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.

“El estado actual del derecho internacional sobre las contramedidas adoptadas en interés general o colectivo es incierto.

La práctica de los Estados es escasa y concierne a un número limitado de Estados. En la actualidad no parece reconocerse claramente el derecho de los Estados mencionados en el artículo 48 a adoptar contramedidas en interés colectivo. En consecuencia, no es apropiado incluir en los presentes artículos una disposición relativa a la cuestión de si se permite a otros Estados, especificados en el artículo 48, adoptar contramedidas para inducir a un Estado responsable a cumplir sus obligaciones. En lugar de ello, el capítulo II incluye una cláusula de salvaguardia que reserva la posición y deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del derecho internacional”.

En consecuencia, el artículo 54 dispone que el capítulo relativo a las contramedidas no prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra ese Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. El artículo habla de «medidas lícitas» y no de «contramedidas» para no prejuzgar ninguna posición acerca de las medidas adoptadas por Estados distintos del Estado lesionado en respuesta a violaciones de obligaciones para la protección del interés colectivo o de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en su conjunto”²⁰

A juicio de James Crawford (2009, p. 11), el último Relator Especial de la CDI para la elaboración de estos Artículos, el desarrollo de las medidas colectivas en el derecho internacional podrá encontrarse en un estado embrionario y la aplicación de estas ser limitada, pero *“los Estados no parecen haber renunciado a la posibilidad de tomar estas medidas unilaterales en el caso de inacción por parte de las organizaciones internacionales, respecto de situaciones de crisis humanitarias y de otra índole, que sean consecuencia de violaciones graves de obligaciones colectivas”.*

Este es el motivo por el cual, dado lo incierto de la situación, la posición final que se adoptó cuando se elaboraron los Artículos fue incluir una “cláusula de salvaguardia” que reservara esta posibilidad y dejara la solución definitiva de la cuestión librada al ulterior desarrollo del derecho internacional, la cual está

²⁰ Comentarios al artículo 54 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de la CDI. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007, p. 149). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf

plasmada en la redacción y autorización limitada dada por el artículo 54 a los Estados²¹. Finalmente, lo que parece autorizarse es a la adopción de una suerte de medida(s) de retorsión, sin prejuzgar sobre qué medidas la constituirían, dado que se pone únicamente énfasis en el carácter lícito que deben revestir las mismas.

De la apreciación que hagamos de las acciones unilaterales en relación con estas disposiciones se podrá evaluar si las mismas generan responsabilidad internacional o si son medidas apropiadas. Recordemos que las contramedidas no son sanciones, no tienen ese carácter. Siempre será necesario justificar el acto ilícito del Estado destinatario de las mismas, para que tengan ese carácter. Si no se puede demostrar, se tratará de sanciones unilaterales que están prohibidas por el DIP. De allí que la mayoría de los Estados que imponen estas medidas unilaterales lo hagan buscando un respaldo o escape en esta cláusula de salvaguardia que significa que están actuando para proteger un interés de la comunidad internacional, por ejemplo, en casos de violaciones de derechos humanos, que estarían siendo conculcados por el Estado responsable.

Para ilustrar mejor el tema, consideraremos a continuación una aplicación de este régimen especial de la responsabilidad internacional en la práctica de algunos Estados. Veremos someramente el caso de las medidas aplicadas por el gobierno de EE.UU. al gobierno de Venezuela en los últimos años, con los comentarios correspondientes para intentar echar más luz sobre el tema de las medidas unilaterales adoptadas en interés de la comunidad internacional.

III. LAS MEDIDAS UNILATERALES ADOPTADAS POR ESTADOS UNIDOS CONTRA VENEZUELA. LOS ARTÍCULOS DE LA CDI EN LA PRÁCTICA.

Las medidas unilaterales que ha tomado EE.UU. contra Venezuela son tan numerosas y diversas que llevaría otro artículo desglosarlas en detalle. Se extienden además en un periodo amplio de tiempo, de 2014 hasta la fecha²².

Las medidas alcanzan a personas, al gobierno, a bienes del Estado venezolano, a compañías venezolanas (como PDVSA), impiden que el gobierno de Maduro haga transacciones internacionales en relación con el petróleo y el oro, y un largo etc...

21 El jurista francés (y miembro de la CDI) Alain Pellet no estaba de acuerdo con esta posición y procuró otra redacción para este artículo que no tuvo éxito y que legitimaba las contramedidas como acciones para defender el interés de la Comunidad Internacional. Una posición claramente opuesta a la de la soberanía absoluta de los Estados en ciertos asuntos que a su juicio ya no forman parte de la jurisdicción doméstica. Ver al respecto su interesante artículo: Pellet, Alain (2015).

22 Un análisis detallado de estas sanciones se puede leer en Olmo Díaz, Marçal del (2020).

Consideran la situación en Venezuela como una amenaza para la seguridad de los Estados Unidos y se ha llegado a amenazar públicamente sobre la posibilidad de una intervención armada en ese país. El fundamento de las medidas es alternativamente político (la necesidad de llevar a cabo elecciones que sean justas), sanitario/social (la política antidrogas), de derechos humanos (la defensa de los derechos humanos de la población venezolana y de los políticos de la oposición) o humanitario (la crisis humanitaria en Venezuela y sus consecuencias).

Para un análisis correcto debemos primero evaluar si se ha generado responsabilidad internacional por parte de Venezuela que justifique la adopción de estas medidas. Por ende, debemos considerar si efectivamente en alguno de estos temas ha existido un hecho ilícito por parte del gobierno de dicho país contra la comunidad internacional.

Para el caso, los actos ilícitos del gobierno de Venezuela sancionables serían esencialmente las violaciones a los derechos humanos (los temas de narcotráfico en violación de normas internas estadounidenses no ameritarían una medida contra el gobierno sino eventualmente perseguir a las personas físicas involucradas). Siguiendo a los informes de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) al respecto, efectivamente el régimen de Maduro viola los derechos humanos²³ y protegerlos sería de interés de toda la comunidad internacional.

En ese entendido el primer supuesto para la aplicación de algún tipo de medida unilateral se estaría cumpliendo.

Ahora bien, la CDI reguló el uso de contramedidas como medidas excepcionales porque son susceptibles de abuso, especialmente dadas las desigualdades existentes entre Estados.

