

ISSN 0797-4302

AÑO 2021

NÚMERO 58



REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO
DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

REVISTA · DE DERECHO PÚBLICO

ADMINISTRATIVO · CONSTITUCIONAL · TRIBUTARIO
DERECHOS HUMANOS · BIOÉTICA

Nº 58

Director Fundador
José Aníbal Cagnoni

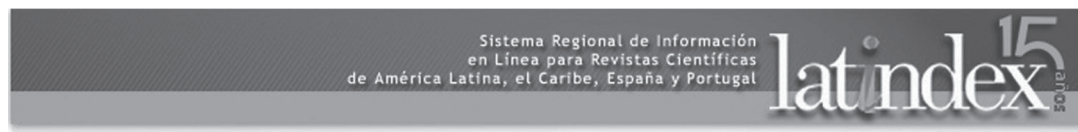
Directora
Mariana Blengio Valdés

Revista de Derecho Público
Publicación semestral
Año 30. Número 58. Junio 2021

Revista incluida en la base de datos:

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

LATINDEX (en catálogo): <http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?fio=14708&opcion=1>



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.

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, 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. Delpiazzi (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 Díaz 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

Consentimiento informado en la reciente regulación de la telemedicina en Uruguay <i>Diego Andrade Sosa y Valeria Escobar Suhr</i>	9
Sobre si el Vicepresidente de la República electo es titular de un cargo de legislador. <i>Luis Fleitas de León</i>	28
La inconstitucionalidad en razón de forma de la ley N° 19.889 aprobada por el procedimiento de declaratoria de urgente consideración. <i>Pablo Rodríguez Almada</i>	54
Ciudadanos reclaman “auto restricción” a sus propios derechos humanos. <i>Laura Sasías</i>	87
El control de constitucionalidad y convencionalidad en el proceso arbitral uruguayo <i>Camila Umpiérrez Blengio</i>	99

CONFERENCIAS MAGISTRALES

Comisión Nacional de Bioética. Asignatura pendiente en Uruguay. <i>Mariana Blengio Valdés</i>	119
Comisión Nacional de Bioética. Asignatura pendiente en Uruguay. <i>Manuel Jesús López Baroni</i>	137

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA RECIENTE REGULACIÓN DE LA TELEMEDICINA EN URUGUAY

INFORMED CONSENT IN THE RECENT REGULATION OF TELEMEDICINE IN URUGUAY

CONSENTIMENTO INFORMADO NO RECENTE REGULAMENTO DA TELEMEDICINA NO URUGUAI

*Diego Andrade Sosa **
*Valeria Escobar Suhr ***

RESUMEN. En el presente artículo se analizarán algunos de los aspectos medulares de la Ley N° 19.869 (a un año de su entrada en vigencia), que a texto expreso reguló en nuestro país los servicios provistos mediante Telemedicina; y principalmente en lo atinente a la formación del consentimiento informado a través de dicha práctica.

PALABRAS CLAVE. Telemedicina. Datos Personales. Autonomía. Consentimiento Informado. Reglamentación.

ABSTRACT. This paper will analyze some of the core aspects of Law No. 19,869 (one year after its entry into force), which expressly regulated in our country the services provided through Telemedicine; and mainly with regard to the formation of informed consent through such practice.

KEY WORDS. Telemedicine. Personal Data. Autonomy. Informed Consent. Regulation.

RESUMO. Este artigo analisará alguns dos aspectos centrais da Lei N° 19.869 (um ano após da sua entrada em vigor), que por meio de texto expreso regulamentou em nosso país os serviços prestados por meio da Telemedicina; e principalmente no que diz respeito à formação do consentimento informado por meio dessa prática.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Asesor Legal del Hospital Pasteur, del Hospital de Canelones “Dr. Francisco Soca” y del Hospital de Las Piedras “Dr. Alfonso Espinola” de A.S.S.E. Ayudante (G1) de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la UDELAR. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho UDELAR. Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Escuela de Posgrado UDELAR. Correo electrónico: dandradesosa@gmail.com

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Asesora Legal del Hospital Español “Dr. Juan José Crottogini” y de SAMME. A.S.S.E. Docente de Derecho Médico en el IEEM. Asistente (G2) de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la UDELAR. (G1) de Introducción a la Bioética y de Derecho Privado IV y V en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Maestranda en Derecho Comercial Escuela de Posgrado UDELAR. Correo electrónico: vescobarsuhr@gmail.com

PALAVRAS CHAVE. Telemedicina. Dados Pessoais. Autonomia. Consentimento Informado. Regulamento.

1. Introducción.

El contexto actual de pandemia global originado por el COVID-19, ha motivado el surgimiento y consolidación de determinados medios telemáticos que permiten continuar desempeñando ciertas actividades, evitando la presencialidad física, con la finalidad de detener la virulencia en los contagios del notorio patógeno.

En tal sentido, plataformas informáticas “*a distancia*” han viabilizado la continuidad, entre otros, de servicios económicos, educativos y profesionales del más amplio rango. Dentro de estos últimos encontramos a las prestaciones de salud, ya que, más allá de los servicios que constituyen el primer frente de batalla contra la enfermedad, como lo son la Atención Domiciliaria, Emergencias, y Unidades de Medicina Intensiva; existen otros en los que se ha optado por una modalidad de cobertura asistencial médico-paciente no presencial, a fin de que los últimos no concurren innecesariamente a los centros sanitarios.

Precisamente, desde que se ha decretado la Emergencia Sanitaria en nuestro país, por el Decreto N° 92/020 de 13/03/2020 se ha potenciado la utilización del recurso de la “telemedicina”, el cual entendemos que claramente ha venido para quedarse.

Sin lugar a dudas, la utilización del mismo ha presentado una serie de ventajas en materia de prestación de asistencia; en especial porque permite acortar distancias al permitir, por ejemplo, que aquellos centros de salud del interior del país que puedan no contar con determinadas especialidades médicas, acceder a una consulta; lo cual redundaría en un beneficio innegable para el paciente, y en definitiva proporciona al Sistema de Salud un insumo de palmaria eficiencia y efectividad. Pensemos, entre otras potenciales ventajas en la posibilidad para usuarios de poblaciones ubicadas en parajes recónditos de Uruguay y con dificultades en el acceso en el transporte a los centros urbanos de mayor importancia; que ahora tienen la posibilidad de acceder a los más destacados especialistas médicos nacionales, quienes generalmente se encuentran afincados en el segundo tipo de lugar referido.

Asimismo, resulta menester señalar que esta vía de prestación cuenta con una novel regulación en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley N° 19.869 de 02/04/2020; lo cual y a pesar de significar un avance incuestionable, conlleva a que surjan en la práctica una serie de dificultades en relación a la forma de implementación de la misma, a fin de impedir la vulneración de derechos fundamentales de los pacientes

En dicha línea cabe recordar que el desenvolvimiento y vicisitudes de la actuación asistencial, en muchas ocasiones, como es sabido, se requerirá recabar por parte del profesional médico el consentimiento informado del paciente. La prestación de la atención sanitaria mediante el recurso de la “*telemedicina*” impide la inmediatez con el paciente a fin de recabar dicho consentimiento; lo que en definitiva importa una complejidad, respecto de la modalidad de resguardar dicho pronunciamiento.

Sobre lo mencionado en el párrafo anterior, sumado a un somero análisis del articulado de la aludida Ley y algunas propuestas que modestamente entendemos que podrían ser consideradas para el caso de que en lo sucesivo se proceda, por parte del Poder Ejecutivo, a efectuar una reglamentación de la Ley de marras.

Como necesaria aclaración preliminar se expresa que los comentarios y opiniones vertidas en este artículo son de estricta responsabilidad de los autores y no comprometen a las instituciones donde los mismos se desempeñan.

Asimismo, recomendamos al lector que tenga interés en profundizar en los contenidos de los diferentes cuerpos normativos de origen uruguayo a los que se hará alusión en el presente trabajo, que acuda al sitio web del Diario Oficial (<https://www.impo.com.uy>) a fin de acceder a las versiones íntegras, vigentes y actualizadas de los mismos.

2. Generalidades de la Ley N° 19.869: la incipiente regulación de la Telemedicina en Uruguay.

La Ley N° 19.869 de 02/04/2020, constituye la primera versión de la normativa uruguaya tendiente a regular la novel modalidad de prestación de servicios médicos; y como lo indica su artículo 1 tiene por objeto establecer los lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la telemedicina como prestación de los servicios de salud, a fin de mejorar su eficiencia, calidad e incrementar su cobertura mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación.

En el presente capítulo aludiremos a los aspectos que estimamos como más relevantes del articulado; exceptuando lo atinente al consentimiento informado, a cuyo desarrollo abocaremos el capítulo siguiente.

A los efectos conceptuales, el artículo 2 del cuerpo normativo de marras, define a la telemedicina como “*la provisión de los servicios de atención sanitaria, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de atención sanitaria utilizando tecnologías de la información y comunicación para el intercambio de información válida*”

para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, investigación y evaluación, y para la educación continua de los proveedores de atención sanitaria, todo en interés de mejorar la salud de sus individuos y sus comunidades". Sin perjuicio de lo expresado, los artículos 4 y 5, establecen que se considerarán como servicios de telemedicina *"todos aquellos reconocidos como tales por el Ministerio de Salud Pública"*, y declaran, con carácter interpretativo que la Ley N° 18.335 de 15/08/2008 sobre *"Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud"* comprende las prestaciones médicas llevadas a cabo mediante el uso de telemedicina.

La actividad regulada se sustenta en base a una serie de principios que son enunciados y definidos por el artículo 3 de la Ley, a saber:

A) Universalidad. - A través de la telemedicina se garantiza un mejor acceso de toda la población a los servicios de salud.

B) Equidad. - La telemedicina permite derribar barreras geográficas, acercando los servicios a la población en lugares remotos y con escasez de recursos.

C) Calidad del servicio. - La telemedicina promueve una mejora en la calidad y atención integral del paciente, fortaleciendo las capacidades del personal de salud.

D) Eficiencia. - La telemedicina permite optimizar los recursos asistenciales, la mejora en la gestión de la demanda, la reducción de las estancias hospitalarias, la disminución de la repetición de actos médicos y los desplazamientos a través de la comunicación de los profesionales.

E) Descentralización. - La telemedicina es una estrategia de utilización de recursos sanitarios que optimiza la atención en los servicios de salud fortaleciendo el proceso de descentralización del Sistema Nacional Integrado de Salud.

F) Complementariedad. - El ejercicio clínico de la medicina requiere el vínculo directo con el paciente. La telemedicina es un complemento a la asistencia brindada por el médico tratante (artículo 24 de la Ley N° 19.286, de 25 de setiembre de 2014).

G) Confidencialidad.- Se debe preservar la confidencialidad en la relación médico-paciente, garantizando la seguridad en el intercambio de información entre profesionales o centros de atención sanitaria".

En el artículo 4 se establece que se consideran servicios de telemedicina todos aquellos reconocidos como tales por el Ministerio de Salud Pública; al cual se faculta para dictar los protocolos de actuación para cada uno de los servicios de telemedicina en el plazo de noventa desde la promulgación de la ley.

Por su parte el artículo 5 declara con tenor interpretativo que la Ley N° 18.335 de 15/08/2008 (sobre Derechos y Deberes de los Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud), comprende las prestaciones médicas llevadas a cabo mediante el uso de telemedicina.

En el artículo 6 prevé que los servicios de salud podrán ofrecer a sus usuarios, servicios de telemedicina, brindando información pormenorizada al respecto; a cuyos efectos deberán contar con el personal adecuado y la infraestructura necesaria, quedando sometidos a lo previsto por los artículos 157 a 160 de la Ley N° 18.719 de 27/12/2010. Dichos artículos citados refieren a las potestades de contralor y colaboración de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento en materia de intercambio de información entre entidades públicas, sean estatales o no.

Precisamente en materia de transmisión y almacenamiento de datos e información personal mediante el uso de telemedicina, el artículo 8 de la Ley N° 19.869, en la redacción dada por el artículo 397 de la Ley N° 19.924 de 18/12/2020 establece que los mismos serán tratados de conformidad con lo establecido en la Ley N° 18.331 (Ley de Protección de Datos Personales), de 11/08/2008; delegándose a la reglamentación la determinación de las medidas de seguridad y responsabilidad proactiva según el tipo de dato, tratamiento y sujetos involucrados.

Evidentemente la remisión efectuada a la Ley de Protección de Datos Personales, no resulta baladí en la materia; y amerita efectuar un detenimiento sobre los alcances de dicho cuerpo normativo en materia de información sanitaria.

Así la Ley N° 18.331 de 11/08/2008; comienza estableciendo, en su artículo 1°, que *“El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”*; consagrándose en el artículo 11 un principio de reserva, en virtud del cual las personas físicas o jurídicas que obtuvieron legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros; así como a guardar estricto secreto profesional sobre

los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público; excepto en los casos de orden de la Justicia competente o si mediare consentimiento del titular.

Por otra parte, en literal “E” del artículo 4 se califican como “*datos sensibles*” las informaciones relativas a la salud de las personas. Los efectos que dicha categorización importan, se encuentran explicitados en el artículo 18 de la Ley; destacándose, dentro de otros aspectos, y a los siguientes: 1) que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles; 2) que dichos datos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular; 3) que los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares.

Concomitantemente el artículo 19 establece que “*Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la presente ley*”. Dicha previsión debe ser complementada con el Principio de reserva consagrado en el artículo 11, el cual establece que: “*Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros. Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular. Esta obligación subsistirá aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos*”.

Debe por último destacarse que el artículo 35 de la Ley, en la redacción dada por los artículos 152 de la Ley N° 18.719 de 27/12/2010 y 83 de la Ley N° 19.355 de 19/12/2015, confiere a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del

Conocimiento (AGESIC) la posibilidad de aplicar sanciones a los responsables de las bases de datos, encargados de tratamiento de datos personales y demás sujetos alcanzados por el régimen legal que infrinjan las obligaciones de reserva anteriormente referenciadas.

Cabe traer a colación que, en el ámbito sanitario, el conocimiento de datos, hechos, actuaciones e incluso secretos de las personas, conjuntamente con la exhibición de determinadas partes de su cuerpo, resulta un requisito ineludible para que se propicie la atención médica. Esta situación hace surgir, según BERRO y ADRIASOLA una confidencialidad “*necesaria sobre la vida íntima de la persona enferma, por lo que debe garantizarse la reserva, el secreto médico. La intimidad a pesar de la intromisión de médicos y de otros profesionales del equipo asistencial debe quedar incólume*” (BERRO y ADRIASOLA, 2013, 396). FRANÇA, citada por GIL YACOBAZZO y VIEGA RODRÍGUEZ, define a dicha regla de confidencialidad como “*el derecho de toda persona a proteger los datos que le pertenecen en virtud de que los considera reservados o restringidos (por pertenecer a la intimidad) o su derecho a limitar la difusión de ciertas informaciones u opiniones emitidas*” (GIL YACOBAZZO y VIEGA RODRÍGUEZ, 2018, 229).

Lo anteriormente expuesto nos lleva en forma inevitable a sostener que la información relativa al estado de salud debe ser categorizada como una especie dentro del género “*derecho a la intimidad*” y en definitiva como un derecho fundamental.

La disgresión de los párrafos antecedentes apunta a subrayar la responsabilidad del prestador en caso de que a través de los medios tecnológicos que viabilicen la telemedicina se producen violaciones indebidas a la intimidad sanitaria del paciente. Debemos recordar que tales infracciones que generen perjuicios en los usuarios, son generadores de responsabilidad civil contractual para la institución asistencial. Sin perjuicio de que la alusión efectuada excede los objetivos del presente artículo, nos remitimos a postura formulada en reciente trabajo de los autores, en el que se concluye que las instituciones de asistencia médica son verdaderos proveedores de servicios, y como contrapartida sus afiliados los consumidores de dicho servicio; entablándose entre ambos una verdadera relación consumo, susceptible de ser regulada por la Ley N° 17.250 “De relaciones de consumo y defensa del consumidor” de 11/08/2000 (en lo sucesivo LRC); y por deducción hermenéutica derivada de una relación género-especie, que determina que mediante la telemedicina se desarrollen prestaciones médico-asistenciales, debemos sostener, sin hesitaciones, que la misma también resulta susceptible de regulación por la LRC. (ESCOBAR SUHR y ANDRADE SOSA, 2020, 158)

Finalmente, retomando el análisis general de la Ley N° 19.869, en el artículo 9 se establece que las consultas o intercambios de información que se realicen mediante el uso de telemedicina con profesionales o instituciones de salud residentes en el extranjero, estarán alcanzados por las disposiciones de la ley y por las demás normas reglamentarias para la prestación del servicio.

Debe destacarse que al día de la elaboración del presente trabajo, la Reglamentación de la Ley N° 19.869 por parte del Poder Ejecutivo se encuentra pendiente. Entendemos que el acaecimiento de la misma resultará fundamental para aterrizar en la vía práctica algunas cuestiones elementales de la ejecución de la prestación del servicio. A modo ilustrativo será de especial relevancia, en nuestro concepto, la regulación de la transmisión de información, mediante mecanismos que garanticen una impenetrable confidencialidad.

3. La formación del consentimiento informado en la telemedicina

3.1. El consentimiento informado como materialización del principio de autonomía.

El principio de autonomía regente en la toma de decisiones sanitarias, es indubitablemente la piedra angular sobre la que se ha edificado el vigente modelo de relación médico-paciente, denominado precisamente como autónomico, superador del paternalismo (modelo este último en el que el paciente no ejerce ningún derecho de autodeterminación sino que queda subordinado a lo que dispone el médico, el cual se entiende que en todo caso actuará en beneficio del paciente, decidiendo por él en lo que desconoce).

ORDOQUI CASTILLA define a la autonomía del paciente como “la capacidad de decidir libremente con relación a las sugerencias que le realiza el médico con referencia a los tratamientos a seguir en el proceso de curación de su enfermedad. Sin autonomía, sin libertad no puede haber consentimiento informado” (ORDOQUI CASTILLA, 2012, 7); agregando luego que “Una persona autónoma es la que actúa con libertad según sus propias convicciones e intereses” (ORDOQUI CASTILLA, 2012, 7).

En otras palabras, el respeto de la autonomía en el ámbito médico es una obligación de los profesionales de la salud para asegurar que los pacientes tengan derecho a escoger. Para que el profesional de la salud pueda afirmar que las decisiones de los pacientes son autónomas debe estar seguro que son informadas, libres, voluntarias y auténticas.

Anivel de los instrumentos internacionales, en el artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO (en lo sucesivo DUBDH) de 19/10/2005, encontramos un recogimiento de este principio con perspectivas globales al señalar que *“Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”*.

Este derecho a la autonomía es reconocido en forma genérica e irrestricta a todas las personas, sin distinción. Particularmente, una de sus materializaciones o corolarios más importantes, es el consentimiento informado es reconocido tanto en materia clínica como de investigación en seres humanos, en sendos compendios tales como la Ley N° 18.335 de 15/08/2008 y su Decreto Reglamentario N° 274/010 de 08/09/2010 (Derechos y Deberes de los Usuarios), Ley N° 18.473 de 03/04/2009 (Voluntades Anticipadas), Ley N° 19.286 de 25/09/2014 (Código de Ética Médica), Decreto N° 158/019 de 03/06/2019 (Investigación en Seres Humanos).

En tal sentido, ORDOQUI CASTILLA refiere que:

“el consentimiento informado (asentimiento) es el ejercicio del derecho en forma unilateral por una persona capaz que forma parte directa o indirecta de la relación médico-paciente que acepta sugerencia de intervención médica a partir de una decisión libre después de haber recibido información clara, completa, continua, oportuna previa. El consentimiento informado es un verdadero proceso en que se pasan distintas etapas: el médico informa; el paciente se informa, el médico sugiere, el paciente acepta” (ORDOQUI CASTILLA, 2012, 43)

El paciente ejerce su autonomía y el profesional deberá obtenerlo en todas aquellas circunstancias que no estén exceptuadas (razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor, y las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, tal como también se establece en el artículo 22 del decreto 274/2010, ya referido).

La obligatoriedad del otorgamiento del consentimiento informado en la relación médico-paciente, se encuentra regulado en el artículo 16 del decreto 274/2010 reglamentario de la ley N° 18.335 referente a los Derechos y obligaciones de pacientes y usuarios de los Servicios de Salud reza: *“El otorgamiento del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del profesional de la salud”* Y por su

parte el artículo 11 de la citada Ley N° 18335 señala que *“Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante, luego de recibir información adecuada, suficiente y continua, y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento”*.

Como resulta apreciable la obtención del consentimiento informado constituye un presupuesto *sine quanon* para el desarrollo de una relación médico-paciente, respetuosa de los derechos fundamentales de las personas y con las debidas garantías para ambas partes. Sobre el particular, estimamos que la omisión del galeno en recabar dicha manifestación de voluntad de su paciente es fuente originadora de responsabilidad civil profesional, por incumplimiento de un deber integrante del iter constitutivo de las obligaciones de medios que asumen los médicos para el desempeño de su profesión.

3.2. El consentimiento informado en la Ley N° 19.869.

En su artículo 7 la mentada Ley refiere al consentimiento informado, realizando primeramente la siguiente aseveración: *“Para brindar servicios de telemedicina, los servicios de salud deberán recabar el consentimiento expreso del paciente por cada acto médico a realizarse, quedando sujetos a lo previsto en el artículo 11 de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008”*.

La previsión enunciada deriva de una obviedad cuasi silogística; en tanto a través de los servicios de telemedicina se efectúan prestaciones asistenciales para cuya ejecución legamente válida es necesario el consentimiento invocado; a fin de acreditar la existencia de una decisión verdaderamente autónoma por parte del usuario o paciente.

Posteriormente el artículo agrega *“El paciente deberá otorgar consentimiento expreso para la realización de tratamientos, procedimientos, diagnósticos, así como la transmisión e intercambio de la información personal que se desprenda de su historia clínica, con las limitaciones previstas en el literal D) del artículo 18 de la Ley N° 18.335”*. En este punto, el articulado también sigue los lineamientos generales de la normativa patria en la materia, tanto de consentimiento, como del manejo de los datos sensibles sanitarios.

Con respecto a la primera parte, es dable hacer referencia a los supuestos que habilitan, en el orbe positivo uruguayo, a la prescindencia del consentimiento informado. En tal sentido es el tercer inciso del artículo 11 de la Ley N° 18.335, que habla de dicha situación excepcional: *“Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no*

permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica”.

Pareciera, prima facie, que el ámbito de la telemedicina resultaría más propenso o habitual en su uso al tipo de consulta coordinada o de policlínica, por que no aportaría una plataforma fáctica habilitante del aludido apartamiento. Pero, la normativa aprobada no impide la utilización de tales servicios en los supuestos de urgencia o emergencia. De hecho entendemos que el empleo del mecanismo en tales situaciones puede ser de especial utilidad, no solamente cuando acuda directamente al mismo el usuario o paciente, sino por ejemplo, en la realización de una interconsulta remota a un especialista desde un Servicio de Emergencia “presencial”. Consecuentemente la invocación de la excepción sería plausible, en tanto se den los supuestos específicos establecidos por la norma; y siempre bajo la égida de que la obtención del consentimiento informado del paciente es la regla y su ausencia una notoria excepción, derivada de circunstancias imponderables.

Continuando con el análisis del artículo 7, en su tercer inciso se señala: *“El consentimiento (...) puede ser revocado por el paciente en cualquier momento. La revocación surtirá efectos desde su comunicación fehaciente al servicio de salud”.* En este aspecto nuevamente se destaca la coherencia sistémica sobre la regulación de este particular, ya que la posibilidad de revocar el consentimiento oportunamente brindado, ha sido recogido en sendos textos legales uruguayos, tanto en sede de atención médica como de investigación en seres humanos (Leyes N° 18.335, N° 18.473, 19.286, Decreto N° 274/010, Decreto N° 158/019), en tanto es un corolario evidente del principio de autonomía, reconocido también a nivel universal. Así la DUBDH en su artículo 6 establece: *“Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno”.*

Finalmente el último inciso del artículo 7 señala *“En el caso de que el paciente sea menor de edad o persona declarada legalmente incapaz, el artículo será aplicable a su tutor o representante legal”.*

En este aspecto la norma citada pareciera adoptar un criterio clásico civilista, en el que la voluntad del menor de edad o del incapaz declarado únicamente puede ser manifestada por el representante legal del mismo; soslayando (reiteramos en apariencia)

algunos desarrollos bioético jurídicos sobre el particular. A vía ilustrativa, en relación a los menores de edad maduros, la normativa uruguaya reconoce el principio de autonomía progresiva respecto a sus decisiones en el ámbito sanitario. Así, el artículo 11-BIS del Código de la Niñez y de la Adolescencia (aprobado por la Ley N° 17.823 de 07/09/2004), establece, en materia de información y acceso a los servicios de salud, que *“De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder, se adopten en concurrencia con sus padres u otros referentes adultos de su confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes”*; añadiendo posteriormente que *“En caso de existir riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y no pudiera llegarse a un acuerdo con éste o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del Juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes, quien a tales efectos deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible”*.

En la misma línea que la norma aludida en el párrafo que antecede, encontramos al artículo 11 del Decreto N° 274/010 de 08/09/2010, Reglamentario de la precitada Ley N° 18.335, que señala que: *“Los adolescentes a quienes, de acuerdo al principio de autonomía progresiva, los profesionales de la salud consideren suficientemente maduros para recibir atención fuera de la presencia de los padres, tutores u otros responsables, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales e incluso tratamiento confidencial”*.

Con relación a la situación de los incapaces mayores de edad, entendida estrictamente en un sentido jurídico, como la imposibilidad total de tener un conocimiento cabal de su situación y de manifestar libremente su voluntad (hipótesis en las que los textos legales prevén como necesaria la designación de un curador); debe sostenerse, según GÓMEZ SÁNCHEZ *“que el sujeto no reúne las condiciones necesarias para ser titular del derecho a no saber”* (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2016).

No obstante, la constitucionalista ibérica de marras también alude a la situación de otros tipos de *“incapacidades”* de grado inferior. Así, en el caso de incapacidades físicas, tales como la sordera o la ceguera que pueden *“ser suplidas con medios materiales el sujeto es titular del derecho a no saber y, por tanto, el criterio debería ser el de utilizar los medios técnicos que permitan superar dicha discapacidad y hacer posible la manifestación de voluntad”* (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2016). Por otra parte, si se tratara de una disminución de la capacidad mental que no anule totalmente la voluntad del sujeto *“el criterio debería ser similar al caso de los menores de edad: es decir, deberían ser*

oídos y su voluntad ser atendida cuando ello no fuera manifiestamente incompatible con su propio interés” (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2016).

Los criterios esbozados en el párrafo anterior, se evidencian en determinadas fuentes normativas nacionales. En tal sentido, el artículo 23 de la Ley N° 19.529 de 24/08/2017 sobre “*Salud Mental*”, establece que “*Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de los medios y tecnologías adecuadas para su comprensión*”.

En definitiva, en este punto estimamos que debería esta efectuarse un cambio en la redacción del artículo, a fin de que el mismo mantenga una coherencia sistémica. Dicho cambio debería operar en el sentido que, sin desconocer el rol fundamental de los representantes de aquellas personas que no pueden manifestar plenamente una voluntad válida, por detentar alguna especie de incapacidad legal (derivada de su menor edad o condiciones mentales), se reconozca, pondere y empodere a estos últimos sujetos, para que, en la medida de sus facultades de discernimiento y comprensión de la realidad, puedan manifestar su consentimiento. Este último podrá propiciarse sea en la forma de asentimiento complementario de la voluntad de sus responsables; o sea en la forma de un verdadero consentimiento, si la madurez de la persona así lo permite, complementado por el conocimiento de la situación por parte de su representante legal.

4. Aspectos a considerar en una eventual reglamentación de la Ley N° 19.869 en materia de consentimiento informado.

Si bien es indudable que el Derecho Positivo Sanitario uruguayo ha generado un avance insoslayable al integrar a su mapa un cuerpo normativo que consagra las bases fundamentales para la regulación de una nueva modalidad de prestación de servicios médicos en una vía telemática y a distancia. Asimismo estamos convencidos de que la aprobación de la Ley N° 19.869 constituye el inicio de un camino, en el que auguramos la anexión de otras normas de igual o inferior rango, que complementen a aquella, añadiendo mayores especificaciones que indubitablemente serán necesarias ante una realidad claramente dinámica y que se encuentra atada a los cambios en el desarrollo tecnológicos.

No obstante, obran algunos aspectos indefinidos que estimamos deberían ser considerados en una eventual reglamentación de la Ley por parte del Poder Ejecutivo, que no solamente resultan atinentes a cuestiones prácticas, sino que serían tendientes a la protección de derechos fundamentales y al otorgamiento de garantías para ambas partes de la relación asistencial.

Una de esas cuestiones es la forma en la que se recabará el consentimiento infirmado al que alude el artículo 7 del cuerpo normativo de marras; teniéndose presente que el mismo será efectuado enteramente a distancia, ya que tanto paciente como médico se encontrarán en entornos físicos diversos durante la realización de la consulta; y no se establece el medio o manera en que quedará documentado dicho pronunciamiento.

En nuestro concepto, las bases sobre las que se debe reglamentar este punto, deben apuntar a la existencia de un mecanismo que permita tanto a paciente como médico detentar un medio que acredite plenamente que existió el visto bueno del primero a la propuesta terapéutica asistencial del segundo; independientemente de que no figure en el tradicional soporte papel. En esta línea, siempre desde una perspectiva orgánica y coherente, y por razones de analogía, entendemos que debemos apuntar primeramente a la existencia de normas nacionales que admiten el registro y manejo de información sobre datos sanitarios en forma no física o tradicional.

Así un primer mojón, a nivel general, lo encontramos en la Ley N° 18.600 de 21/09/2009, en el que se reconoció la validez y admisibilidad jurídica del documento y firma electrónicos y reguló los aspectos relativos a la identificación digital de personas. Dicho cuerpo legal establece en su artículo 2 algunas definiciones que asimilamos de particular interés para el objeto del presente trabajo, tales como: a) “Certificado electrónico”: documento electrónico firmado electrónicamente que da fe del vínculo entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica; b) “Dispositivo de creación de firma”: componente informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma; c) “Dispositivo de verificación de firma”: componente informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma; d) “Documento electrónico o documento digital”: representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo; e) “Firma electrónica”: los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizados por el firmante como medio de identificación; f) “Firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; 3) ser susceptible de verificación por terceros; 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma; y g) “Firmante o signatario”: persona que utiliza bajo su exclusivo control un certificado electrónico o un certificado reconocido para efectuar operaciones de firma electrónica o firma electrónica avanzada.

A nuestro juicio, cualquier reglamentación en materia de consentimiento informado “a distancia” debería considerar la posibilidad de que la obtención de dicha manifestación de voluntad pueda quedar consignada mediante a través de un signo modalidad similar al de la firma electrónica avanzada; dotando tanto al paciente como a la institución asistencial de alguna especie de dispositivo o de código informático que permite un registro recíproco de tal pronunciamiento. De todos modos, entendemos que este mecanismo puede detentar ciertas dificultades en su ejecución práctica para el corto y mediano plazo; ya que entrañaría la realización de un despliegue e inversión de importancia no menor, tanto en materia de difusión, capacitación y compra de los insumos que sean necesarios.

Otra regulación de trascendencia en la materia, complementaria de la anterior, específica en materia sanitaria y con vocación de inspiración reguladora para la cuestión ventilada en este capítulo, es la recogida en materia de historia clínica electrónica.

El Sistema de Historia Clínica Electrónica Nacional, instrumentado a través de la plataforma de Historia Clínica Electrónica Nacional, fue en forma primigenia instaurado por el artículo 466 de la Ley N° 19.355 de 19/12/2015; facultando al Poder Ejecutivo a determinar los mecanismos de intercambio de información clínica con fines asistenciales, asegurando la confidencialidad de la información en concordancia con la Ley N° 18.331. En la reglamentación de esta normativa, dada por el Decreto N° 242/017 de 31/08/2017, se define a la Historia Clínica Electrónica: como “*el conjunto integral de datos clínicos, sociales y económicos, referidos a la salud de una persona, desde su nacimiento hasta su muerte, procesados a través de medios electrónicos, siendo el equivalente funcional de la historia clínica papel*”; y al Documento Clínico Electrónico como “*la representación digital de un evento clínico o asistencial suscrito por un trabajador de la salud*” (artículo 2); estableciendo la obligatoriedad de todos los prestadores de salud, públicos y privados de llevar una historia clínica electrónica de cada persona, siendo responsables de su completitud y seguridad de acuerdo con las normas legales vigentes. Asimismo se establece en el artículo 4 una serie de principios sobre los que deberá ajustarse la historia clínica electrónica, oficiantes como criterio interpretativo y que definitiva no difieren de los regentes para su homóloga de soporte papel, a saber: a) finalidad; b) veracidad; c) completitud; d) reserva; e) información; y f) accesibilidad. Más adelante, en el artículo 11 se establece el valor documentación auténtica, válida y admisible como medio probatorio, siempre que se encuentre firmada electrónicamente

Más adelante en el tiempo, el artículo 194 de la Ley N° 19.670 de 15/10/2018, estableció que las personas quedarán incorporadas al Sistema de Historia Clínica Electrónica Nacional través de la registración de su información por parte de la entidad prestadora de servicios de salud; consagrando el derecho de toda persona, en cualquier momento, podrá

oponerse al acceso a su información clínica a través de la Plataforma de Historia Clínica Electrónica Nacional, manifestación que será revocable. Dicha oposición impedirá el acceso a la información clínica, salvo en las excepciones legalmente previstas. La reglamentación de este artículo se verificó con el dictado del Decreto N° 122/019 de 29/04/2019; en la que se establece, entre otros aspectos, como derechos de los usuarios, la posibilidad de consulta electrónica de su información clínica registrada en la plataforma de marras, obteniendo previamente los respectivos permisos de corroboración de su identidad digital.