Y por eso otorgó una única válvula de escape jurídico que permite a un Estado imponer medidas frente a un hecho ilícito en los supuestos de actuar “en nombre de la comunidad internacional en su conjunto”, como es el caso aquí²⁴, (por las violaciones de derechos humanos), y que las mismas sean lícitas, por

23 Pastori Fillol, A., & Ramos, S. (2020).

24 Y no por haber sido directamente afectados por un hecho ilícito de otro Estado, lo que no es argumentable aquí en el caso de las medidas de EE.UU. a Venezuela, ya que no había afectación directa a los EE.UU. por los actos de Venezuela. Los únicos casos en que se argumentó esto fue en los sacados a relucir en 2019, que involucraban al gobierno venezolano en temas de narcotráfico, pero que tampoco ameritarían, como ya se dijo, ninguna medida contra el Estado venezolano, sino contra las personas supuestamente involucradas, aunque fueran los propios gobernantes. La violación de la ley interna estadounidense no puede tener alcance universal, aunque haya antecedentes de que ese país la ha utilizado como pretexto para intervenciones militares, como la Operación Causa Justa que derrocara, detuviera, trasladara, juzgara y condenara al presidente Noriega de Panamá en 1989.

lo cual la segunda cuestión a determinar es: frente a la aplicación de qué tipo de medidas por parte de los EE.UU. nos encontramos, si lícitas o ilícitas. Eso es lo que prevé el famoso artículo 54 estableciendo una suerte de “contramedida lícita” como única opción para estos casos.

La apreciación de la licitud de las medidas de los Estados Unidos resulta por tanto esencial y debería hacerse una por una y luego considerar si las mismas violan o no alguna disposición de Derecho Internacional Público.

Naturalmente, no es posible proceder a examinar o entrar en el detalle de la licitud/ilicitud del amplísimo abanico de medidas impuestas contra Venezuela por parte de los EE.UU. (que son extremadamente diversas: el embargo petrolero, se prohíbe el acceso a los mercados financieros de los EE.UU., la compra de deuda estatal venezolana, transacciones con PDVSA, solicitudes de captura de gobernantes acusados de narcotráfico y corrupción, sanción a empresas extranjeras que comercian con Venezuela, bloqueo de cuentas, etc...) únicamente por la naturaleza de las mismas. Queda patente sin embargo que las sanciones que pretenden un efecto extraterritorial o indirectamente lo tienen son definitivamente ilegales, y estas son muchas de las antes citadas. Otras de las medidas ingresan dentro del terreno de lo controversial a que hacía referencia la propia CDI.

Se recordará en efecto que, para medir la licitud o no de una medida, el desarrollo de nuestra materia deja un campo amplio de apreciación según las concepciones que ya enfrentaron en la CDI a Crawford y Pellet, en particular sobre la aplicación del principio de no intervención en los asuntos domésticos de los Estados que sin dudas es el que se ve vulnerado por la injerencia en los asuntos económicos y políticos de otro país por las medidas, y genera potencialmente la ilicitud.

Frente a la vulneración de este principio se oponen las posiciones que dan predominio a la protección internacional de los derechos humanos, y que ganan cada día más espacio, lo cual propicia una ampliación de las posibilidades de intervención mediante la adopción de medidas unilaterales, sin que se consideraran ilegales, por la finalidad humanista que persiguen.

Todo ello, salvo algunos casos claros como los señalados, deja un cierto campo para la diversidad de opiniones en este punto.

Pero el tema no se agota en esta segunda cuestión controversial relativa a la verificación de la licitud de la medida, por el propio tipo de medida de que se trate. Esto es sin dudas algo esencial, pero vimos que puede levantar conflictos

de opinión y no terminar por ser decisivo para la definición de la pertinencia de la medida unilateral en este contexto.

Hay también un tercer aspecto a tener en cuenta para ver si se ha generado responsabilidad internacional en este caso. El mismo guarda relación con aspectos formales en su aplicación (no con su naturaleza), pero que son de tal magnitud, que algunos pueden incidir en su propia validez.

En efecto, creemos que no solamente un Estado debe tener en cuenta el asunto controvertido y opinable de la licitud intrínseca de cada medida por su naturaleza.

Pensamos que también, al estar incluido el artículo 54 en el capítulo de las contramedidas, la medida lícita a la que se refiere el artículo citado no deja de ser una contramedida en esencia, pues responde únicamente frente a un hecho ilícito del Estado responsable, (a diferencia de la mera retorsión que puede responder a ambas cosas, a un hecho lícito o ilícito de la otra parte), por lo cual se deben también contemplar los requisitos de forma previstos para las contramedidas. Veremos que muchos de estos aspectos son, además, casi inseparables de la propia consideración de su licitud.

Los aplicaremos también al caso venezolano.

En primer lugar, dice la CDI respecto de los aspectos formales que antes de tomar contramedidas el Estado lesionado debe siempre:

- Pedir al Estado responsable que cumpla con sus obligaciones;
- Notificar al Estado responsable de cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecer negociar con ese Estado.
- Podemos admitir, en nuestro caso, que efectivamente se ha cumplido la primera condición por parte de los EE.UU. Por el contrario, no se conoce ninguna notificación formal de las medidas de EE.UU. a Venezuela previo a adoptarlas.
- Otro aspecto que prevén los artículos es la exclusión del recurso a contramedidas una vez que se ha implementado un mecanismo para la solución pacífica de controversias; en este caso, uno de esos mecanismos, la negociación, estaba operativo cuando se imponían contramedidas, aunque no se trataba de grupos en los que oficialmente participaban los Estados Unidos.

La dificultad en este punto radica en el hecho de apreciar en la práctica la buena fe del Estado castigado en las negociaciones, así como la buena fe del Estado que está considerando recurrir a contramedidas. Las dos son dudosas por ambos lados en este caso, por lo cual no parece haber responsabilidad superior

de ninguno de los dos actores.

- Por otro lado, se recordará que las contramedidas «deben ser proporcionales al daño sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión». En el caso que estamos discutiendo esto es muy relevante, no está claro a priori cómo las medidas tomadas serían proporcionales al «daño sufrido» por la comunidad internacional como resultado de la violación por parte del gobierno de Venezuela a los derechos humanos.