La efectuada mención a las bases normativas elementales de la Historia Clínica Electrónica, apuntan a que la reglamentación de la forma de recabar el consentimiento informado en la telemedicina, debería necesariamente apoyarse en dichos cimientos normativos; mediante la implementación de un sistema que permita al usuario o paciente mantener acceso con facilidad el registro de todas las consultas empleadas en dicha modalidad telemática asistencia; y como derivado, de los alcances del consentimiento informado que haya brindado. En tal sentido, se deberá prever con claridad meridiana y debida especificidad el momento y forma en la que, durante la “teleconsulta” el paciente manifiesta que ha comprendido los alcances de la indicación efectuada por el médico, y si acepta o rechaza la misma; a fin de que dicho extremo sea consignado en la historia clínica en un modo que brinde certeza jurídica a ambas partes.

Eventualmente, y siempre bajo el respeto irrestricto de la noción de “datos sensibles” de la que establece la Ley N° 18.331, con sus ineludibles caracteres de reserva y confidencialidad a rajatabla en el manejo de la información clínica; podría admitirse que la consulta realizada a través de telemedicina sea grabada como un archivo de audio, imagen y/o video e incorporada a la historia clínica electrónica del usuario. Dicho registro importará una doble autorización y/o consentimiento expreso por parte del paciente: el de aceptación de que se proceda a incorporar el registro en soporte intangible de la consulta, y el consentimiento informado a los efectos clínicos propiamente.

5. Conclusiones.

La telemedicina constituye un gran avance, en aspectos prácticos, para el desarrollo de prestaciones sanitarias, facilitando la cercanía del paciente con respecto a los profesionales médicos. Por otra parte, es una herramienta que se vincula con el principio bioético de justicia, en tanto provee posibilidades de acceso a la atención en salud de calidad, en condiciones de igualdad para los diferentes usuarios del sistema de salud, con independencia del lugar donde residan.

En definitiva, con independencia de la situación actual de pandemia, se trata de un recurso indudablemente valioso que permanecerá tras la superación de los estragos generados por el COVID-19; y que seguramente aún no ha alcanzado el máximo de sus potencialidades.

No obstante, como todo progreso técnico y material, debe encaramarse en un marco regulatorio que permita proteger a los usuarios en el goce de sus derechos. En tal sentido la incipiente regulación de la Ley N° 19.869 constituye un importante avance en dicha línea, el cual debe ser complementado con otros cuerpos legales preexistentes, a fin de brindar una protección más completa; conforme a los desarrollos que hemos efectuado

Los servicios asistenciales brindados a través de telemedicina debe instituirse bajo la égida de los principios especiales consagrados por el artículo 3 la Ley N° 19.869, añadiéndose además la importancia del deber de información, el consentimiento informado y la responsabilidad institucional en el manejo de la información sanitaria del usuario; ya que la infracción o proceder negligente con respecto a alguno de estos aspectos, es probable fuente generadora de responsabilidad civil para los prestadores.

Con relación al consentimiento informado, se aprecia que el reciente cuerpo normativo referido, en líneas generales se afianza en nociones preexistentes regentes en la materia, y que derivan del principio de autonomía, recogido en sendos instrumentos internacionales y nacionales. No obstante, se advierte una necesidad de adecuación en sede de menores e incapaces, teniendo en especial consideración la noción de autonomía progresiva, que en definitiva debe traducirse como una aplicación del principio de respeto por la dignidad humana.

Respecto de la modalidad en la forma de recabar u obtener el consentimiento informado “a distancia”, ante la ausencia se reitera que las alternativas para su regulación puede legítimamente basarse y adaptarse las previsiones vigentes en materia de certificado electrónico, firma electrónica e historia clínica electrónica; ya que se trata de modalidades de registro de información con valor auténtico, de medio probatorio hábil y que brindan un importante grado de certeza jurídica, a pesar de su intangibilidad.

Nuestra última reflexión sobre el particular, se circunscribe al hecho de que el mundo recorre un camino, prácticamente irreversible, hacia el paulatino abandono de las formas documentales clásicas, respaldadas en soporte papel, por la sustitución de medios informáticos o virtuales. Para que este cambio sea conceptualizado como evolutivo y no involutivo, no depende únicamente la generación de una mayor comodidad para el usuario; sino que el ejercicio de dicha ventaja, en ningún caso, importe la violación de sus

derechos fundamentales ni la pérdida de beneficios de relevancia, que le ofrece el sistema tradicional.

6. Referencias normativas

UNESCO. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 19/10/2005.

URUGUAY. Ley N° 17.823 de 17/09/2004 (Código de la Niñez y de la Adolescencia).
Publicación en Diario Oficial: 14/09/2008.

URUGUAY. Ley N° 18.331 de 11/08/2008. Publicación en Diario Oficial: 18/08/2008.

URUGUAY. Ley N° 18.335 de 15/08/2008. Publicación en Diario Oficial: 26/08/2008.

URUGUAY. Ley N° 18.473 de 03/04/2009. Publicación en Diario Oficial: 21/04/2009.

URUGUAY. Ley N° 18.600 de 21/09/2009. Publicación en Diario Oficial: 05/11/2009.

URUGUAY. Ley N° 18.719 de 27/12/2010. Publicación en Diario Oficial: 05/01/2011.

URUGUAY. Ley N° 19.286 de 25/09/2014. Publicación en Diario Oficial: 17/10/2014.

URUGUAY. Ley N° 19.355 de 19/12/2015. Publicación en Diario Oficial: 30/12/2015.

URUGUAY. Ley N° 19.529 de 24/08/2017. Publicación en Diario Oficial: 19/09/2017.

URUGUAY. Ley N° 19.670 de 15/10/2018. Publicación en Diario Oficial: 25/10/2018.

URUGUAY. Ley N° 19.869 de 02/04/2020. Publicación en Diario Oficial: 15/04/2020.

URUGUAY. Ley N° 19.924 de 18/12/2020. Publicación en Diario Oficial: 30/12/2020.

URUGUAY. Decreto N° 274/010 de 08/09/2010. Publicación en Diario Oficial: 16/09/2010.

URUGUAY. Decreto N° 242/017 de 31/08/2017. Publicación en Diario Oficial: 07/09/2017

URUGUAY. Decreto N° 122/019 de 29/04/2019. Publicación en Diario Oficial: 13/05/2019.

URUGUAY. Decreto N° 158/019 de 03/06/2019. Publicación en Diario Oficial: 12/06/2019.

URUGUAY. Decreto N° 93/020 de 13/03/2020. Publicación en Diario Oficial: 23/03/2020.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BERRO, G. y ADRIASOLA, G. (2013) Confidencialidad. En BERRO, G. *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos*. FCU.
- ESCOBAR SUHR, V. y ANDRADE SOSA, D. (2020) La telemedicina en el marco de las relaciones de consumo. En AA.VV. *El Derecho Comercial frente a las crisis globales. Sociedades – Contratos – Concursos*. FCU. -
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2016) Derecho a no saber. En AA.VV *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/102>
- GIL YACOBAZZO, J. y VIEGA RODRÍGUEZ, M. (2018) Historia clínica electrónica: confidencialidad y privacidad de los datos clínicos. *Revista Médica Uruguaya* (34, 4) http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf
- ORDOQUI CASTILLA, G. (2012). *Consentimiento Informado. Ley 18335 y Decreto 274/10*. Ediciones del Foro.

Fecha de recepción: 26 de abril 2021

Fecha de aceptación: 2 de mayo 2021

**SOBRE SI EL VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ELECTO ES TITULAR
DE UN CARGO DE LEGISLADOR.**

**SOBRE SE O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA ELEITO É TITULAR
DE POSIÇÃO DE PARLAMENTAR.**

**ON WHETHER THE VICE PRESIDENT OF THE REPUBLIC IS THE
HOLDER OF A SENATOR POSITION.**

*Dr. Luis Fleitas de León **

RESUMEN. El propósito de este trabajo es estudiar de modo integral y sistémico el cargo de Vicepresidente de la República, su naturaleza, su estatuto y todos sus aspectos, tomando como eje central el debate sobre si el suyo es un cargo de legislador en tanto Senador.

PALABRAS CLAVE. Vice Presidente. Legislador. Senador. Naturaleza. Estatuto.

ABSTRACT. The aim of this paper is to study the position of Vice President of the Republic, comprehensively and systemically, in consideration of its nature, regulations and all its aspects, taking as a central axis the debate on whether or not s/he is the holder of a Senator position.

KEYWORDS. Vice President. Legislator. Senator. Nature. Regulations.

RESUMO. O objetivo desse trabalho é estudar de forma abrangente e sistémica o cargo de Vice-Presidente da República, levando em consideração sua natureza, o seu estatuto e todos os seus aspectos, tendo como eixo central o debate sobre se ele/a é ou não titular de um cargo de parlamentar em tanto senador.

PALAVRAS CHAVE. Vice-presidente. Legislador. Senador. Natureza. Estatuto.

* Profesor Adjunto (Grado 3 contratado) de Derecho Constitucional, Universidad de la República. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: luisflei@hotmail.com.

I. OBJETO.

El Artículo 150 de la Constitución, ubicado en la Sección IX denominada “*Del Poder Ejecutivo*”, crea el cargo de Vicepresidente de la República. Coherentemente con su denominación, el inciso 1° de la norma asigna a este cargo la atribución de desempeñar la Presidencia de la República, con las mismas facultades, en caso de vacancia temporal o definitiva.

Por otro lado, el inciso 2° del propio Artículo 150 indica que el Vicepresidente de la República desempeñará la Presidencia de la Asamblea General y de la Cámara de Senadores, ambos órganos del Poder Legislativo, aspecto que es reiterado por el Artículo 94 inciso 2° de la Carta, con el agregado de que le otorga expresamente el derecho a voz y voto.

Esto revela una disyuntiva respecto de cuál es la naturaleza del cargo del Vicepresidente de la República. Más aún, descartada su pertenencia al Poder Ejecutivo, dado el diseño constitucional de este sistema orgánico, existe la idea de considerar al Vicepresidente como legislador, como titular de un cargo de legislador, más precisamente de Senador, siguiendo casi exclusivamente la tesis planteada por Justino Jiménez de Aréchaga.

No es posible soslayar que, salvo la del gran Justino, no es detectable una posición clara y precisa de nuestra doctrina constitucional al respecto. Aunque, realizando una lectura detenida y profunda, es posible identificar algunas pistas dejadas con sordina por varios autores patrios. El abordaje de este asunto es pues, el objeto de este trabajo.

II. UN PUNTO DE PARTIDA: LAS NOCIONES DE LEGISLADOR QUE ADMITE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

La cuestión es un problema de la naturaleza y composición del cargo de Vicepresidente de la República, en relación con el de Senador, pero además es de interpretación y de aplicación de la Constitución.

Como toda cuestión de interpretación, tiene un punto de partida necesario que es el propio texto constitucional (Gamarrá, 2018, pp. 197, 198), lo cual requiere un análisis literal o gramatical que servirá de base para desarrollar luego métodos de interpretación más complejos.

Cuando los textos de las normas constitucionales refieren a los Senadores, Representantes o al Vicepresidente de la República, no hay confusión respecto del cargo que es objeto de regulación, sin perjuicio de algunas precisiones que se harán en el Capítulo IV.

El problema surge cuando la Constitución utiliza los términos o expresiones genéricas como “*legislador*”, “*legisladores*”, “*miembros*” o “*componentes*” de las Cámaras y la Asamblea General, como en los Artículos 77 inciso 2º numeral 10, 93 116, 117 inciso 3, 118, 147 inciso 3, 148 incisos 4 y 8, 201 y 331 literal c), pues el sentido con el que la Constitución los utiliza no es siempre el mismo.

En algunos casos, estos términos o expresiones son utilizados de modo comprensivo, únicamente, de los titulares de los cargos de Senadores y Representantes, quedando excluido el Vicepresidente de la República.

Es el caso, por ejemplo, del Artículo 117 inciso 3 que regula la retribución de los “*legisladores*”, sin incluir la retribución del Vicepresidente de la República que es regulada por el Artículo 154. O en sede de juicio político, cuando el Artículo 93 de la Constitución identifica el elenco de sujetos comprendidos utiliza la expresión “*miembros de ambas Cámaras*” en referencia a Senadores y Representantes y a su vez menciona al Vicepresidente, como un cargo diferente.

A nivel infra-constitucional ocurre algo similar, con el Artículo 32 de la Ley 15.851 en sus sucesivas redacciones, en materia de pases en comisión y con el Artículo 10 de la Ley 17.060 respecto del deber de ciertos funcionarios públicos de presentar declaraciones juradas. En ambas Leyes se identifica, por un lado, al Vicepresidente de la República, por el otro, a los “*legisladores nacionales*”.

En otros casos, estos términos o expresiones son utilizados en un sentido funcional, referido a aquellas personas titulares de cargos con el atributo de votar, generar quorum y conformar la voluntad de los órganos que integran el Poder Legislativo, en particular en la Asamblea General. Así ocurre en los Artículos 147 inciso 3º y 148 inciso 4º, en el procedimiento de censura y en el Artículo 331 literal c) inciso 3º, en el procedimiento de reforma constitucional de la Convención Nacional Constituyente.

Utilizados en este otro sentido, incluyen a los Senadores y Representantes, en quienes el atributo del voto es propio de su condición, y también al Vicepresidente de

la República, a quien se le atribuye expresamente el voto por el Artículo 94 inciso 2º, diferencia que, según veremos, no es anecdótica.

Lo expuesto, que podría aparentar una contradicción, no lo es, sino que evidencia que estos términos o expresiones adquieren uno u otro significado según el contexto normativo en el que se inserta y eso es válido en la ciencia jurídica, en el marco del método de interpretación sistemática de las normas.

En este sentido, Guastini (2010, p. 72) explica que se hace interpretación sistemática no solo cuando se supone que un término se utiliza siempre con el mismo significado, sino también, cuando se supone que cada término adquiere un significado diferente en función del contexto en el cual se inserta. Cuando una norma constitucional admite dos interpretaciones y una de esas interpretaciones contradice otra disposición constitucional previamente interpretada, en tanto no se produzca una antinomia, se puede hacer interpretación sistemática y escoger la segunda interpretación, descartando la primera.

Siguiendo a Jiménez de Aréchaga (2001a, pp. 136-140) y Cassinelli (2010 pp. 285-286), la Constitución de la República admite como métodos de interpretación el textual, el lógico sistemático contextual y el teleológico, sin perjuicio de las sub-perspectivas que a su vez admiten cada uno de estos métodos.

Es entonces dogmática y normativamente admisible que en nuestra Constitución pueden coexistir dos significados de la noción de legislador, con un sentido específico según el contexto normativo en el que se insertan.

Un primer significado refiere al sentido completo o perfecto de legislador, en tanto refiere a la posición jurídica de los titulares de los cargos de Senadores y Representantes, identificados por el mismo régimen en cuanto a su sistema de elección, asunción y cese, su ubicación en el Estado, las atribuciones y su estatuto. Los Senadores y Representantes son legisladores en sentido completo y perfecto, en su dimensión formal, orgánica y funcional.

Por otro lado, la noción de legislador admite un significado en sentido imperfecto o incompleto, referido a quienes constitucionalmente no tienen la misma posición y régimen jurídico que los Senadores y Representantes en los aspectos indicados, sin perjuicio de algunas coincidencias, pero a los cuales la Constitución expresamente les atribuye la potestad de realizar actos propios de la función legislativa.

Ese segundo significado implica que el legislador en sentido imperfecto o incompleto ejerce también función legislativa, entendida ésta, de acuerdo a Aguirre (1997), como el conjunto de actos “*que se ejerce por los órganos competentes para formular y aprobar las leyes, de acuerdo con la Constitución y por los procedimientos que ésta establece*” (pp. 25, 28).

Entonces, en el ejercicio de la función legislativa no intervienen solo los Senadores y Representantes, legisladores en sentido perfecto, sino que también lo hace el titular del cargo de Vicepresidente de la República como veremos en el Capítulo III, e incluso el Poder Ejecutivo como surge de los Artículos 85 numeral 6, 86, 133, 168 numerales 7 y 19 de la Constitución, en los que se establece la iniciativa legislativa del Ejecutivo, de los Artículos 134 a 145 y 168 numeral 6, en materia de oposición a la promulgación de las Leyes sancionadas, acto exclusivo del Ejecutivo, del Artículo 168 numerales 4º, respecto de la publicación y circulación de las Leyes y 8º, con la convocatoria a la Asamblea General.