Es un punto sin dudas de difícil evaluación por decir lo menos y que tiene un margen para la discrecionalidad que hace a la debilidad del mismo régimen establecido. Siempre será muy difícil de cuantificar el daño sufrido por la comunidad internacional en materia de violaciones a los derechos humanos en general, o con supuestos tan diversos como afrentas al derecho a la vida, a la libertad de expresión, a los derechos políticos etc..., como para estar en condiciones de afirmar la existencia o no de proporcionalidad en una medida adoptada para exigir la cesación o reparación de la violación.

Para el caso, las medidas estadounidenses, en relación con su proporcionalidad, pueden mirarse como insuficientes o equivocadas, pues no han logrado su objetivo, o como exageradas, dado que han ayudado a profundizar la crisis económica y humanitaria en Venezuela. Todo depende del cristal con que se mire. La relatora especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU para Venezuela las ha catalogado de medidas que violan los derechos humanos de los venezolanos, es decir de aquellos derechos que pretenden defender, y solicitado su levantamiento²⁵.

Sea cual sea la óptica que se tenga sobre el tema, lo cierto es que tiene que haber un sustento de razonabilidad para que las medidas se consideren proporcionales. A nuestro juicio una medida desproporcionada completamente, que afecta al Estado incumplidor, no puede nunca ser considerada lícita, pues pierde ese carácter por la desproporción, de allí la necesidad, para limitar los abusos (abuso de hecho y de derecho), de mantener la obligatoriedad de la aplicación de los requisitos esenciales de las contramedidas también para los casos de las medidas del artículo 54.

Para el caso de Venezuela, parece lógico razonar que las medidas unilaterales que se tomen para promover el respeto de los derechos humanos y sancionar

²⁵ Artículo de prensa: “Relatora pide a Estados Unidos y la Unión Europea que levanten las sanciones a Venezuela por su devastador efecto en la población”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/02/1488052>

a sus infractores, no pueden conducir a empeorar la situación de los derechos humanos de la población de ese país en general, en particular considerando que la afectación del embargo petrolero es muy onerosa para toda la economía del país y con seguridad se ha trasladado a sus habitantes. También es probable que no sean la causa de la crisis económica y humanitaria, pero seguramente han contribuido a profundizarla.

Por lo demás, de ser las medidas contrarias a los derechos humanos del pueblo venezolano estarían en contravención con otra norma de los Artículos, que es aquella que impide la aplicación de contramedidas que vayan en contra de normas imperativas de DIP, por lo cual no es solo un tema de falta de proporcionalidad de las mismas, sino que puede ser también un tema referido a que se violan normas esenciales que están especialmente protegidas, lo cual las volvería ilícitas.

En suma, demasiadas dudas en sobre la naturaleza lícita, o en materia de notificación, y proporcionalidad, se ciernen sobre las medidas unilaterales adoptadas por los EE.UU. respecto del gobierno de Venezuela y de sus habitantes para que puedan pasar todas las pruebas de la exención de responsabilidad que corresponde a las contramedidas o para que puedan ser consideradas como simples medidas lícitas.

Tampoco la responsabilidad que esto puede generar a ese país exime al gobierno de Venezuela de aquella que le pueda corresponder por los hechos ilícitos que se señalaron. Lo que parece faltar, para el caso venezolano, es una correlación correcta entre la acción y la reacción, mirado a la luz de los artículos sobre responsabilidad internacional.

IV. CONCLUSIÓN

Los Artículos no permiten resolver definitivamente el punto de la validez de las medidas unilaterales adoptadas “en interés de la comunidad internacional”, porque no aportan guías sobre los rasgos de proporcionalidad y de licitud de las mismas, al encontrarse limitados a expresarse acerca del régimen de las normas secundarias sobre responsabilidad y no sobre aspectos relativos a las normas primarias violadas.

Eso impide encontrar en ellas, como se vio, una respuesta absoluta para los casos concretos, donde necesariamente se deben entrar a considerar otros aspectos relacionados con la validez o legalidad de las acciones, para luego aplicarles el régimen de la responsabilidad.

Eso no invalida la importancia de contar con disposiciones que determinan un régimen de responsabilidad, naturalmente, pero de la forma planteada en los Artículos se deja deliberadamente librada la existencia o no de responsabilidad -en el caso de la adopción de medidas tomadas por un tercer Estado en interés de la comunidad internacional- a una apreciación que dependerá del azaroso desarrollo progresivo del Derecho Internacional Público.

Este aspecto merece una consideración especial. Nosotros somos partidarios de sustentar la aplicación de medidas contra un Estado en interés de la comunidad internacional en el respaldo de lo colectivo, como base de su legitimidad.

Por cierto, el respaldo de la institucionalidad multilateral no es un seguro jurídico absoluto a la falta de responsabilidad, y se sabe que en muchos casos es complicado también lograrlo en los hechos, como ha sucedido en el caso venezolano. Pero no puede dudarse de que permite disminuir la posibilidad de abusos en la aplicación de medidas unilaterales de países grandes sobre otros, sin control alguno.

Si se actúa para proteger a la comunidad internacional, nos parece lo más razonable que sea esa misma comunidad internacional la que se de los mecanismos (que por cierto ya los tiene, bastaría que funcionaran bien), para decidir sobre la aplicación de medidas en casos en los que están en juego intereses que le conciernen.

La apertura a los actos unilaterales (que es validada parcialmente por los Artículos con alguna limitación jurídica necesariamente indefinida), sin el límite de lo colectivo, queda fatalmente librada al campo de lo político y el fundamento jurídico de estos actos aparecerá a posteriori como una mera justificación de las acciones, será muchas veces artificial y forzado, y buscará desesperadamente amparo en el “desarrollo progresivo” del Derecho Internacional Público.

O lo que es peor, buscará deliberadamente “desarrollar” el derecho a través de esa vía en el sentido de la permisividad de esos actos, en una perversión donde puede suceder que en nombre de la protección de los derechos de la comunidad internacional muchas veces se pueda dar lugar, de manera indirecta, a la violación de los mismos.

Esta circunstancia no desaparece en el campo de lo multilateral, pero se ve claramente disminuida.

Para ello, la clave está en reforzar un sistema de respuesta multilateral que impida el desarrollo de estos mismos vicios, como lo tiene en gran parte sistema actual, tanto a nivel continental como a nivel internacional, donde las voces de

reforma o fortalecimiento son insistentes.

Esta relativa ineficiencia de lo multilateral es uno de los motivos por el cual pululan las acciones unilaterales de las grandes potencias, no sólo frente a Estado pequeños o medianos como Venezuela, sino con la novedad reciente de que lo hacen incluso entre ellas mismas, sin que se pueda ya distinguir ni exigir responsabilidades por la proliferación de abusos cruzados que se dan con frecuencia cada vez mayor, en tiempos políticos de crecientes reflejos unilaterales. Quizás estén logrando, después de todo, el desarrollo progresivo, en el sentido equivocado.

Por ello la crisis actual del multilateralismo es también una crisis en materia de responsabilidad de los Estados, que queda diluida en una gran confusión de intereses, que no son precisamente los de la comunidad internacional en su conjunto. Pero no por esto hay que dejar de señalar la testaruda presencia de la norma jurídica y bregar por su correcta interpretación y aplicación.

REFERENCIAS

- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2007). Volumen II, Segunda Parte, 2001, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf
- PELLET, Alain (2015). “Unilateral Sanctions and International Law”, Yearbook of the Institute of International Law - Tallinn Session - Volume 76. Disponible en: <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/06-Pellet-Sanctions.pdf>
- CRAWFORD, James (2009). “Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts” en United Nations Audiovisual Library of International Law, United Nations. Disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf
- CRAWFORD, James, Pellet, Alain & Olleson, Simon. (eds.) (2010). *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press.
- CRAWFORD, James. (2002). *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press.
- Tribunal ad hoc: Mr. Willem RIPHAGEN, Presidente; Mr. Thomas EHR- LICH, M. Paul REUTER, Árbitros; (Ginebra, Suiza). (1946, Marzo 27)

- “Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France). Disponible en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XVIII/417-493.pdf
- OLMO DÍAZ, Marçal del (2020). “La práctica de las sanciones internacionales en el derecho internacional ¿son legítimas las sanciones que se le aplican a Venezuela?”, Trabajo de fin de grado, Curso académico 2019/2020, bajo la dirección de la Dra. Anna Ayuso Pozo. Disponible en: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2020/224906/TFG_molmodiaz.pdf
 - PASTORI FILLOL, Alejandro, & Ramos, Sebastián. (2020). “La crisis venezolana (2016-2020) a la luz del Derecho Internacional Público”, Revista Aportes Para La Integración Latinoamericana, (43), 029. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/24689912e029>
 - Tercer Informe de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial (1991). Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_440.pdf
 - COVILLE, Thierry (2015). “Les sanctions contre l’Iran, le choix d’une punition collective contre la société iranienne”; Revue internationale et stratégique 2015/1 (n° 97), p. 149 à 158. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-internationale-et-strategique-2015-1-page-149.htm>
 - GIEGERICH, Thomas (2011). “Retorsion”, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law, por Rüdiger Wolfrum, Oxford Public International Law.

*Fecha de recepción: 1 setiembre 2021.
Fecha de aceptación: 15 setiembre 2021.*

**ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE TORTURA, TRATO
CRUEL, INHUMANO Y DEGRADANTE EN LA
SENTENCIA “IV VS. BOLIVIA” DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**ANALYSIS OF THE CONCEPT OF TORTURE, CRUEL,
INHUMAN AND DEGRADING TREATMENT OR
PUNISHMENT IN JUDGMENT «IV VS. BOLIVIA» OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

**ANÁLISE DO CONCEITO DE TORTURA, TRATAMENTO
CRUEL, DESUMANO E DEGRADANTE NA SENTENÇA “IV
VS. BOLÍVIA” DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS**

*Victoria Pasquet**

RESUMEN. El presente trabajo tiene como objetivo analizar los conceptos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en su Sentencia dictada en el caso “I.V. vs. Bolivia”, de fecha 30 de noviembre de 2016. A tales efectos, se formulará una breve introducción acerca del concepto de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, para luego efectuar una síntesis acerca de las conceptualizaciones de tales términos en la jurisprudencia de la CIDH. Posteriormente, se desarrollará el concepto de tortura y malos tratos del que parte la Sentencia aludida, a la luz del contexto aportado y de las posibles implicancias y consecuencias en futuras interpretaciones de los términos.

PALABRAS CLAVE. Derechos humanos. Tortura. Trato cruel, inhumano y degradante. CorteIDH. Esterilización forzosa. Violencia de género.

* Doctora en Derecho. Correo electrónico: vpasquetmartinez@gmail.com

ABSTRACT. This paper aims to analyze the concepts of torture, cruel, inhuman and degrading treatment, exposed by the Inter-American Court of Human Rights in its Judgment issued in the case under the notation “I.V. vs. Bolivia”, dated November 30, 2016. To this end, a brief introduction regarding the concept of torture and cruel, inhumane, and degrading treatment will be exposed; followed by a synthesis of the conceptualizations of such terms in the case law of the IACHR, and an analysis of the concept of torture and ill-treatments implied in the aforementioned Judgment, in the light of the context that was provided and considering the possible implications and consequences in future interpretations of the terms.

KEYWORDS. Human rights. Torture. Cruel, inhuman and degrading treatment. Inter-American Court of Human Rights. Forced sterilization. Gender violence.

RESUMO. O presente trabalho tem como objetivo analisar os conceitos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante, expostos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Sentença proferida no caso “I.V. vs. Bolívia”, datada de 30 de novembro de 2016. Para isso, se apresentará uma breve introdução sobre o conceito de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante e, em seguida, uma síntese sobre as conceituações de tais termos na jurisprudência da CIDH. Posteriormente, será desenvolvido o conceito de tortura e maus-tratos a partir do qual se inicia a citada Sentença, à luz do contexto apresentado e das possíveis implicações e consequências em futuras interpretações dos termos.

PALAVRAS-CHAVE. Direitos humanos. Tortura. Tratamento cruel, desumano e degradante. CorteIDH. Esterilização forçada. Violência de gênero.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de tortura ha variado y evolucionado con el tiempo. En palabras del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, *“tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

como la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmaron que la definición de la tortura era continuamente objeto de revisión a la luz de las condiciones actuales y los valores en evolución de las sociedades democráticas” (Méndez, 2013).