Ahora, esto no transforma en legislador en sentido completo o perfecto, asimilable a Senadores y Representantes, al Vicepresidente de la República, así como tampoco a los titulares de los cargos que soportan al Poder Ejecutivo, sin perjuicio que el caso del Vicepresidente es más complejo para el análisis. Puede considerarse que estamos ante legisladores en sentido funcional, incompleto o imperfecto, pero sin equipararlos a los Senadores y Representantes.

En definitiva, cuando nos referimos al titular de un cargo de legislador, sea de Senador o Representante, aludimos al sentido perfecto o completo de la noción. Cuando nos referimos a quién sin calificar en la posición jurídica de Senador o Representante, con todo lo que ello implica, cumple algún acto de la función legislativa, aludimos al legislador en sentido funcional, imperfecto o incompleto, pero no estamos ante el titular de un cargo de legislador.

III. EL VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA ELECTO NO ES TITULAR DE UN CARGO DE LEGISLADOR - SENADOR.

En nuestra Constitución, son titulares de cargos de legislador los Senadores y los Representantes de acuerdo a lo señalado precedentemente. También, de acuerdo a nuestra Constitución, el cargo de Vicepresidente de la República presenta notorias diferencias jurídicas y políticas con el de Senador, que es con el que se lo tiende a identificar para calificarlo erróneamente como un cargo de legislador. Transitemos por esas diferencias.

(1) Creación, denominación, ubicación del cargo Vicepresidente de la República: el lenguaje constitucional. La Constitución de 1934 creó, por primera vez, un cargo de Vicepresidente de la República, lo cual fue reiterado en la reforma constitucional de 1938, en la Constitución de 1942 y en la vigente Constitución de 1967, en su Artículo 150: “*Habrá un Vicepresidente*”.

Ello, a diferencia de las Constituciones de 1830 y 1918, en las que si bien existía un Presidente de la República, no existía un cargo de Vicepresidente.

En la Constitución de 1830, era el Presidente del Senado quien cumplía, además de la función de presidir la Cámara, la de suplir al Presidente.

En la Constitución de 1918, en caso de ausencia o enfermedad, el Presidente de la República era suplido por un miembro del Consejo Nacional de Administración, órgano que integraba el Poder Ejecutivo de la época y, en caso de vacancia definitiva, la Asamblea General era convocada para elegir la persona que debía sustituirlo hasta el 1º de marzo siguiente a las próximas elecciones del Consejo, en cuyo acto debía elegirse el nuevo Presidente.

Adicionalmente, si bien en el caso de las Constituciones de 1934 y 1942, al igual que en la actual de 1967, el Vicepresidente de la República preside además la Cámara de Senadores y la Asamblea General, en la reforma constitucional de 1938 el Vicepresidente no integraba ni presidía ninguno de dichos órganos legislativos e incluso, el ejercicio de su cargo era compatible con el desempeño de otra función pública.

Esto arroja dos datos a considerar:

Primero, que en la Constituciones en las que existió el cargo de Vicepresidente no siempre integró ni se le asignó la Presidencia de la Cámara de Senadores y de la Asamblea General, ni la facultad de voto. A su vez, en las Constituciones en las que no fue previsto el Vicepresidente, la función de suplir al Presidente no siempre fue ejercida por un Senador. Por lo cual, históricamente, no existe una identificación natural y pacífica entre Vicepresidente y Senador.

Segundo, que si el constituyente de 1966 hubiese querido que fuera un Senador el suplente inmediato del Presidente de la República y quien presidiera a su vez la Cámara respectiva y la Asamblea General, así lo hubiese dispuesto, como hizo el constituyente de

1830. Sin embargo, creó un cargo distinto y específico para ello, que es el de Vicepresidente de la República, opción que no fue ni es inocua.

En todas las Constituciones en que existió un Vicepresidente de la República, el Artículo que creó el cargo estuvo ubicado en la Sección “*Del Poder Ejecutivo*”, que en la Constitución vigente de 1967 es la IX.

Ello no significa que el Vicepresidente de la República integre el Poder Ejecutivo, pues el diseño que la Constitución diagrama respecto de este sistema orgánico, en los Artículos 149 y siguientes, así lo descarta. Ahora bien, esta ubicación en la Sección que la Constitución reserva para el Poder Ejecutivo, ligada a la propia denominación del cargo Vicepresidente, tiene relevancia semántica.

El prefijo Vice es un elemento compositivo que significa “*en vez de*” o “*que hace las veces de*”. Por lo que se trata de un prefijo que significa que el nombre completo al que afecta designa a una persona que tiene la autoridad de la designada por la segunda parte del compuesto. El ejemplo clásico de su uso es el de Vicepresidente.

Por lo cual, Vicepresidente es aquel que hace las veces del Presidente cuando éste no está, lo que, sin negar sus otras funciones, pone énfasis en una de las funciones que el Artículo 150 de la Constitución le asigna, con una innegable sensación de preponderancia: la de desempeñar, con las mismas facultades y atribuciones, la Presidencia de la República, ante la vacancia temporal o definitiva del Presidente.

El vínculo entre lenguaje y ser, o con lo que algo *es*, no es un dato desdeñable. El lenguaje es la primera orientación para vislumbrar lo que algo *es*. Ya Aristóteles (2017) se planteaba que el lenguaje *es*, en tanto lenguaje de las cosas y el examen de los modos de decir debe relacionarse lo más directamente posible con los modos de ser. La racionalidad del lenguaje está en expresar lo que las cosas *son*, en tanto presentan la característica de ser *decibles*.

Con la denominación del cargo Vicepresidente, el lenguaje aporta un primer acercamiento a su realidad y nos orienta a identificar a aquel que suple al Presidente de la República, que hace sus veces cuando no está. No identifica a un legislador.

(2) Elección y sucesión: el quiebre de la regla de la representación proporcional. Existen sustanciales diferencias en el sistema de elección, y en el régimen de suplencias

y de sustitución, de los Senadores y del Vicepresidente de la República, con innegable trascendencia jurídica y política en el sistema.

El Vicepresidente de la República es una cuña en la representación proporcional de los partidos políticos en la Cámara de Senadores, y por lo tanto en la Asamblea General, orientada a favorecer en el Parlamento las posiciones del Gobierno encabezado por el Presidente. Veamos la razón.

La Constitución, en sus Artículos 77 numeral 9°, 79, 88, 94 inciso 1°, 95 y 96, es precisa al establecer que Senadores y Representantes son electos por el Cuerpo Electoral necesaria y exclusivamente en la elección nacional que se celebra en el último Domingo de octubre, cada cinco años.

El sistema para su elección es el de representación proporcional, con matices entre ambos, y ello tiene una trascendencia jurídica y política relevante.

La representación proporcional es un sistema que, desde Thomas Hare y John Stuart Mill, procura la trasferencia o la transformación de los votos de los electores en escaños parlamentarios con algún grado de proporción. La representación proporcional implica, como señala Sartori (1994, pp. 16, 20), un resultado proporcional, la conformación de un órgano representativo que, de alguna manera, más o menos perfecta, refleja la proporción en que se distribuyeron los votos entre los partidos políticos participantes de la elección.

La representación proporcional permite que el Parlamento esté integrado, además de por legisladores del partido del Presidente que resultare electo, por legisladores de los partidos minoritarios, pues es un sistema que no premia a quien obtuvo la mayoría, sino que busca la representación proporcional de todos los partidos, de acuerdo a la cantidad de votos obtenidos.

El sentido político de la representación proporcional es permitir que el Poder Legislativo pueda constituirse en un freno frente a posibles abusos del Poder Ejecutivo, puesto que es este el modo de evitar que el Parlamento sea un mero reflejo de la tendencia política del Poder Ejecutivo, característico en los sistemas electorales mayoritarios (Cassinelli, 2009, pp. 215 - 216).

Por lo que, en principio, podría decirse que la Cámara de Senadores se compone de Senadores que representan proporcionalmente la cantidad de votos obtenidos por cada

partido político en la referidas elecciones, con el fin de constituirse en un freno al Poder Ejecutivo entendido como Gobierno.

En cambio, por disposición del Artículo 151 de la Constitución, el Vicepresidente de la República resulta electo de un modo radicalmente diferente.

Los candidatos a Presidente y Vicepresidente conforman las fórmulas únicas que presenta cada partido político para competir en las elecciones nacionales que se celebran el último Domingo de octubre, cada cinco años, concomitantemente con las legislativas, resultando electa la fórmula que alcance la mayoría absoluta de los votos. Si ninguna alcanza dicha mayoría, el último Domingo de noviembre siguiente se celebra una segunda elección, en la cual competirán las dos fórmulas más votadas en la primera, resultando electa la que obtenga más votos.

Lo trascendente es que, a diferencia de los Senadores, el sistema de elección del Presidente y Vicepresidente es por mayorías. El sistema mayoritario no procura reflejar la distribución de las votaciones, como sí ocurre en el sistema de representación proporcional, sino que busca un vencedor indiscutible. Su propósito es elegir un Gobierno y, justamente, el premio a la mayoría es crear o reforzar una mayoría que estará a cargo del Gobierno (Sartori, 1994, pp. 17 - 20).

Así entonces, señala Pérez Pérez (1970, pp. 65, 66), en nuestro país se verifica simultáneamente la aplicación de los dos sistemas, porque conviven dos elecciones nacionales. Por un lado, la del Presidente y Vice y, por el otro, la de los legisladores, con sistemas electorales distintos. En la elección parlamentaria se aplica el sistema de representación proporcional. Contemporáneamente, en la elección del Presidente y Vicepresidente, rige el sistema mayoritario.

Esto no es inocuo, jurídica ni políticamente, pues tiene por consecuencia otorgar una ventaja de uno sobre treinta y uno (1/31) en la Cámara de Senadores y de uno en ciento treinta (1/130) en la Asamblea General, para el partido político del Presidente de la República y del Vicepresidente, lo que, por mínimo que sea, genera un desbalance en la representación proporcional de la Cámara de Senadores y la Asamblea General a favor de las posiciones del Gobierno en el Parlamento.

Cassinelli (2009, p. 224) intenta atenuar este aspecto al señalar que dicha ventaja no guarda racionalidad respecto del sistema de representación proporcional que impera en la Cámara y no logra constituirse en una traición a la regla.

Ahora bien, si bien es real que no se llega a subvertir la regla de la representación proporcional, no puede negarse que el quiebre sí existe, puesto que la intención del constituyente fue desbalancear la representación proporcional parlamentaria a favor del Gobierno.

Ello guarda una relación de racionalidad con el sentido político del sistema de gobierno diseñado por nuestra Constitución -que es un presidencialismo atenuado con elementos parlamentaristas o semipresidencialismo- cuyo propósito es un *Gobierno que gobierne*, como reconoce el propio Cassinelli (2010, pp. 238, 239), pues a partir de su sistema electoral busca conformar una mayoría legislativa afín al Gobierno, que será: o propia del partido político del Presidente y su Vice, si ganan las elecciones en primera vuelta por mayoría absoluta; o coaligada con otros partidos, si ganan en segunda vuelta. Claramente la ratio constitucional, es lograr Gobiernos que puedan ejercer la dirección política del Estado.

Esta característica es incluso compartida por el parlamentarismo racionalizado, al que algunos autores patrios intentan acercar nuestro sistema, tal como alertan Hauriou (1980, p. 608, 609) respecto del sistema de gobierno de la Constitución Francesa de 1958 y Requejo (2004) respecto del previsto por la Constitución Española de 1978. La representación proporcional pura en los órganos legislativos es un desiderátum para su rol de contrapeso al Ejecutivo. Sin embargo, eso no significa que la incrustación del Vicepresidente de la República en la Cámara de Senadores con el sentido político indicado, no guarde racionalidad con el diseño del sistema de gobierno que prevé nuestra Constitución. Por el contrario, guste o no, se alinea con el sentido político del sistema de gobierno.

Al hilo de lo anterior, Vicepresidente y Senadores también difieren en sus regímenes de suplencia y sustitución, pues al igual que sus sistemas de elección, responden a fines diferentes. En el caso de los Senadores, cada partido político, a través de sus sublemas, presenta al elector una lista u hoja de votación que establece sus candidatos titulares y suplentes respectivos a la Cámara, de acuerdo al numeral 9º del Artículo 77 inciso 2º de la Constitución. Es un sistema por el que cada Senador es sustituido por un suplente respectivo que mantiene la representación proporcional, para lo cual la legislación

electoral admite varios sistemas entre los que el lema o el sublema debe optar², siempre en un régimen de listas cerradas (Sartori, 1994, pp. 22, 23).

En cambio, el régimen de sustitución del Vicepresidente es preestablecido por la Constitución, surge de la aplicación sistematizada de los Artículos 94 inciso 3, 153 y 155, y sigue la lógica del sistema mayoritario por el que es electo. El Artículo 94 inciso 3° dispone que en los casos en los que el Vicepresidente pase a desempeñar definitiva o temporalmente la Presidencia de la República, o de ocurrir una vacancia en su cargo, desempeñará ambas Presidencias, la de la Cámara de Senadores y la de la Asamblea General, “*el primer titular de la lista más votada del lema más votado*”. Considerado aisladamente ese Artículo, esta calidad podría recaer en un Senador de un lema partidario que no fuese el de la fórmula presidencial, si dicha fórmula resultara electa en la segunda elección nacional, siempre que en la primera elección resultare con más votos un lema diferente al de esa fórmula.

Para corregir esta posibilidad y mantener la coherencia política buscada por el constituyente entre Presidente, Vicepresidente de la República, Presidente de la Cámara de Senadores y la Asamblea General, en la reforma constitucional de 1997 se estableció, en el Artículo 153, que ante la vacancia temporal o definitiva del Presidente o Vicepresidente “*deberá desempeñarla el Senador primer titular de la lista más votada del partido político por el cual fueron electos aquéllos*”. Idéntica solución se estableció en el Artículo 155 para cuando las causales de vacancia ocurran antes de la toma de posesión de los cargos.

En definitiva entonces, quien sustituye al Vicepresidente de la República, en caso de vacancia en su cargo, es el Senador titular más votado de la lista más votada del partido político por el cual fueron electos Presidente y Vicepresidente, manteniéndose así el quiebre de la representación proporcional, en favor las posiciones del Gobierno en el Parlamento.

(3) Posición jurídica en el Estado: disociación de los cargos. Los atributos dados al Vicepresidente de la República, que implican el ejercicio de funciones de diversa naturaleza, y la función legislativa que ejercen primordialmente los Senadores, coinciden en el acto del voto con voz en la Cámara y la Asamblea General, que es relevante, pero que es solo uno de los varios que comprende el ejercicio de la función legislativa.

² Artículos 12 de la Ley 7.812 y 6 de la Ley 17.113: preferencial, ordinal, respectivo, combinado.

El contraste de atribuciones y funciones, entre el Vicepresidente y los Senadores, estriba en los aspectos analizados previamente y en la posición jurídica de estos cargos en la estructura jurídica del Estado, lo que nos enfrenta a una dificultad conceptual previa a dilucidar: la relación entre órganos y cargos.

El Estado, como persona jurídica que es, expresa su voluntad a través de las personas físicas. El modo en el cual las personas físicas pueden expresar la voluntad jurídica del Estado, es ocupando los cargos creados por normas jurídicas. Por cargo debe entenderse, siguiendo a Cajarville (2008a, pp. 496, 497), la delimitación jurídica del lugar, la ubicación, el sitio o la posición en la que, luego de ocupar el mismo, una persona física se integrará en la estructura del Estado y podrá expresar su voluntad. Esa delimitación es realizada por la norma jurídica, para atribuir al cargo un conjunto de potestades, deberes y sujeciones, que deberá cumplir y ejercer la persona que lo ocupe como su titular.

Pero la cuestión es más compleja. Las personas jurídicas, y el Estado en particular, actúan a través de los sistemas orgánicos y los órganos que los componen. Los órganos actúan en un determinado ámbito de competencia, que contiene las atribuciones y los poderes para llevar a cabo tales atribuciones y en un determinado ámbito espacial.

La intersección entre cargo y órgano plantea la interrogante de si el cargo que ocupa la persona física para expresar la voluntad del Estado integra o no el órgano, que es el modo en cual el Estado parcela su actuación en determinados ámbitos de competencia. La cuestión está en distinguir entre la composición del órgano y la conformación de la voluntad del órgano.

Los cargos integran naturalmente el Estado, siempre y en todo caso, pero el cargo no es un elemento del órgano, sino que un cargo puede corresponder o no a un órgano, según el diseño que se establezca en las normas que asignan las atribuciones al cargo.