Hoy por hoy, existe acuerdo internacional respecto de que la prohibición de la tortura y de los malos tratos es una norma de *ius cogens*, de manera que la interdicción no admite pacto en contrario ni suspensión alguna, bajo ninguna circunstancia (Villán Duran, 2004). Sin embargo, su definición respectiva no es unánime, ni –como se ha adelantado – se ha mantenido incambiada con el paso del tiempo.

A nivel universal, el primer instrumento en plasmar la necesidad de erradicar los vejámenes aludidos fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 5: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. Ya con fuerza vinculante, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante, PDGP) consignó, en su art. 7: “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*”.

Sin embargo, no fue hasta la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante CAT, por su sigla en inglés), en 1984, que se contó con la primera definición normativa de los mentados términos:

Se entenderá por el término “Tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público, u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sea consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (Art. 1 CAT).

A nivel regional, por otra parte, existen múltiples instrumentos que consagraron la prohibición de las conductas referidas, en los diversos sub-sistemas de protección internacional de los derechos humanos existentes en el mundo.

A escala europea, la interdicción se cristalizó en el art. 3 del Convenio Euro-

peo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950, y posteriormente en el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 1987.

En lo que respecta al sistema interamericano, si bien el derecho a la integridad física había sido reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su art. 5, el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) fue la primera disposición convencional en prohibir las prácticas en cuestión. Más específicamente, sus arts. 5.1 y 5.2:

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Casi veinte años después, en 1987, entró en vigor la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante, CIPST). Esta última define las prácticas en cuestión en su art. 2, con importantes similitudes con la definición universal ya citada, pero guardando también diferencias significativas a su respecto:

“...se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Pese a todo lo antedicho, la diferencia entre la tortura y los demás tratamientos descritos por los distintos textos normativos, no está inequívocamente trazada o delimitada. A partir del art. 16 de la CAT, sin embargo, se ha postulado que la distinción radica en una cuestión de grado¹; noción que, por otra parte, ya había sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), por ejemplo, en el caso Irlanda vs. Reino Unido (TEDH, N° 5310/71, 1978). Así lo ha sintetizado, entre otros, Díez Picaso: “(...) con los términos “tortura” y “tratos inhumanos o degradantes” no se hace referencia a fenómenos

¹ El art. 16.1 de la CAT establece: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 (...)”.

cuantitativamente diferentes, sino que se trata de nociones graduadas dentro de una misma escala” (Diez Picazo, 2013). Así, la tortura constituiría la forma más grave y cruel de los tratamientos inhumanos y/o degradantes.

Con todo, tal como se verá, la CIDH no ha proferido, a la fecha, ninguna diferenciación precisa entre los conceptos referidos.

Sin perjuicio de esta breve introducción –incluida a los efectos de proporcionar un contexto normativo y jurisprudencial adecuado–, el objeto de presente trabajo consiste en analizar el concepto de tortura manejado en la Sentencia de la CIDH dictada en el caso I.V. vs. Bolivia, de fecha 30 de noviembre del año 2016. Dicha Sentencia condenó al Estado Plurinacional de Bolivia por la intervención quirúrgica a la que fue sometida I.V., en un hospital público, el 1 de julio del 2000. La intervención consistió en una *salpingoclasia bilateral* -ligadura de las trompas de Falopio, en términos ordinarios- que se le habría practicado a I.V. sin su consentimiento informado y sin que existiese una situación de emergencia que la ameritara, conforme alegó la Comisión. A raíz de ello, I.V. habría sufrido la pérdida permanente y forzada de su función reproductora.

La Corte, entendiendo que le asistía razón a la Comisión en su planteo, declaró responsable a Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el artículo 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará.

Estimó, también, que el Estado boliviano era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.b), c), f) y g) de la Convención de Belém do Pará.

Por último –y en lo que aquí puntualmente nos interesa– determinó la responsabilidad del Estado de Bolivia por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera, la Corte efectúa, en la Sentencia a estudio, una interpretación del alcance de las disposiciones citadas, y del concepto de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes que, como se verá, se aparta de posturas más

tradicionales, consolidando nuevas lecturas.

En los párrafos subsiguientes, se procurará analizar dicha interpretación, sus implicancias y consecuencias.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH SOBRE EL CONCEPTO DE TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES

Las primeras manifestaciones de la CIDH relativas a los conceptos aquí tratados, se produjeron en el marco de procesos en los que se debatía la desaparición forzada de personas, detenciones ilegales o condiciones ilegítimas de detención. Los casos *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* (CIDH, Serie C N° 6, 1989), *Godínez Cruz vs. Honduras* (CIDH, Serie C N° 5, 1989) y *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (CIDH, Serie C N° 4, 1988), todos ellos resueltos por la CIDH a finales de la década de los '80, son ejemplo de ello.

Posteriormente, en casos como *Loayza Tamayo vs. Perú* (CIDH, Serie C N° 33, 1997), *Castillo Páez vs. Perú* (CIDH, Serie C N° 34, 1997) o *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (CIDH, Serie C N° 63, 1999), en los que el tratamiento de la tortura y los malos tratos también estuvo inserto dentro de los contextos referidos supra, se vislumbra la influencia del TEDH y su abordaje de la temática. En las sentencias aludidas, si bien la CIDH aún no ensaya una definición de los términos en cuestión, releva algunos ejes conceptuales relevantes a la hora de delimitar su significado, haciendo caudal de los desarrollos de su homólogo².

Sin embargo, como destaca Bueno, no es hasta la Sentencia dictada en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú* (CIDH, Serie C N° 69, 2000) que la CIDH postula una definición, explicitando alcance y contenido, del concepto de tortura (Bueno, 2003). La Corte no ensayó, sin embargo, una distinción entre este último concepto y el de tratos crueles, inhumanos o degradantes – distinción esta que a la fecha, como se adelantara, todavía no ha formulado en sus fallos.

Hasta entonces, la aproximación al punto por parte de la Corte se producía de modo similar al adoptado por algunos órganos del sistema universal, como el Comité de Derechos Humanos. Este último ha tendido a referirse, en forma genérica e indistinta, a “*violaciones al art. 7 del PDCP*”, sin distinguir ni definir los distintos tratamientos que en este se mencionan³.

2 En estos fallos, la Corte hace referencia a conceptos como los “grados” de sufrimiento o la necesaria apreciación caso a caso de los padecimientos atravesados, en virtud de su subjetividad y relatividad, aludiendo a pronunciamientos del TEDH como los vertidos en el ya citado caso *Irlanda vs. Reino Unido* (TEDH, N° 5310/71, 1978).

3 Al respecto pueden verse, por ejemplo, los informes del Comité de Derechos Humanos dictados en los casos “*Bazzano y Massera vs. Uruguay*”, Asunto N° 5/1977, o “*Estrella vs. Uruguay*”, Asunto N° 74/1980.

En el caso Cantoral Benavides, manifiesta la CIDH: *“La Corte Europea ha subrayado que entre los elementos de la noción de tortura del artículo 1o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, está incluida la intervención de una voluntad deliberadamente dirigida a obtener ciertos fines, como obtener información de una persona, o intimidarla o castigarla (...)”* (CIDH, Serie C N° 69, 2000).

Posteriormente, transcribe la definición proporcionada por el art. 2 de la CIPST, ya citada, enfatizando que los sufrimientos infligidos a través de un acto de tortura, a la luz de lo establecido por la CIPST y también por la CAT, no tienen por qué ser físicos para resultar comprendidos en el significado de tortura. La noción de tortura psicológica, destaca la Corte, ha sido aceptada y profundizada por la jurisprudencia internacional a lo largo de los años.

Sostuvo, a su vez, que de acuerdo con las consideraciones vertidas por el Tribunal Europeo en el caso Selmouni vs. Francia (TEDH, N° 25803/94, 1999), *“ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”*. Estas expresiones dan cuenta de la diferencia subyacente –que según lo transcripto, parecería ser también de grado a juicio de la CIDH– entre la tortura y los demás malos tratos comprendidos en la prohibición.

Los criterios expuestos en este trascendente fallo fueron posteriormente replicados en sendos pronunciamientos posteriores⁴, hasta que en el Caso Bueno Alves vs. Argentina (CIDH, Serie C N° 164, 2007), la Corte procura proporcionar una definición analítica, más rigurosamente elaborada que las anteriores, de los elementos constitutivos de la tortura. En dicha oportunidad, expresó lo siguiente: *“(...) La Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”*. Acto seguido, procedió a analizar la plataforma fáctica del caso en cuestión, subsumiendo los supuestos de hecho acaecidos dentro de las premisas normativas elaboradas, exponiendo la argumentación correspondiente.

A partir del Caso Bueno Alves, la Corte ha vuelto a aludir a la “triple compo-

⁴ Pueden verse, al respecto: Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (CIDH, Serie C N° 70, 2000), Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (CIDH, Serie C N° 103, 2003), Caso Tibi vs. Ecuador (CIDH, Serie C N° 114, 2004) (2004).

sición” del concepto de tortura en otros asuntos en que estaba en juego la violación a los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana⁵. Esta conceptualización es, quizás, la más acabada que haya proferido la Corte a la fecha con respecto al punto –que por supuesto excede lo transcrito en el presente trabajo, que intenta relevar sintéticamente sus aspectos más relevantes–.

Sin embargo, tal como se verá, en el Caso I.V. vs. Bolivia, la CIDH parece apartarse de sus pronunciamientos previos, ya que no solo no hace referencia a algunos conceptos fundamentales para la definición de la tortura o los malos tratos, sino que parece haber modificado su postura sobre su significado, sin una clara explicitación de argumentos o razones.

III. LA POSTURA DE LA CIDH EN EL CASO I.V. VS. BOLIVIA

La CIDH entendió, en el caso a estudio, que *“la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida la señora I.V., en las circunstancias particulares de este caso que fueron expuestas, constituyó un trato cruel, inhumano y degradante contrario a la dignidad del ser humano y, por lo tanto, configuró una violación del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de la señora I.V.”* (CIDH, Serie C N° 329, 2016).

A la hora de fundar su postura, expresó, en primer lugar, que la comunidad internacional ha ido reconociendo progresivamente que la tortura y los malos tratos no solamente pueden darse en contextos de privaciones de libertad, detenciones, investigaciones o interrogatorios. Si bien la normativa internacional que protege a las personas contra tales violaciones se originó como respuesta a prácticas abusivas en el marco de las instancias aludidas, hoy por hoy se entiende pueden verificarse *“en otros contextos de custodia, dominio o control en los cuales la víctima se encuentra indefensa, tales como en el ámbito de los servicios de salud y específicamente de la salud reproductiva”* (CIDH, Serie C N° 329, 2016).

En este punto, la Corte se remitió a un fallo anterior dictado en el caso Ximénes Lopes vs. Brasil, donde abundó por primera vez en los conceptos de tortura y malos tratos en el contexto de una hospitalización. Al respecto, en dicha oportunidad, expresó: *“En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia (...) La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas*

⁵ Véase, por ejemplo, el Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador (CIDH, Serie C N° 303, 2015) o Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador (CIDH, Serie C N° 316, 2016).

a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía (...)" (CIDH, Serie C N° 149, 2006).

Así, la aplicación de los conceptos de tortura y malos tratos a contextos distintos de los que en un principio inspiraron la creación de la normativa, y, concretamente, a situaciones desarrolladas en el marco de la prestación de servicios de salud, no es novedad jurisprudencial de la Sentencia a estudio.

Sin embargo, en el caso I.V. vs. Bolivia la CIDH agrega otro elemento más que, según postula, ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar si existieron o no violaciones al derecho a la integridad de las personas: la perspectiva de género.

La incorporación de la perspectiva de género al momento de establecer si hubo actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, se conecta con y se justifica por otras dos consideraciones.

La primera guarda relación con la circunstancia de que existen prácticas específicas que solamente pueden ejercerse contra las mujeres –es el caso de la violencia obstétrica, por ejemplo– cuyo despliegue entraña, en frecuentes oportunidades, discriminación en razón de su condición de mujeres. Así, como explica el Relator Especial en Informe ya referenciado, "*Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género*" (Méndez, 2013)

La segunda se vincula con la dimensión subjetiva del concepto de violación a la integridad física o psíquica – en la forma de tortura o en la de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La CIDH ya había profundizado sobre la relatividad del elemento "sufrimiento", exigido como condición *sine qua non* para determinar la existencia de tortura o tratos indignos. En la Sentencia en análisis, cita el Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, donde la Corte manifestó: "*la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta (...)*" (CIDH, Serie C N° 33, 1997). En análogos términos se expresó en Sentencia dictada en el caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador (CIDH,

Serie C N° 316, 2016).