Puede ocurrir que exista un cargo que no componga *a priori* un órgano, pero que conforme o coopere en conformar la voluntad de dicho órgano, en tanto las normas atributivas dispongan que la expresión de la voluntad del titular de un cargo se imputa jurídicamente, a través de dicho órgano, al Estado. En tal caso, siguiendo la línea de Sayagués Laso (2002, pp. 184 - 202), Cajarville (2008a, pp. 498, 499) y Rotondo (2017, p. 96) se considerará que el cargo integra, en el sentido de que conforma su voluntad, más no compone, un órgano de la persona jurídica que es el Estado.

Justamente, un caso que explica esta dicotomía entre componer y conformar la voluntad del órgano, es la posición jurídica que ocupan en el Estado los cargos de Vicepresidente de la República y de Senador.

El Artículo 94 de la Constitución dispone, en su inciso 1º, que *“la Cámara de Senadores se compondrá de treinta miembros, elegidos directamente (...)”*.

Significa que el órgano Cámara de Senadores, que es parte del sistema orgánico Poder Legislativo, que forma parte del Estado, Persona jurídica pública mayor, se compone -éste es el término que usa la norma- de treinta cargos de Senadores que son ocupados por las personas físicas electas como tales por el cuerpo electoral. El término *“componer”* viene del latín *componēre* y refiere a las partes que forman o constituyen un todo. Así, la disposición constitucional crea los cargos de Senadores como formando parte o constituyendo el órgano Cámara de Senadores, siendo una consecuencia natural que la voluntad de los Senadores se impute jurídicamente al Estado, a través del órgano referido. Esto explica que la Constitución no asigne expresamente a los Senadores la atribución de votar, sino que ello es una consecuencia jurídica natural de su posición en la estructura del Estado, de su carácter de legisladores en sentido perfecto o completo. El inciso 2º del Artículo 94 usa una fórmula distinta respecto del Vicepresidente, al agregar que la Cámara de Senadores *“será integrada, además, con el Vicepresidente de la República, que tendrá voz y voto y ejercerá su Presidencia, y la de la Asamblea General.”* El uso de los términos *“integrada”* y *“además”*, y la sistematización de este inciso 2º con el Artículo 150 de la Constitución, conduce a concluir que si bien el Vicepresidente coopera en la formación de la voluntad de los órganos Cámara de Senadores y Asamblea General, junto a los Senadores, no lo hace como una parte constitutiva o compositiva dichos órganos.

Primero, luego de indicar en el inciso 1º que la Cámara se *“compondrá de treinta miembros”*, que son los Senadores, el inciso 2º del Artículo 94 dice que la Cámara *“será integrada”* por el Vicepresidente de la República. Integrar deriva del latín *integrāre*, y significa completar un todo con las partes que faltaban. Por lo que quien integra -en el caso el Vicepresidente- no compone una parte -como sí los Senadores- del todo -el órgano Cámara de Senadores-, sino que coopera en la conformación de la voluntad del todo -la Cámara-. Es ésa la sutil y relevante diferencia entre el término *“componer”*, usado por la norma respecto de los Senadores y el término *“integrar”*, usado respecto del Vicepresidente de la República.

Segundo, reforzando la idea de que el Vicepresidente de la República no compone el órgano, sino que es un cargo exógeno que ayuda a conformar su voluntad, la Constitución de 1942 adicionó al “integrará” en el actual inciso 2º del Artículo 94, un “además”. ¿Además de quiénes? De los miembros, de los propios componentes, que son los Senadores. No hay inocuidad alguna en la expresión: la Cámara “será integrada” -en vez de estará compuesta- por el Vicepresidente y menos inocuidad hay en la adición posterior del “además”. Es imposible ocultar la distinción que el constituyente planteó respecto de los Senadores y el Vicepresidente, por más que conformen funcionalmente, de forma conjunta, la voluntad de la Cámara de Senadores y la Asamblea General.

Tercero, el cargo de Vicepresidente se crea por una norma distinta al Artículo 94, que es el Artículo 150 de la Constitución, al disponer “Habrá un Vicepresidente”. Si bien la norma está ubicada en la Sección IX “Del Poder Ejecutivo”, el cargo de Vicepresidente no compone el Poder Ejecutivo como señalamos. Luego de establecer, en el inciso 1º, que la función primera del Vicepresidente es sustituir al Presidente de la República ante su vacancia, el inciso 2º del Artículo 150 dice: “desempeñará la Presidencia de la Asamblea General y de la Cámara de Senadores”. Esto es reiterado en los mismos términos por el Artículo 94 inciso 2º, al decir que “ejercerá su Presidencia -de la Cámara de Senadores-, y la de la Asamblea General”. Ello se sistematiza perfectamente con lo dicho anteriormente, pues ninguna de las dos normas expresa que el Vicepresidente será el Presidente de la Cámara y la Asamblea, o que ocupará el cargo de Presidente o que ocupará la Presidencia, sino que disponen que desempeñará las funciones de los órganos de las Presidencias de la Cámara y de la Asamblea. El Vicepresidente no es titular de los cargos de Presidente de estos órganos, sino que ejerce o desempeña las atribuciones asignadas a ambos cargos por las normas, por lo que, nuevamente decimos, no compone, no es parte constitutiva de ambos órganos, sino que conforma o coopera en la conformación de sus voluntades. Por esta razón, siguiendo a Cagnoni (2006, p. 281) y Rotondo (2017, pp. 96, 125), puede racionalmente sostenerse que el Vicepresidente es un cargo sin órgano, que ejerce las atribuciones que se asignan a las Presidencias de la Cámara y de la Asamblea y su vocación es de expectativa respecto de las atribuciones del cargo de Presidente de la República. Tampoco existe el órgano Vicepresidencia de la República.

Eso explica porqué, a diferencia de los Senadores, la Constitución, en el Artículo 94 inciso 2º, le asigna expresamente al Vicepresidente de la República la atribución del voto en la Cámara y la Asamblea. Al no ser parte natural de los órganos, sino que coopera en la conformación de sus voluntades, no es un legislador natural, perfecto o completo, sino que cumple con un acto específico de la función legislativa asignado expresamente por la Constitución, que de otro modo no podría ejercer. A diferencia de lo que ocurre con los

Senadores, para quienes dicha atribución no emana de una asignación normativa expresa, sino que es inherente a su cargo.

El de Vicepresidente de la República y los de Senadores, son indudablemente cargos creados por normas diferentes, con posiciones jurídicas distintas en el Estado.

(4) Atribuciones y funciones. Senadores y Representantes ejercen, eminentemente, la función legislativa, mientras que el Vicepresidente de la República ejerce funciones de naturaleza diversa y si bien tiene la atribución del voto, propia de la función legislativa, por asignación expresa, tiene inhibida la realización de otros varios actos de dicha función que sí realizan los Senadores y Representantes.

Como se indicó en el punto previo, los Senadores y Representantes ocupan cargos que componen, forman parte, de las Cámaras respectivas, razón por la cual su atribución principal y casi exclusiva³ es el ejercicio de casi la totalidad de los actos comprendidos dentro de la función legislativa por definición constitucional, desde la iniciativa, la elaboración y discusión, la sanción e incluso en la promulgación, con el levantamiento de una eventual oposición del Poder Ejecutivo; con las excepciones que la Constitución reserva al Poder Ejecutivo, como la iniciativa privativa de algunos proyectos de Ley, la oposición y la suspensión de la promulgación de una Ley sancionada y la publicación y circulación de las Leyes⁴.

En cambio, el Vicepresidente es un cargo sin órgano, que no forma parte del Poder Legislativo ni del Poder Ejecutivo, pero que por asignación expresa de la Constitución tiene varias atribuciones, que implican el desarrollo de funciones de naturaleza diversa en ambos sistemas orgánicos.

La primera atribución que la Constitución asigna al Vicepresidente, luego de crear su cargo en el Artículo 150, es la natural a su denominación: suplantar o sustituir, temporal o definitivamente, al Presidente de la República⁵. Ello implica el ejercicio de todos los atributos del Presidente de la República, sea actuando en Consejo de Ministros o acuerdo con los Ministros respectivos, conformando la voluntad del órgano jerarca Poder Ejecutivo⁶ o ejerciendo los poderes que la Carta le asigna al Presidente en su calidad de Jefe de Estado⁷.

³ Pueden realizar accesoriamente algún acto de la función administrativa, aquellos que integren la Comisión Administrativa (Ley 16.821).

⁴ Artículos 85 numeral 6, 86, 133, 135 a 145, 168 numerales 4, 6, 7 y 19.

⁵ Artículos 150, 153, 155 y 157.

⁶ Artículo 149.

⁷ Artículos 148, 159, 161, 168 numeral 26, 174 incisos 3 y 4 junto al 184, 175 incisos 1 y 2 y 230.

En esta calidad, únicamente ejercerá función legislativa en los casos puntuales en los cuales lo hace el Poder Ejecutivo como tal, a los que ya referimos.

Hacer las veces del Presidente de la República es la razón principal de la creación del cargo de Vicepresidente, por lo explicado previamente. Si bien tiene una vocación que es de expectativa, o en potencia, respecto del cargo de Presidente de la República, esa vocación es la esencia del Vicepresidente, razón por la cual como dice Cagnoni (1995, p. 18) debe existir una comunicación constante y fluida entre Presidente y Vicepresidente y es tan relevante la señalada sincronía política entre ambos.

La segunda atribución del Vicepresidente de la República, según los incisos 2º de los Artículos 94 y 150, es ejercer las atribuciones de la Presidencia de la Asamblea General y de la Cámara de Senadores, lo que implica la dirección jerárquica de ambos órganos, junto con los Secretarios respectivos⁸. Ésta, nada tiene de función legislativa, sino que es pleno ejercicio de función administrativa.

Según los Reglamentos de la Asamblea General⁹ y de la Cámara de Senadores¹⁰, dictados al amparo del Artículo 105 de la Constitución, el ejercicio de las Presidencias consiste en dirigir administrativamente las sesiones de la Cámara y la Asamblea, presentar los proyectos de presupuesto de la Cámara que se aprueban por Resolución administrativa¹¹, pasando por la desingación, destitución y sanción de los funcionarios de la Cámara, entre otras cuestiones.

También en el ejercicio de esa atribución debe resolver la adjudicación de licitaciones como ordenador de gastos primario de la Cámara y la Asamblea General, atento al Artículo 27 literal c) del TOCAF, así como resolver recursos administrativos contra actos de la Cámara o de la Asamblea o la Comisión Administrativa, atento a los Artículos 317 de la Constitución y 7º de la Ley 16.821.

Dichas actividades no integran el grupo de actos que conforman el procedimiento establecido en la Constitución para la sanción y la promulgación de las Leyes que define a la función legislativa, sino que como señala Delpiazzo (2006, p. 67), se trata de un conjunto de actos jurídicos y materiales que se realizan en apoyo de la función legislativa, pero que no son tal, sino que implican el ejercicio de función administrativa. Esto pues si bien manifiestan la voluntad de dos órganos legislativos, no pueden definirse como

⁸ Artículos 105 y 107 de la Constitución.

⁹ Artículo 93.

¹⁰ Artículo 122.

¹¹ Artículo 108 de la Constitución.

función legislativa, ni jurisdiccional ni constituyente, en tanto no integran el tracto procedimental requerido para el dictado de los actos propios de esas funciones, que son las leyes (Cajarville, 2008a, pp. 135-142).

Además de la diferencia obvia, en cuanto a que el Vicepresidente ejerce función administrativa, y no los Senadores, ello marca otra más sutil en cuanto al Principio que nutre sus actuaciones en los órganos legislativos. Mientras que los Senadores siempre, al ejercer su función, actúan con una natural y esperada parcialidad política; el Vicepresidente, al ejercer la Presidencia de la Cámara y la Asamblea, dirigir las sesiones y demás, debe actuar bajo influjo del Principio de imparcialidad inherente a la función administrativa (Cajarville, 2008b, pp. 152,153), el que solo quiebra puntualmente al emitir voz y voto en las sesiones cuando pasa a actuar con parcialidad política.

La tercer atribución constitucional del Vicepresidente de la República es ejercer voz y voto tanto en la Cámara de Senadores como en la Asamblea General, por asignación expresa del Artículo 94 inciso 2. Es el único acto de la función legislativa que ejerce el Vicepresidente con el que quiebra su imparcialidad.

Igualmente, hay dos diferencias sustanciales con los Senadores.

En primer lugar, como se explicó, la Constitución asigna expresamente al Vicepresidente la atribución del voto en la Cámara y la Asamblea. Al no ser parte de dichos órganos, ni un legislador en sentido perfecto o completo, el Vicepresidente ejerce un acto de la función legislativa sólo porque la Constitución se lo asignó expresamente, pues de otro modo no podría hacerlo, en tanto no es un acto inherente a su cargo, a diferencia de lo que ocurre con los Senadores.

En segundo lugar, si bien el Vicepresidente tiene voz y voto en la Cámara y la Asamblea, no ejerce la función legislativa completa, como sí los Senadores. La función legislativa implica además de la voz y la emisión del voto en el Cuerpo respectivo por parte del legislador, una tarea casi tan fundamental como ésta que es la de elaborar -o en su caso perfeccionar la elaboración- los proyectos de Ley que se someterán luego a la voluntad del Cuerpo. Es donde se despliega con mayor plenitud la deliberación parlamentaria. Esta tarea se desarrolla en las Comisiones parlamentarias, cuya previsión surge de los Reglamentos de las Cámaras¹² y de la Ley 16.698 y se integran con Senadores o Representantes según la Cámara.

¹² Artículo 105 de la Constitución.

Ahora bien, por disposición expresa del Artículo 125 del Reglamento de la Cámara de Senadores, el Presidente, es decir, el Vicepresidente de la República, “*no podrá integrar ninguna Comisión de la Cámara*”, pudiendo tan solo “*asistir a todas con voz, pero sin voto*”, cosa que de hecho tampoco hace. Es más, el Vicepresidente de la República, al ejercer las Presidencias de la Cámara de Senadores y la Asamblea General, tiene prohibido “*discutir ni abrir opinión sobre el asunto en debate mientras esté presidiendo salvo el fundamento del voto*”, según los Artículos 123 del Reglamento de la Cámara y 93 numeral 16 del Reglamento de la Asamblea.

Ambos aspectos, pero principalmente el primero, son un límite al ejercicio de función legislativa en comparación con los titulares de cargos de legisladores, los Senadores y Representantes. La razón de dicha cortapisa radica en una priorización normativa del principio de imparcialidad que inficiona la responsabilidad orgánica del Vicepresidente de la República, al ejercer las atribuciones de las Presidencias de la Cámara y la Asamblea, por sobre su parcialidad política.

(5) Diacronía: asunción y cese. El nuevo Vicepresidente de la República electo y los nuevos Senadores asumen sus cargos en momentos diferentes.

Mientras que los Senadores asumen sus cargos el 15 de febrero del año siguiente al de la elección, que es cuando empieza a sesionar la nueva Asamblea General, el Vicepresidente asume junto con el Presidente de la República el 1º de marzo¹³.

La cuestión más interesante se plantea respecto del cese, en tanto aporta otra razón que abona la tesis de la disociación de ambos cargos. El Artículo 152 de la Constitución dispone que el Presidente y el Vicepresidente “*durarán cinco años en sus funciones*”. Si asumen el 1º de marzo del año siguiente a la elección, serán titulares de sus cargos durante cinco años, es decir, hasta el 1º de marzo del quinto año siguiente a su asunción, que es el posterior a la próxima elección nacional, día en el cual cesan.

Ahora bien, de acuerdo al incisos 1º y 2º del Artículo 104, ocurre que entre el 15 de febrero, fecha en que asumen los nuevos Senadores y el 1º de marzo, fecha de cese del anterior Presidente y Vicepresidente de la República y asumen los nuevos, quien ejerce la Presidencia de la Asamblea General y de la Cámara de Senadores es el Senador más votado de la lista más votada.

¹³ Artículos 104 y 158 de la Constitución.

En consecuencia, entre el 15 de febrero y el 1º de marzo del año siguiente a la elección, el Vicepresidente deja de ejercer las funciones de las Presidencias de la Cámara y la Asamblea e incluso deja de tener voz y voto en ambas, por lo cual ya no ejerce función legislativa. Sin embargo, no cesa en su cargo, continúa con su atribución natural que es su vocación esencial: suplantar y sustituir al Presidente de la República en ese lapso¹⁴, lo cual demuestra, además de la diacronía, la disociación entre los cargos de Vicepresidente y Senador.

Esta disociación también se expresa en el procedimiento de censura parlamentaria de los Ministros, pues la disolución de las Cámaras por el Presidente de la República, que prevé el Artículo 148 de la Constitución, supone el cese de los Senadores y Representantes, más no del Vicepresidente, quien continúa con su atribución natural de sustituto del Presidente.

(6) Primeras conclusiones. Crítica a la posición de Jiménez de Aréchaga. El único autor patrio que se ha pronunciado expresamente al respecto es Justino Jiménez de Aréchaga, identificando al Vicepresidente como un Senador, lo cual nos coloca en posición de debate con el maestro.

En el Tomo II de la Constitución Nacional (2001b), cuando analizaba la posición del Vicepresidente de la República en la Cámara de Senadores, a partir del Artículo 85 de la Constitución de 1942 -hoy Artículo 94-, comentaba de forma crítica que según su parecer “*es una formula inconveniente (...) pudiendo provocar la integración del Senado con el Vicepresidente de la República graves dificultades (...)*” (p. 171).

Agregaba luego:

(...) en 1942 se planteo un problema acerca de la condición jurídica del Vicepresidente de la República. Se preguntaba: ¿es un Senador? ¿Puede ser Ministro? Alguien sostuvo que no era un Senador, porque el artículo 85 dice que el Senado lo componen 30 miembros y que, además, la integrará el Vicepresidente de la República (...) entiendo que el Vicepresidente de la República es un Senador (...) porque es un integrante del Senado con voz y voto (Jiménez de Aréchaga, 2001b, p. 172).

La conclusión de Justino se sostiene en dos premisas erróneas. La primera, que ya fue objeto de análisis en este Capítulo, es la afirmación de que porque se le ha asignado

¹⁴ Artículos 150, 153, 155 y 157.

de forma expresa el derecho a voz y voto entonces al Vicepresidente de la República es un Senador. La asimilación de ambos cargos por la coincidencia en la potestad de votar, implica desconocer sus sustanciales diferencias jurídicas y políticas, que van desde su denominación, pasando por su sistema de elección y sustitución, posición que ocupan en el Estado, atribuciones, momento de asunción y cese de los cargos, hasta sus requisitos, inelegibilidades y su retribución, como veremos en el final. Puede decirse que el Vicepresidente de la República es un legislador en un sentido funcional, pero incompleto o imperfecto, e incluso parcial, pues tiene inhibidos varios actos de la función legislativa. No es entonces titular de un cargo de legislador, puesto que no es asimilable a un Senador en el sentido perfecto o completo del cargo.

En segundo lugar, la conclusión de Jiménez de Aréchaga tiene como presupuesto una hipótesis desiderativa que el autor expresa en el Tomo III de su obra, que carecía de anclaje ya en el texto constitucional de 1942, que tampoco lo tiene en el actualmente vigente y que no puede ser una consecuencia extraíble por interpretación de la Constitución. Previo a criticar la figura del Vicepresidente de la República, por afectar el principio de la representación proporcional integral del Senado, Jiménez de Aréchaga (2001c, p. 57) expresaba:

Pudo haber dicho muy bien: los Senadores serán 31; (...) y uno de ellos que presidirá el Cuerpo (...) y por otra disposición pudo agregarse que, en caso de vacancia, ausencia, etc., del Presidente de la República, éste será sustituido por el Presidente del Senado (p. 56),

Justino parte de lo que la Constitución “*pudo haber dicho*” pero no dijo, en el marco de una crítica a la figura del Vicepresidente. Su tesis tiene un componente desiderativo de que la Constitución fuese diferente a la que era y es.

Si el constituyente hubiese coincidido con Justino, y hubiese querido que fuese un Senador el suplente inmediato del Presidente de la República y quien presidiera a su vez la Cámara y la Asamblea General, así lo hubiese consignado en el texto, como en la Constitución de 1830.

Sin embargo no lo hizo, y deliberadamente creó un cargo específico para ello, cuyo titular es electo por el sistema electoral mayoritario que quiebra, intencionalmente, el principio de la representación proporcional integral de la Cámara de Senadores, como se analizó, para fortalecer así las posiciones del Gobierno en el Parlamento.

La conclusión de Jiménez de Aréchaga respecto de que el Vicepresidente de la República es un Senador no se ajusta textual ni contextualmente a la Constitución, ni tampoco al sentido político del sistema de gobierno que, agrade o no, es el que nos presenta la norma fundamental.

IV. CONCLUSIÓN. LA CUESTION DE SU ESTATUTO.

La conclusión parece obvia. El Vicepresidente de la República es un cargo creado por el Artículo 150 de la Constitución, distinto y dissociable del de Senador, con una posición y régimen jurídico y un sentido político, específicos. Entonces, dado que en la Constitución los cargos de legislador corresponden a Senadores y Representantes, el de Vicepresidente de la República, por sus múltiples diferencias con el de Senador, no puede ser identificado como tal.

Lo anterior no implica negar que el Vicepresidente de la República ejerce, aunque parcialmente, función legislativa, al tener atribuida expresamente la potestad de voz y voto en la Cámara de Senadores y la Asamblea General.

Puede decirse entonces que el Vicepresidente de la República no es titular de un cargo de legislador, más sí es legislador en el sentido funcional, imperfecto o incompleto, conclusión que responde a una interpretación textual y lógico sistemática, que respeta, siguiendo a Konrad Hesse (2012, pp. 68, 69), la unidad funcional y política de la Constitución. La distinción no es baladí, sino que es relevante al momento de interpretar y concretar las normas constitucionales que incluyen términos como “*legislador*”, “*legisladores*”, “*miembros*” o “*componentes*” de la Cámara de Senadores y de la Asamblea General, mencionadas en el Capítulo II, y así determinar si el Vicepresidente está comprendido como sujeto de su regulación.

Si la disposición constitucional utiliza el término o expresión en referencia a la noción de legislador en sentido perfecto o completo, acotada solo a los cargos de legislador, Senadores y Representantes; o si lo hace en sentido funcional, imperfecto e incompleto, incluyendo, además de los Senadores y Representantes, al Vicepresidente de la República.

En cuanto al estatuto del Vicepresidente de la República, la Constitución dispone requisitos positivos y negativos para su elección e inelegibilidades¹⁵, así como un régimen de retribución¹⁶, propios del cargo de Vicepresidente y distintos al cargo de Senador¹⁷. Lo urticante, que merece ser analizado, se plantea respecto de los fueros, incompatibilidades y prohibiciones.

La Constitución de la República prevé en los Artículos 112 a 114 los fueros parlamentarios, que conforman un plexo integrado por la irresponsabilidad por los votos y opiniones, la inmunidad de arresto e inmunidad de procesamiento por cualquier delito. Las tres normas solamente refieren, literalmente, a los Senadores y Representantes. A su vez, los fueros son extendidos al Presidente y a los Ministros, por los Artículos 171 y 178.

El único cargo sin mención textual es el de Vicepresidente de la República, lo que no significa que no quede amparado por los fueros, ni que deba forzarse la inclusión del Vicepresidente en el cargo de Senador para ampararlo.

Primero, cuando el Vicepresidente de la República sustituye al Presidente por vacancia, éstos pasan a serle aplicables por disposición del Artículo 171, que extiende las inmunidades al Presidente. Si bien la norma menciona sólo las inmunidades, se acepta que la misma utiliza el término en sentido amplio, reenviando al plexo de fueros parlamentarios de los Artículos 112 a 114¹⁸.

Segundo, cuando el Vicepresidente actúa en ejercicio de las Presidencias de la Cámara de Senadores y de la Asamblea General, incluida la atribución de voz y voto, la solución emana de una interpretación teleológica y de la aplicación del Artículo 72 de la Constitución.

El origen del sentido contemporáneo de los fueros se ubica en Inglaterra, en la construcción de lo que es hoy el Principio de separación de poderes y en el génesis de la forma republicana de gobierno de la Francia revolucionaria. Su fin no es proteger a título personal a los Senadores y Representantes, sino a la independencia político institucional del Poder Legislativo en sí, como entienden pacíficamente Jiménez de Aréchaga (1983, pp. 58, 59), Cassinelli (2009, p. 232), Korzeniak (2006, p. 516) y Correa Freitas (2009, p. 49).

¹⁵ Artículos 151 inciso final y 152.

¹⁶ Artículos 154.

¹⁷ Artículos 98, 100, 117 inciso 3º.

¹⁸ Solo Cassinelli (2009, p. 241) plantea alguna duda al respecto, aunque parece volcarse por la interpretación amplia referida.

Si la finalidad de los fueros es asegurar que la conformación de la voluntad de los órganos del Poder Legislativo sea independiente y libre de toda presión o injerencia, en especial a través del Poder Judicial, lo ajustado a dicho fin es entender que el Vicepresidente está amparado por los fueros, pues, a pesar de no haber sido mencionado por las normas, su voluntad coopera en la conformación de la voluntad legislativa de la Cámara de Senadores y de la Asamblea General, ambos órganos del Poder Legislativo.

Nuestra Constitución aporta una herramienta para el anclaje normativo de lo señalado. Dado su fin, los fueros son una garantía del Principio de separación de poderes, pilar fundamental de la forma republicana de gobierno que consagra el Artículo 82 y del Estado de Derecho. Como consecuencia, los fueros son una garantía inherente a la forma republicana de gobierno, lo cual remite a la fórmula del Artículo 72: *“la enumeración de los derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros (...) inherentes a la forma republicana de gobierno”*.

La falta de enunciación textual de esta garantía para el Vicepresidente, no es razón eficiente para considerarlo excluido de los fueros, en la medida que se trata de una garantía inherente a la forma republicana de gobierno, que va más allá de la literalidad de los Artículos 112 a 114 y trasciende a Senadores y Representantes, pues protege al Poder Legislativo en sí, y a todos quienes cooperan en la conformación de la voluntad legislativa de sus órganos.

Algo similar sucede con las incompatibilidades y las prohibiciones previstas por los Artículos 122 a 126, pues refieren literalmente a los Senadores y Representantes, salvo el Artículo 123 que refiere a la función legislativa. El Artículo 171 las hace aplicables al Presidente de la República y el Artículo 178 a los Ministros. Por lo cual huelga, únicamente, la mención textual del Vicepresidente.

No caben dudas que cuando el Vicepresidente sustituye al Presidente por vacancia, se le aplican estas inhibiciones por disposición del Artículo 171. El problema surge cuando el Vicepresidente no actúa en su atribución natural, sino conformando la voluntad del Poder Legislativo, pues no hay una norma que en principio ancle textualmente el cargo a tales inhibiciones.

La cuestión presenta un grado mayor de dificultad, pues desde la deontica jurídica se entiende, en términos generales, que las normas que prevén prohibiciones e incompatibilidades son de aplicación e interpretación restringida, puesto que limitan la libertad de las personas.

La primera opción sería considerarlas inaplicables al Vicepresidente salvo cuando sustituye al Presidente, atendiendo a una interpretación restricta y literal. Sin embargo, es posible plantear una segunda opción.

Primero, en este caso sucede un fenómeno de ausencia de una regla justa o correcta, pues las normas prevén incompatibilidades y prohibiciones comunes para los Senadores,

Representantes, Presidente de la República, Ministros, más no para el Vicepresidente, sin que exista una razón para esta falta.

Segundo, estas prohibiciones e incompatibilidades no apuntan a limitar la autonomía de la voluntad de las personas que eventualmente ocupan los cargos en cuestión, sino que, siguiendo el razonamiento de Jiménez de Aréchaga (1983, pp. 51-53), tienen por objeto impedir que quienes expresan la voluntad del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo actúen simultáneamente en o para o en relación con otros Poderes del Estado, evitando influencias, incidencias y trasiegos indebidos de intereses. No estamos en un supuesto en el cual una norma ingresa y limita el ámbito privado de autonomía de la voluntad de las personas, sino que su fin es asegurar la independencia de acción del Poder Legislativo, y también del Poder Ejecutivo, por lo que estas prohibiciones e incompatibilidades son un principio fundamental de organización de los Poderes (Jiménez de Aréchaga, 1983, p. 53).

Tercero, sobre esa base, puede entenderse que estas prohibiciones e incompatibilidades no son más que fórmulas que encierran un cúmulo de deberes de no hacer, para todos quienes tienen la atribución de expresar la voluntad de los Poderes del Estado, incluido el Vicepresidente, que son inherentes a la forma republicana de gobierno pues garantizan el Principio de separación de poderes.

Lo señalado nos devuelve al Artículo 72 de la Constitución, que positiviza todas las garantías y deberes inherentes a la forma republicana de gobierno, aún aquellos que no estén enumerados expresamente en ella. Dada la sistematicidad natural del Artículo 72 con el 332 de la Constitución, los deberes inherentes a la forma republicana de gobierno alcanzan también a las “*autoridades públicas*”. Así, el Vicepresidente de la República debe entenderse alcanzado por los mismos deberes de no hacer, ínsitos en tales incompatibilidades y prohibiciones.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- AGUIRRE, G. (1997). *Derecho Legislativo – Teoría General de la Ley Tomo I*. Montevideo. FCU.
- ARISTÓTELES, GIANNINI, H., FLISFISCH, M. (2017). *Las Categorías. Introducción, traducción, notas e Index Graecus Translations*. Santiago de Chile. Editorial Universitaria.
- CAGNONI, J. (1995). “El Vicepresidente de la República”, *Revista de Derecho Público*, N° 8, p. 9.
- CAGNONI, J. (2006). *El Derecho Constitucional Uruguayo*, Montevideo, FCU.
- CAJARVILLE, J. (2008a). *Sobre Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo. FCU.
- CAJARVILLE, J. (2008b). *Sobre Derecho Administrativo Tomo II*. Montevideo. FCU.
- CASSINELLI, H. (2009). *Derecho Público*. Montevideo. FCU.
- CASSINELLI, H. (2010). *Derecho Constitucional y Administrativo*. La Ley - Uruguay.
- COMMONS, J. (1907). *Proportional Representation*. New York. The MacMillan Company.
- CORREA FREITAS, R. (2009). *Derecho Constitucional Contemporáneo, Tomo II*. Montevideo. FCU.
- DELPIAZZO, C. (2006). *Derecho Administrativo Especial Vol. 1*. Montevideo. Amalio Fernández.
- GAMARRA, D. (2018). *La interpretación de la Constitución y la ley*. La Ley - Uruguay.
- GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones jurídicas. Madrid. Editorial Trotta.
- HAURIOU, A., GIQUEL, J., GÉLARD, P. (1980). *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. Barcelona. Seix Barral.
- HESSE, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid. Centro Estudios Políticos y Constitucionales.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1983). *Teoría de Gobierno Tomo II*. Montevideo. FCU.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (2001a). *La Constitución Nacional Tomo I*. Montevideo. Cámara de Senadores.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (2001b). *La Constitución Nacional Tomo II*. Montevideo. Cámara de Senadores.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (2001c). *La Constitución Nacional Tomo III*. Montevideo. Cámara de Senadores.
- KORZENIAK, J. (2006) *Primer Curso Derecho Público. Derecho Constitucional*. Montevideo. FCU.
- PÉREZ PÉREZ, A. (1970). *La Ley de Lemas*. Montevideo. FCU.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018). *Diccionario de la Lengua Española*.
- REQUEJO, J. (2004). “Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, , N° 70, p. 73 - 89.

ROTONDO, F. (2017). *Manual de Derecho Administrativo*. Montevideo.

SARTORI, G. (1994). *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México. Fondo de Cultura Económica.

SAYAGUÉS LASO, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo. FCU.

Fecha de recepción: 10 diciembre 2020

Fecha de aceptación: 6 de marzo 2021

**LA INCONSTITUCIONALIDAD EN RAZÓN DE FORMA DE LA LEY N° 19.889
APROBADA POR EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA
DE URGENTE CONSIDERACIÓN.**

**THE UNCONSTITUTIONALITY BY REASON OF FORM OF LAW N ° 19,889
APPROVED BY THE URGENT CONSIDERATION DECLARATION PROCEDURE**

**A INCONSTITUCIONALIDADE POR MOTIVO DA FORMA DA LEI N ° 19.889
APROVADA PELO PROCEDIMENTO DE DECLARAÇÃO
DE CONSIDERAÇÃO URGENTE**

*Pablo Rodríguez Almada**

*“Es muy veleidosa la probidad de los hombres,
sólo el freno de la Constitución puede afirmarla”*

José Artigas

*(Discurso inaugural
al Congreso de abril de 1813)*

RESUMEN. El día 23 de abril de 2020, el Poder Ejecutivo envió al Poder Legislativo, un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración que contenía 501 artículos e infinidad de temas. Este proyecto de ley fue sancionado el día 6 de julio de 2020 con 476 artículos, promulgado el día 9 de julio de 2020, publicado en el Diario Oficial el día 14 de julio de 2020 y entró en vigencia el día 24 de julio de 2020 con el N° 19.889. Este artículo tiene la finalidad de investigar respecto de si el Poder Ejecutivo, cuando presentó el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración al Poder Legislativo, con el volumen de artículos y materias que contiene, cometió desviación de poder y atentó contra el principio de separación o división de poderes. Además se analizará, si la interpretación del vocablo “urgencia” y las materias incluidas en el texto de la ley que son inconexas entre sí, produjo una mutación de la Constitución. Por último, se analizará si al activar el mecanismo de elaboración de la ley con el rótulo de urgente consideración, se podría interpretar que los inscriptos habilitados para votar, no tienen la potestad de interponer el recurso de referéndum. En definitiva se concluirá, que al haber entrado en vigencia la ley N° 19.889, con el procedimiento de declaratoria de urgente consideración, con todas las anomalías referidas, es una ley inconstitucional en razón de forma.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay. Docente de “Principios Generales de Derecho” en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica del Uruguay. Editor Científico de la Revista de Derecho (UCUDAL). Correos electrónicos: rodriguezalmadapablo@gmail.com pablo.rodriguez@ucu.edu.uy

PALABRAS CLAVE. Proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración. Desviación de poder. Mutación Constitucional. Principio de Separación de Poderes. Referéndum. Inconstitucionalidad.