No obstante, en el caso de marras realiza marcado hincapié en el punto, destacando la intransferibilidad y la imposibilidad de objetivación del sufrimiento humano como características a tener especialmente en cuenta al evaluar su grado, gravedad o severidad: “(...) *las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos. La Corte recalca que el sufrimiento es una experiencia propia de cada individuo y, en esa medida, va a depender de una multiplicidad de factores que hacen a cada persona un ser único. En este sentido, sería un contrasentido escindir las experiencias pasadas de la forma como un individuo experimenta el sufrimiento*” (CIDH, Serie C N° 329, 2016).

A partir de tales consideraciones, la Corte detalla in extenso los sufrimientos padecidos por I.V. a raíz de la esterilización involuntaria de la que fue víctima. Retomando el punto de la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de la existencia –o no– de tortura o malos tratos, en el caso concreto, la Corte entendió probado el socavamiento a la integridad psíquica de la Sra. I.V. en virtud de, *inter alia*, una desvalorización de ella como mujer que le ha provocado sentimientos de vergüenza. Esto último está indisolublemente ligado a los estereotipos de género que recaen sobre la mujer y su capacidad reproductiva, lo que evidentemente no puede escindirse de la valoración acerca del sufrimiento de cualquier mujer por verse sustraída –sin su consentimiento– de ella.

En relación a este último punto –el consentimiento–, sabido es que, para ser válido en contextos como el de marras, ha de ser “previo, pleno, libre e informado”, como desarrolla Blengio (Blengio Valdés, 2021). La Corte plasma extensas y profundas reflexiones (véase p. 159 en adelante de la Sentencia a estudio) en párrafos anteriores de la Sentencia, pero no las conecta con lo manifestado sobre la tortura y los demás malos tratos. Este es un aspecto abordado por la doctrina contemporánea y sumamente vigente, que quizás hubiera esclarecido las nociones de tortura y malos tratos que subyacen a la decisión de la Corte de responsabilizar a Bolivia en virtud de los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. Díez Picaso, por ejemplo, realiza importantes apreciaciones a partir de la Sentencia N° 120/1990 del Tribunal Constitucional de España, concluyendo que “*el derecho fundamental a la integridad física y moral protege al ser humano no*

solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”. Prosigue el autor: “esta afirmación es extremadamente importante porque, incluso tratándose de intervenciones bienintencionadas y objetivamente idóneas para producir un beneficio –como son destacadamente las de naturaleza médica – existe un imperativo constitucional de previo consentimiento de la persona afectada” (Diez Picazo, 2013).

Por otra parte, teniendo presente todo lo expuesto acerca de la jurisprudencia de la CIDH sobre torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, se observa, en la sentencia a estudio, un apartamiento de los últimos desarrollos a los que la Corte había arribado en relación a la conceptualización de la tortura.

En efecto, la CIDH había llegado a establecer el triple contenido del concepto de tortura, como ya fuera abundantemente referido, fijándolo en: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito. Sin embargo, en el análisis que vierte en el Caso I.V. vs. Bolivia, parece dejar de lado el primer y el tercer elemento configurativo de la conducta, para considerar suficiente uno solo: la causación de sufrimiento.

Respecto del elemento teleológico (el fin o propósito perseguido), la exclusión no resulta, en principio, objetable. Ello, porque la definición normativa de la que tradicionalmente se ha valido la Corte para categorizar un acto (o conjunto de actos) como tortura, no toma en cuenta, en sustancia, la idea de fin. El art. 2 de la CITSP, cuando enlista las finalidades con las que deberán realizarse ciertos actos para ser catalogados como actos de tortura, prevé: “(...) con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena **o con cualquier otro fin**” (el destacado nos pertenece); de manera que, en definitiva, el fin no hace al concepto.

Pero, además, porque en rigor –y al margen de lo que las normas prescriban– no parece razonable exigir un propósito determinado para poder hablar correctamente de tortura. Ello, porque como lúcidamente destaca Barrett (Barrett, 2001) si bien es verdad que, en muchos casos, la tortura se lleva a cabo con fines u objetivos predeterminados, ello no ha de ser necesariamente así; una tortura ejercida sobre un individuo por motivos exclusivamente sádicos, no deja de ser, por tal circunstancia, una tortura. En palabras del juez Fitzmaurice, citado por Bueno (Bueno, 2003), en opinión separada en el caso Irlanda vs. Reino Unido “tortura es tortura cualquiera pueda ser su objeto e incluso si no tiene ningún

otro más que causar daño” (TEDH, N° 5310/71, 1978).

Sin embargo, la ausencia del primer elemento – el de la intencionalidad o deliberación – sí parece, al menos en principio, más problemática: no resulta intuitivo ni natural imaginar una tortura –o un trato cruel, inhumano o degradante – que no se proponga causar daño (como objetivo último o como medio), que esté despojada de intención; una tortura “culposa”, utilizando terminología penal.

Cierto es, no obstante lo antedicho, que existen posturas doctrinarias y jurisprudenciales que defienden el concepto de “tortura objetiva”; es decir, sostienen que puede haber actos de tortura propiamente dichos, sin que exista una intención de dañar. La Comisión Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, concluyó, en el caso Chipre vs. Turquía (Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos para el caso Chipre vs. Turquía, TEDH, N° 25781, 2001) que existen tratos o penas objetivamente inhumanos, sin importar si hubo o no intención de causar daño.

De cualquier manera, la postura de la CIDH en reiterados pronunciamientos del 2007 a la fecha –como ya se ha señalado- consideró siempre el factor “intencionalidad” como un elemento relevante a la hora de tipificar la tortura. Por ello, su apartamiento de tal criterio en el Caso I.V. vs. Bolivia, sin explicación ni justificación clara –dado que en ningún momento se detiene a abordar el punto- resulta al menos llamativa.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia de los distintos sistemas de protección internacional de los derechos humanos, el concepto de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes ha evolucionado, siempre a la luz del principio pro homine y cada vez con mayor claridad y precisión en las definiciones. El *racconto* efectuado en el presente trabajo da cuenta –con las limitaciones de este, claro está – de ello.

La Sentencia de la CIDH dictada en el Caso I.V. vs. Bolivia es una sentencia interesante e importante por varios puntos de su contenido. Los desarrollos que efectúa sobre el consentimiento informado y sobre el acceso a la información; sus puntualizaciones sobre el derecho a la vida privada y familiar y sobre el derecho a fundar una familia; las apreciaciones en torno a la relatividad o subjetividad del sufrimiento a la hora de categorizar una conducta como tortura o maltrato, tomado en cuenta las implicancias de aplicar a tal tipificación, una perspectiva de género; todos estos aspectos son, sin duda, aportes valiosos que

realiza el fallo estudiado.

Sin embargo, el apartamiento de los criterios hasta ahora por ella implementados para evaluar si una conducta encuadra o no en la calificación de tortura o maltrato— sobre todo, la no consideración del factor *intencionalidad* o *deliberación*— se advierte como susceptible de generar problemas interpretativos en el futuro. Ello, por cuanto el único elemento que, según se extrae de la Sentencia analizada, ha de tomarse en cuenta para determinar la existencia de tortura o de los tratos aludidos, es la circunstancia de haber causado sufrimientos físicos o mentales a la víctima. Y estos últimos —a diferencia de lo previsto por el sistema universal, por ejemplo (art. 1 CAT) ni siquiera han de ser “graves” para encuadrar en la definición de la CIPST (art. 2).

El apartamiento referido no es, necesariamente, un problema *per se*, sino que lo es en el caso por carecer de justificación o explicación; máxime cuando la definición a la que la CIDH ha recurrido tradicionalmente para definir la tortura (el art. 2 de la CIPST) exige el elemento de la intencionalidad.

El rigor argumentativo, la claridad conceptual y la exhaustividad en la motivación de decisiones jurisdiccionales también son garantías para los Estados y para los individuos. La fundamentación de los fallos, máxime cuando provienen de órganos cuyos pronunciamientos no admiten revisión posterior, es su medida de legitimidad y la protección con la que cuentan los justiciables contra la arbitrariedad. Por ello, a nuestro juicio, es imprescindible que sentencias que tienden a flexibilizar los criterios de tipificación de conductas tan graves como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes — verdaderos crímenes internacionales — sean especialmente minuciosas en sus justificaciones, atento a la seriedad de sus consecuencias.

REFERENCIAS

- BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA, CIDH, 25 de noviembre de 2000, Serie C, N° 165.
- BARRETT, J. (2001). The Prohibition of Torture under International Law. Part 2: The Normative Content. *The International Journal of Human Rights*, 5 (2), 3.
- BLENGIO VALDÉS, M. (2021). El respeto a la autonomía y el consentimiento informado con especial referencia a. En C. M. Uruguay, *Temas de Bioética* (pág. 90). Montevideo: CMU. Recuperado el 20 de junio de 2021, de <https://www.colegiomedico.org.uy/libro-temas-de-bioetica/>

- BUENO ALVES VS. ARGENTINA, CIDH, 11 de mayo de 2007, Serie C N° 164.
- BUENO, G. (2003). El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos. Nueva Doctrina Pena, 603-628. Recuperado el 18 de junio de 2021, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/06/doctrina33168.pdf>
- CANTORAL BENAVIDES VS. PERÚ, CIDH, 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69. Castillo Páez Vs. Perú, CIDH, 3 de noviembre de 1997, Serie C N° 34.
- DIEZ PICAZO, L. M. (2013). Sistema de derechos fundamentales. Madrid: Thomson Reuters, Civitas.
- FAIRÉN GARBI Y SOLÍS CORRALES VS. HONDURAS, CIDH, 15 de marzo de 1989, Serie C No. 6.
- GODÍNEZ CRUZ VS. HONDURAS, CIDH, 15 de marzo de 1989, Serie C No. 5.
- HERRERA ESPINOZA VS. ECUADOR, CIDH, 1 de setiembre de 2016, Serie C N° 316.
- I.V. VS. BOLIVIA, CIDH, 30 de noviembre de 2016, Serie C N° 329.
- Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos para el caso Chipre vs. Turquía, TEDH, 10 de mayo de 2001, N° 25781/94.
- IRLANDA VS. REINO UNIDO, TEDH, 18 de enero de 1978, N° 5310/71.
- LOAYZA TAMAYO VS. PERÚ, CIDH, 17 de setiembre de 1997, Serie C N° 33.
- MARITZA URRUTIA VS. GUATEMALA, CIDH, 27 de noviembre de 2003, Serie C N° 103.
- MÉNDEZ, J. E. (1 de febrero de 2013). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/22/53. Recuperado el 19 de junio de 2021, de Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session22/a-hrc-22-53_sp.pdf.
- RUANO TORRES VS. EL SALVADOR, CIDH, 5 de octubre de 2015, Serie C, N° 303.
- SELMOUNI VS. FRANCIA, TEDH, 28 de julio de 1999, N° 25803/94.
- TIBI VS. ECUADOR, CIDH, 7 de setiembre de 2004, Serie C N° 114.
- VILLAGRÁN MORALES Y OTROS VS. GUATEMALA, CIDH, 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63.

- VILLÁN DURAN, C. (2004). La práctica de la tortura y los malos tratos en el mundo. Tendencias actuales. En AA.VV, a prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de Verano en San Sebastián, XV Cursos Europeos, Universidad de País Vasco (págs. 33-115). San Sebastián: Ararteko.
- XIMENES LÓPEZ VS. BRASIL, CIDH, 4 de julio de 2006, Serie C N° 149.

Fecha de recepción: 20 agosto 2021.

Fecha de aceptación: 3 setiembre 2021.

CONTENIDO

DOCTRINA

Interés superior de la vejez
Mariana Blengio Valdés 7

Delegados sectoriales del Servicio Civil
Miguel Bonomi Santurio 29

Derechos sexuales y reproductivos en tiempos de COVID 19 con
énfasis en los procesos de embarazo y parto en Uruguay
Romina Gallardo Duarte, María de la Paz Echetto 47

Aspectos jurídicos del Sistema Nacional de Áreas Naturales
Protegidas
Gonzalo F. Iglesias Rossini 67

La imposición de medidas unilaterales en interés de la comunidad
en su conjunto y la responsabilidad internacional de los Estados.
Teoría y práctica.
Alejandro Pastori Fillol 93

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Análisis del concepto de tortura, trato cruel, inhumano y
degradante en la sentencia “IV vs. Bolivia” de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos
Victoria Pasquet 117