ABSTRACT. On April 23, 2020, a bill declared of urgent consideration was sent by the Executive Power to the Parliament which consisted of 501 articles and countless subject matters. This bill was passed on July 6, 2020 with 476 articles; it was enacted on July 9, 2020; published in the Official Gazette on July 14, 2020; entered into force on July 24, 2020, and became Law 19,889. This paper intends to investigate if the Executive Power committed a deviation of power and attempted against the Principle of Separation of Powers upon proposing this bill declared of urgent consideration to the Legislative Power containing such amount of articles and subject matters. In addition, there shall be an analysis on whether the interpretation of the word “urgency” and the subject matters included in the language of the law, which are unconnected to each other, produced a so called unconstitutional mutation. Finally, it shall be analyzed if activating the mechanism of the bill with the “urgent consideration” label, could be interpreted as if registered voters are not entitled to file a referendum. Ultimately, it shall be concluded that Law 19,889, having entered into force through the procedure of the declaration of urgent consideration with all the aforementioned anomalies, is an unconstitutional law in terms of form.

KEY WORDS. Bill declared of urgent consideration; Power deviation; Constitutional mutation; Principle of Separation of Powers; Referendum; Unconstitutionality.

ABSTRACT. Em 23 de abril de 2020, o Poder Executivo encaminhou ao Legislativo um projeto de lei com declaração de urgência que continha 501 artigos e inúmeros temas. Este projeto foi sancionado em 6 de julho de 2020 com 476 artigos, promulgado em 9 de julho de 2020, publicado no Diário Oficial em 14 de julho de 2020 e entrou em vigor em 24 de julho de 2020 com o No. 19.889. Este artigo tem por objetivo investigar se o Poder Executivo, ao apresentar o projeto de lei com declaração de urgência ao Poder Legislativo, com o volume de artigos e matérias que contém, cometeu um desvio de poder e atentou contra o princípio de separação ou divisão de poderes. Além disso, será analisado se a interpretação da palavra “urgência” e as matérias do texto da lei que se desviam entre si, produziram uma mutação constitucional. Por fim, será analisado se ao ativar o mecanismo de redação da lei com a etiqueta de consideração urgente, poderia ser interpretado que as pessoas inscritas habilitadas a votar não têm competência para interpor recurso de referendo. Em última análise, é concluído que, tendo entrado em vigor a Lei nº 19.889, com o procedimento de declaração de urgência, com todas as anomalias referidas, é uma lei inconstitucional em termos de forma.

PALAVRAS CHAVE. Projeto de lei com declaração de consideração urgente. Desvio de poder . Mutação constitucional. Princípio de separação de poderes. Referendo. Inconstitucionalidade.

I. INTRODUCCIÓN

I.1) La Constitución del año 1967 incorporó el instituto de proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración en el artículo 168 numeral 7°, a efectos de reforzar las facultades del Poder Ejecutivo (Korzeniak, 2008), procurando acelerar el proceso de discusión y sanción de la ley (Barbagelata, 1985).

En esta clase de proyecto ley, el Poder Ejecutivo tiene iniciativa privativa, pero para presentar un proyecto de ley con esta característica, tiene que actuar en Consejo de Ministros (artículo 160 de la Constitución), esto significa que se debe presentar con las firmas del presidente de la República conjuntamente con las de la mayoría de los ministros, previa convocatoria a todos (artículos 162 y 168 numeral 25 de la Constitución).

De la Constitución del año 1967, surgía que la presentación de un proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración al Poder Legislativo, provocaba que la discusión en las cámaras se debía realizar en plazos acotados, esto es, 45 días en cada cámara, y si los legisladores no se pronunciaban en dichos plazos quedaba sancionado el proyecto de ley en forma ficta.

Esta tendencia de reforzar al Poder Ejecutivo en detrimento del Poder Legislativo, se acentuó en la reforma constitucional del año 1996, y como uno de los ejemplos de ello es en la aprobación de leyes en forma ficta (Moreira, 1998), porque en el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, el plazo de discusión de la segunda cámara se redujo de 45 días a 30 días, acotando las posibilidades de estudio del proyecto de ley por parte de los legisladores de la segunda cámara.

I.2) Desde que existe este procedimiento para elaborar leyes, se ha utilizado en escasas oportunidades y en la mayoría de las mismas en forma adecuada.

Desde el advenimiento de la democracia, en el año 1985, hasta el año 2019, se había utilizado el mecanismo de urgente consideración, por parte del Poder Ejecutivo, en 13 oportunidades, siendo rechazados 4 proyectos de ley y aprobadas 9 leyes que se tramitaron con este rótulo.

Los proyectos de ley con declaratoria de urgente consideración más extensos que se presentaron en el período de 1985 a 2019 fueron los siguientes: uno del periodo del

gobierno del presidente doctor Luis Alberto Lacalle Herrera (1990-1995), presentado en abril de 1992, que refería a la modificación del régimen de pasividades que contaba con 92 artículos, que no fue aprobado; otro en el gobierno del presidente doctor Jorge Batlle (2000-2005), presentado en abril de 2000, con una extensión de 89 artículos, que fue aprobado (actual ley N° 17.243); y otro también en el gobierno del doctor Jorge Batlle, presentado en noviembre de 2000, con una extensión de 91 artículos, que fue aprobado (actual ley N° 17.292) (Chasquetti, 2020).

Los tres proyectos de ley mencionados, que no alcanzaban los 100 artículos, eran considerados “*leyes ómnibus*” – “*omnibus bills*” – por la cantidad de temas que contenían, y como señala el politólogo Daniel Chasquetti (2020) son piezas legislativas inconvenientes para la democracia, porque impiden un tratamiento parlamentario adecuado.

El profesor José Kozeniak (2020) señala respecto de la “*ley ómnibus*” “*con esta curiosa denominación se conocen en nuestro país leyes que comprenden en su articulado normas que por su contenido deberían encontrarse separadas...*”.

Es por ello que, desde el año 1985 a 2019, el Poder Ejecutivo de los gobiernos del Partido Colorado, el Partido Nacional y el Frente Amplio, utilizaron con cautela este mecanismo y en general con un contenido que permitía a los legisladores su adecuado estudio.

Sin lugar a dudas, el Poder Ejecutivo desde 1985 a 2019, salvo las excepciones referidas a los proyectos enviados en los gobiernos de los Doctores Lacalle Herrera y Batlle ya referidos, concebía la aplicación de este instrumento para momentos de “*urgencia*” objetiva.

1.3) Lo referido marca una diferencia con el proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración presentado al Poder Legislativo el día 23 de abril de 2020, que contenía 501 artículos, que entrara en vigencia con el N° de ley 19.889.

El profesor Korzeniak (2020) señala que este proyecto de ley es una “*ley ómnibus*” por lo referido con antelación.

En el mismo sentido, en el programa “*Desayunos Informales*” de canal TELEDUCE, de fecha 28 de enero de 2020, el politólogo Oscar Bottinelli (2020) señaló respecto del anteproyecto de ley con declaratoria de urgente consideración –anterior al proyecto de ley de urgente consideración enviado al Poder Legislativo el 23 de abril de 2020–, que era de 457 artículos “*yo digo...una ley ómnibus, no, es una “ley ferrocarril”, esta llena de vagones, cada una de las partes de la ley es una enorme ley en sí mismo, de enorme trascendencia*”.

Es por ello que el politólogo Adolfo Garcé (2020) cuando se presentó el proyecto de ley el pasado 23 de abril manifestó “*Como la esperanza es lo último que se pierde, todavía alimento la ilusión de que los legisladores acuerden desglosarla en varios proyectos*”, señalando que eso contribuiría a mejorar la calidad del proceso parlamentario.

Es evidente, que no existe una “*urgencia*” objetiva y además el volumen de artículos y temas que contiene el proyecto de ley, no permitió a los miembros de las cámaras, un estudio profundo de los diversos temas contenidos en el mismo.

I.4) El profesor Juan Pablo Cajarville (2020) señaló, que si entrara en vigencia el proyecto de ley analizado, el Poder Ejecutivo estaría cometiendo desviación de poder, y además atentando contra el principio de separación de poderes.

A esto se debe agregar que se podría interpretar que no esta permitido activar el procedimiento de recurso de referéndum contra la ley aprobada.

Por tanto, con esta ley, el Poder Ejecutivo podría estar eliminando “*de un plumazo*” al Poder Legislativo y al Cuerpo Electoral, que son en definitiva los representantes del pueblo el primero y el soberano el segundo.

Esto es así, porque el proyecto de ley se podría haber sancionado en forma ficta por la imposibilidad de una discusión en profundidad de los diversos temas contenidos en el mismo, por tanto, se podría haber aprobado el proyecto de ley sin pronunciamiento del Poder Legislativo. En definitiva, se sancionó el proyecto de ley en forma expresa dentro de los plazos que establece la Constitución –dentro de 45 días en la primera cámara, 30 días en la segunda cámara y 15 días cuando volvió a la primera cámara con modificaciones de la segunda- sin un estudio profundo y serio de los temas.

Además se le podría impedir al cuerpo electoral la posibilidad de derogar la ley a través del recurso de referéndum, si la Corte Electoral interpretara que al tratarse de un proyecto de ley con iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, no esta habilitada la posibilidad de activar el instituto de gobierno directo.

En definitiva la ley con declaratoria de urgente consideración sancionada por el Parlamento, que entró en vigencia con el N° 19.889, con el volumen de temas y artículos que contiene y sin que exista una “*urgencia*” objetiva, es inconstitucional en razón de forma.

II. DESVIACIÓN DE PODER

II.1) En la sección “*Cartas al Director*” del semanario *Búsqueda*, de fecha 27 de febrero de 2020, el profesor Juan Pablo Cajarville explicó en forma sucinta y clara que si entrara en vigencia el proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración, el Poder Ejecutivo estaría cometiendo desviación de poder.

Corresponde mencionar, que el profesor Cajarville se refería al anterior anteproyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, que contenía alrededor de 460 artículos, no la actual ley que se presentara el 23 de abril de 2020, que contenía 501 artículos, que fuera sancionada el día 6 de julio de 2020 con 476 artículos, promulgada el día 9 de julio de 2020 y publicada el día 14 de julio de 2020.

El diputado del Partido Cabildo Abierto Eduardo Lust, de la coalición de gobierno, en el debate parlamentario de la Cámara de Diputados de fecha 8 de junio de 2020, señaló que no estaba de acuerdo con la posición de Cajarville, y manifestó que la desviación de poder se aplica a los actos administrativos no a las leyes, opinión del legislador que no compartimos.

Señaló Cajarville (2020) que la “*desviación de poder*” “...*se configura siempre que el fin querido por el órgano estatal actuante...*” en este caso el Poder Ejecutivo “... *no coincida con el fin debido para el cual se le confirió el poder que se está ejerciendo*”.

En el mismo sentido, el profesor Carlos Delpiazzi (2011), señala que la “*desviación de poder*” se configura cuando el fin querido por el órgano estatal no coincide con el fin debido impuesto por la regla de derecho, y el profesor Sayagues Laso (1987) agrega que el fin espúreo invalida el acto en forma insanable pero debe aducirlo y probarlo el perjudicado por la desviación alegada, en este caso el que fuera lesionado por la ley en su interés directo, personal y legítimo (artículo 258 inciso 1° de la Constitución).

II.2) El fin querido por el Poder Ejecutivo fue aprobar un conjunto de leyes en un lapso acotado, que de otro modo, corría el riesgo que no se aprobaran si demorara mucho el trámite de su sanción, puesto que la coalición que formó para gobernar, esta integrada por cinco partidos, e históricamente las coaliciones en el Uruguay no se han mantenido todo el periodo de gobierno.

El fin debido impuesto por la norma jurídica para el cual se le confirió la potestad a dicho Poder del Estado –artículo 168 numeral 7° de la Constitución- es aprobar en un plazo acotado una ley que contenga un tema o temas conexos “*urgentes*”.

Además, es por lo menos discutible, que normas de Derecho Penal, en las cuales rige el principio de legalidad, se puedan aprobar a través de un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

En definitiva, por lo manifestado, existe “*desviación de poder*” por parte del Poder Ejecutivo.

III. INTERPRETACIÓN DEL VOCABLO “URGENTE”.

III.1) En el debate parlamentario en la Cámara de Senadores, ocurrido el día 28 de abril de 2020, se suscitó la discusión respecto de que interpretación se le debía conferir al vocablo “*urgencia*”.

El senador del Partido Nacional Jorge Gandini señaló al respecto “*Esta no es una ley de temas urgentes, es una ley de urgente consideración...lo que reglamenta es el tiempo en el que el Parlamento tiene que aprobarla y le dice al Parlamento “si no la aprueba queda aprobada igual”...es de urgente de consideración por razones políticas...*” y más adelante afirmó “*Cambia más de 30 leyes...¿Donde dice que una ley de urgente consideración tiene que tener un tema o dos, o tres o cuatro o cinco? Esta en la voluntad del Poder Ejecutivo de usar esa herramienta...*”, y finaliza diciendo “*... lo que es urgente es subjetivo...la ley no trata de temas urgentes...para nosotros es de urgente consideración el cambio...*”.

El senador del Partido Socialista – Frente Amplio Daniel Olesker -legislador de la oposición-, se preguntó “*el concepto de urgencia...si la urgencia es la urgente consideración o la urgencia de los temas...*” y responde “*la urgencia se encuentra... en la materia sobre la que se legisla, la declaratoria de urgencia no pone una urgencia de manifiesto, no puede declararla, no puede crearla, lo que hace es generar la urgente consideración de un tema que de por sí ya es urgente, la urgencia es un hecho objetivo, objetivable dicen los constitucionalistas. Los temas deben requerir urgencia para ser resueltos y adelante...que ninguno de los puntos planteados en la ley reviste la condición de tratar un tema de urgencia objetivable...*”.

III.2) En el debate parlamentario en la cámara de Representantes, ocurrido el día 8 de junio de 2020, se planteó el mismo debate.

El diputado del Partido Colorado Conrado Rodríguez, perteneciente a la coalición de gobierno se refirió respecto de la urgencia señalando “*...lo que es...de urgente consideración es una calificación que hace el Poder Ejecutivo y que se basa en aspectos formales y no sustanciales...el rótulo de urgente consideración es un poder discrecional*”.

del Poder Ejecutivo. Aquí no hay un estudio sobre la objetividad de lo que es urgente o lo que no es urgente, porque lo que es urgente para el Poder Ejecutivo puede no serlo para el Poder Legislativo... Por lo tanto, es muy claro lo que dice la Constitución, establece que el rótulo es un rótulo formal, y la declaratoria de urgente consideración la da el Poder Ejecutivo...”.

El diputado del Partido Cabildo Abierto doctor Eduardo Lust—único constitucionalista de la coalición de gobierno- sorprendentemente no señaló algo a destacar sobre el tema “urgencia”.

El diputado del Partido Nacional -partido de gobierno- Rodrigo Goñi, señaló sobre la interpretación del vocablo “urgencia” “...es el gobierno, así lo indica nuestra Constitución y así lo indican los sistemas democráticos republicanos de gobierno de todo el mundo...es el gobierno el que debe valorar cuando propone, no solamente un proyecto de urgente consideración sino cualquier proyecto legislativo o cualquier medida...”.

El diputado del Partido Socialista – Frente Amplio Gonzalo Civila -legislador de la oposición- señaló sobre la “urgencia” “me preguntaba si se trata de una urgencia real o de una urgencia formal...” y refiriéndose a los temas del proyecto de ley dice “...no se trata de temas urgentes para la enorme mayoría de la sociedad uruguaya...pero contiene temas urgentes para este gobierno...” y sobre el alcance del término “urgencia” y sobre el procedimiento de urgente consideración dijo que es “un mecanismo que esta previsto para... legislar sobre urgencias realmente existentes...”.

En estas intervenciones, surgen las dos posiciones políticas respecto al concepto de “urgencia” una de la coalición de gobierno y otra de la oposición.

III.3) Ahora vamos a las opiniones autorizadas, la de los profesores de Derecho Público.

El profesor Aníbal Barbagelata (1985) no analiza en profundidad este punto y únicamente señala que la incorporación a la Constitución de este procedimiento de elaboración de las leyes responde al deseo de procurar agilizar el tratamiento de un proyecto de ley cuando el Poder Ejecutivo lo juzgue necesario. No explicita respecto del alcance o interpretación que se le debe dar a los vocablos “urgente” y “urgencia” que lucen en el artículo 168 numeral 7° de la Constitución.

El Doctor Gonzalo Aguirre Ramírez (1985) omite analizar este punto señalando que la incorporación a la Constitución de este procedimiento de elaboración de las leyes es a efectos de superar la lentitud parlamentaria, en los casos que el Poder Ejecutivo “*tenga especial interés*” en que el trámite de la iniciativa sea rápido. Nos preguntamos si el “*especial interés*” al que se refiere Aguirre Ramírez es por la “*urgencia*” de la situación que se quiere regular con el proyecto de ley, o por un simple interés del Poder Ejecutivo que se apruebe una ley en un plazo breve.

El profesor Cassinelli Muñoz (2009), señala que este mecanismo de elaboración de leyes es a los efectos que en plazos más o menos razonables el Poder Legislativo se pronuncie a favor o en contra respecto de una ley que el Poder Ejecutivo considere necesaria para la ejecución de su política.

No tenemos el honor de compartir la posición del maestro Cassinelli Muñoz.

Señala el profesor Cagnoni (2006) “*...la regla de la razonabilidad deberá juzgar sobre la urgencia, concepto jurídico indeterminado, y no potestad discrecional*”.

El profesor José Korzeniak (2020) señaló recientemente sobre el proyecto de ley de urgente consideración de 501 artículos presentado por el Poder Ejecutivo el día 23 de abril de 2020 –actual ley N° 19.889- “*no sólo es formalmente inconstitucional, sino un verdadero exabrupto jurídico*” y fundamenta sus dichos señalando que la declaratoria de urgente consideración “*no es un acto discrecional del Poder Ejecutivo, que no puede “inventar” la urgencia, sino tan sólo declararla*” y más adelante refiriéndose al concepto de “*urgencia*” contenido en el artículo 168 numeral 7° de la Constitución dice “*A mi juicio esta “declaratoria” consiste en poner de manifiesto una urgencia razonablemente existente, urgencia que no puede ser inventada o “constituida” por el Poder Ejecutivo*”. En términos técnicos indicó que, “*es una decisión reglada y no discrecional y, menos aún, arbitraria, según la Constitución*”.

En el mismo sentido, el profesor José Korzeniak, señalaba en el libro *Primer Curso de Derecho Público –Derecho Constitucional* (cuarta edición del año 2008), respecto del instituto de proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración “*En cuanto a su contenido, consideramos que los temas regulados deben tener cierta razonable urgencia en ser resueltos*” y más adelante señala “*El Poder Ejecutivo no debe “inventar” o “constituir” la urgencia del asunto...*”.

Si bien se lo puede acusar al profesor Korzeniak de tener una visión sesgada de este tema por haber sido senador del Partido Socialista - Frente Amplio, ya afirmaba

su opinión, en el libro clásico de Derecho Constitucional de su autoría que todos los estudiantes de nuestra generación estudiamos, y en un momento que no estaba planteada la ley que estamos analizando.

El profesor Fleitas de León (2019), señala que el vocablo “*declaratoria*” de urgente consideración refiere a que la manifestación de voluntad del Poder Ejecutivo “*debe ser declarativa -y no constitutiva- de una situación de urgencia realmente existente, que es el presupuesto de hecho y el motivo validante de la manifestación del Poder Ejecutivo en estos casos*”.

III.4) El profesor Carlos Delpiazzo (2011) analizando el aspecto objetivo de las irregularidades de los actos administrativos realiza algunas reflexiones que son trasladables al tema del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

Señala el jurista respecto de los motivos del acto administrativo –léase del proyecto de ley de urgente consideración- que si los hechos operantes como supuestos del acto no son como la administración –léase Poder Ejecutivo- pretende, el acto estará viciado por inexistencia de motivos.

En el mismo sentido opinaba el profesor Sayagues Laso (1987) que señalaba que la inexistencia de los motivos que justifican el acto -en este caso la “*urgencia*”- produce la invalidez absoluta e insanable del acto.

El profesor Felipe Rotondo (2009) señala que si no hay motivos para el acto este es ilegítimo, y esto significa que contradice una regla de derecho, en el caso de estudio la Constitución.

III.5) El Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición de gobierno, evidentemente sostienen la posición del senador Jorge Gandini y de los diputados Conrado Rodríguez y Rodrigo Goñi, que la determinación de la “*urgencia*” es potestad subjetiva del Poder Ejecutivo y no la determinación objetiva que surja de la realidad de las circunstancias que ocurren en la sociedad.

Nosotros compartimos la posición de los profesores Cagnoni, Korzeniak y Fleitas de León.

Los vocablos “*urgente*” y “*urgencia*” que surgen del artículo 168 numeral 7° de la Constitución no se refieren al procedimiento para aprobar una ley sino a una situación que se debe regular en forma inmediata. La situación que se pretende regular debe ser de una “*urgencia*” objetiva, debe regular una situación de gravedad. No puede existir discrecionalidad y menos arbitrariedad en la determinación de la “*urgencia*”.

En definitiva, el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento el día 23 de abril de 2020, actual ley N° 19.889, es ilegítima, en este caso contraria a la Constitución, por carecer de motivo, esto es la “urgencia” objetiva, que justifica activar este procedimiento de elaboración de la ley.

IV. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 168 NUMERAL 7° LITERAL A) DE LA CONSTITUCIÓN.

IV.1) El artículo 168 numeral 7° literal a) de la Constitución, establece como uno de los límites que tiene Poder Ejecutivo para la presentación al Poder Legislativo de los proyectos de ley con declaratoria de urgente consideración que “...no podrá enviar a la Asamblea General más de un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración simultáneamente...”.

La ratio legis de la norma jurídica transcrita, es que el Poder Legislativo por lo acotado del plazo que tiene para discutir el proyecto de ley de “urgencia” -en el momento que se plebiscitó la reforma constitucional, en el año 1966, el texto de la Constitución señalaba que cada cámara tenía 45 días para decidir-, lo pueda hacer en forma profunda y seria.

Para que se pueda discutir razonablemente el proyecto con el rótulo de urgente consideración, debe tratarse de un proyecto de ley que se refiera a un tema y si fuese más de uno, que se trate de temas conexos entre sí.

En el mismo sentido, el profesor Cagnoni (2006) señala “un proyecto de ley declarado de urgente consideración, sólo puede pretender regular materia específica o materias de conexión evidente entre sí, de lo contrario acumular materias de inconexa relación, será violar el principio de que no pueden enviarse más de un proyecto cada vez”.**IV.2)** Por tanto, si se envía un proyecto de ley de urgente consideración con temas diversos que no tienen relación uno con los otros y con 501 artículos -“ley omnibus” o como lo denomina el politólogo Bottinelli (2020) “ley ferrocarril”-, que como ya señalamos, podrían ser no menos de 20 proyectos de ley, se vulnera el límite constitucional que le impone al Poder Ejecutivo de no presentar más de un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración simultáneamente.

Se esta vulnerando dicho límite porque el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo contiene muchos temas que no son conexos entre sí.

Dos ejemplos son las normas de seguridad pública y las normas de educación, contenidas en la ley N° 19.889, que deberían estar plasmadas, al menos, en dos proyectos de ley, para posibilitar un profundo debate parlamentario, puesto que por su importancia y complejidad, no se pueden tratar en plazos acotados ni se pueden aprobar en forma ficta.

IV.3) Los temas que abarca el proyecto de ley aprobado con el N° de ley 19.889 son los siguientes: de seguridad pública que modifica normas del Código Penal, del Código de la Niñez y la Adolescencia, del nuevo Código del Proceso Penal (Ley N° 19.293, de 19 de diciembre de 2014), de la ley de estupefacientes (Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por la Ley N° 19.513, de 14 de julio de 2017), de la ley de procedimiento policial y de la ley orgánica policial; sobre protección de la soberanía en el espacio aéreo; sobre régimen de adopciones; sobre educación, la mayoría modificativas de la Ley de Educación N° 18.437 (artículos 127 a 206 de la ley N° 19.889); sobre *“la regla fiscal”*; respecto de formas de pago de haberes a trabajadores; de promoción a micro y pequeñas empresas; que involucran a entes autónomos y servicios descentralizados del dominio comercial e industrial del Estado; sobre desmonopolización de ANCAP; sobre modificación del régimen jurídico de la unidad reguladora de servicios de energía y agua (URSEA); sobre modificación del régimen jurídico de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC); sobre sociedades anónimas pertenecientes a entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado; sobre transparencia en la información de los entes autónomos y servicios descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado; sobre creación del Ministerio de Ambiente; sobre creación de la Agencia de Monitoreo y Evaluación de Políticas Públicas; sobre contratación administrativa; respecto de la creación de la Agencia Reguladora de Compras Estatales; sobre funcionarios públicos; sobre eficacia administrativa del sector portuario, sobre participación Público Privado y concesiones; sobre el Instituto Nacional de Colonización; sobre el Instituto Nacional de Carnes, sobre titularidad de inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias; que modifican el Código Rural; a través de las cuales se crea el Instituto Nacional de la Granja, a través de las cuales se crea el Instituto Nacional de Bienestar Animal; sobre libertad de trabajo y derecho de dirección de la empresa; sobre seguridad social; sobre desarrollo de políticas sociales; sobre salud pública; respecto de emergencia en la vivienda; sobre arrendamiento sin garantía; que modifican el Código Civil; sobre protección de la libre circulación; respecto de derechos de usuarios de telefonía móvil y finalmente normas sobre áreas naturales protegidas.

Las normas jurídicas sobre áreas naturales protegidas, contenidas en los artículos 500 y 501 del proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento el día 23 de abril de 2020, fue suprimida del texto final de la ley N° 19.889.

Por tanto, al haberse sancionado el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, por los motivos explicitados, es inconstitucional en razón de forma por vulnerar el artículo 168 numeral 7 literal a de la Constitución.

V. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

V.1) La posición del Poder Ejecutivo y de los legisladores de la coalición de gobierno respecto del concepto de “urgencia”, y el volumen y contenido del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración aprobado con el N° 19.889, configuró una mutación constitucional por la interpretación errónea de la connotación del vocablo “urgente” y “urgencia” del artículo 168 numeral 7° de la Constitución, y por la cantidad e inconexión de los temas que contiene dicho proyecto de ley.

El jurista y filósofo alemán Karl Loewenstein (1986) señalaba que “...*la mutación constitucional... produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político... sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto*”.

Los elementos de la definición de Loewenstein de “*mutación constitucional*” que se configuran en el caso en estudio son los siguientes: (a) cambios en el poder político por avasallamiento del Poder Legislativo y el posible avasallamiento del cuerpo electoral; (b) no se plasma en la Constitución.

El profesor Adriano Sant’Ana Pedra (2012) distingue dos clases de mutaciones constitucionales.

La primera que es una mutación constitucional legítima en la medida que se mantiene en los marcos normativos establecidos por la Constitución.

La segunda clase de mutación constitucional, Sant’Ana Pedra (2012) la denominada “*inconstitucional*”, que se configura cuando la alteración informal de la Constitución es contraria a la misma, señalando que no puede existir una mutación constitucional derogatoria de la Constitución.

En la doctrina uruguaya, el profesor Martín Risso Ferrand (2017,1) señala que la mutación que denomina en “*sentido estricto*” es aquella que implica una contradicción con la Constitución.

En el mismo sentido, el profesor Diego Gamarra (2014) al referirse a las mutaciones como modificaciones de normas constitucionales por mecanismos ajenos a los procedimientos preestablecidos de reforma, denomina “*mutaciones en un sentido fuerte*”, aquellas que se producen en contravención de lo establecido en disposiciones contenidas en actos formales reconocidos como válidos.

V.2) Una mutación constitucional requiere necesariamente de la aceptación del cambio interpretativo propuesto como plenamente constitucional (Rollnert Liern, 2014).

El profesor Göran Rollnert Liern (2014) señala, que “*En los casos polémicos el juicio definitivo sobre la legitimidad constitucional de la mutación corresponderá a la jurisdicción constitucional*”.

El jurista Ronald Dworkin (2008) señala refiriéndose a la potestad de los jueces de interpretar la Constitución en Estados Unidos desde la sentencia del Juez John Marshall del año 1803, que este país es una sociedad más justa de lo que habría sido si se hubieran dejado los derechos constitucionales a la conciencia de las instituciones mayoritarias, como lo son en Uruguay en la actualidad el Poder Ejecutivo y la mayoría parlamentaria que forma la coalición de gobierno.

V.3) En definitiva, en el caso que estamos analizando, la mutación constitucional opera, por la interpretación errónea que realiza el Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición de gobierno, del concepto de “*urgente*” y “*urgencia*”, contenida en el artículo 168 numeral 7° de la Constitución.

El Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición de gobierno, consideran que la “*urgencia*” es subjetiva, y por tanto, que el Poder Ejecutivo tiene discrecionalidad para presentar un proyecto de ley de urgencia.

Dicha interpretación es contraria a la Constitución, por tanto mutativa de esta, o como denomina Risso Ferrand (2017, 1) en su clasificación “*mutación en sentido estricto*”.

Además, el Poder Ejecutivo interpreta erróneamente, que un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, puede contener un volumen de artículos y temas ilimitados, sin conexión entre sí.

Por tanto, en esta interpretación también existe una mutación en sentido estricto (Risso Ferrand, 2017, 1), denominada también inconstitucional (Sant´Ana Pedra, 2012).

VI. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

VI.1) El principio de separación o división de poderes no está consagrado expresamente en la Constitución uruguaya, al igual que en las Constituciones española e italiana (García Roca, 2000; Lucas Garín, 2009), pero lo está implícitamente por el artículo 82 incisos 1º y 2º de la Constitución uruguaya que establece:

“La Nación adopta para su gobierno la forma democrática republicana.

Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma”.

También esta consagrado implícitamente por el artículo 72 del mismo cuerpo normativo que dispone:

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que...se derivan de la forma republicana de gobierno”.

La separación o división de poderes significa que en el Estado existen centros de autoridad que tienen autonomía uno de los otros, cada uno con sus funciones, cuyo resultado es el equilibrio de los Poderes (Cagnoni, 2008).

Señala el jurista Peter Häberle (2016) que el principio de la división de poderes es tanto texto clásico desde Montesquieu como también principio constitutivo en la triada del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial del tipo del *“Estado constitucional”*.

Además, el principio de separación de poderes, surge del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando afirma que *“toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”* (García Roca, 2000; Häberle, 2016).

Como señala la profesora Lucas Garín (2009) *“El sentido histórico e ideológico del principio de la separación de poderes es...evitar la concentración de poder en manos, sobre todo, del titular del Poder Ejecutivo, a fin de lograr el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que, representados democráticamente, constituyen ahora el Poder Legislativo”*.

VI.2) En el derecho comparado, a esta triada se le han agregado otros centros de poder con autonomía, por ejemplo los Tribunales de Cuentas o Corte de Conti en las Constituciones española e italiana respectivamente o los Bancos Centrales europeos (García Roca, 2000), o los Tribunales Constitucionales (Lucas Garín, 2009) en Alemania, Italia, España, Portugal, y varios países latinoamericanos (Chile, Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador y Guatemala, para mencionar algunos).

Este fenómeno de la ampliación de centros de poder, se configuró en Uruguay con el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral, previstos a partir de la Constitución del año 1934 (Gros Espiell, 1956; Korzeniak, 2008), lo que abandona la concepción rígida del concepto de separación o división de poderes, aunque los tres centros de poder clásicos se mantienen para cumplir con las tres funciones estatales: la función administrativa, legislativa y jurisdiccional, en forma predominante, pero no absoluta.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo, surge de la función jurisdiccional que ejerce el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como organismo de control de la legitimidad de los actos administrativos que expiden los órganos estatales, por tanto, a través de la función jurisdiccional, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo controla a todos los organismos estatales.

VI.3) A pesar de la división de poderes, en el derecho comparado, han aumentado las potestades legislativas del Poder Ejecutivo, por ejemplo con la intervención de este Poder en la sanción de las leyes con la facultad de imprimir el carácter de urgente de los proyectos (Lucas Garín, 2009).

El primer texto constitucional que incorporó a los decretos de urgencia fue la Constitución austriaca de 1920 elaborada por Hans Kelsen, que contemplaba los decretos transitorios de modificación de leyes como potestad legislativa del Poder Ejecutivo (Herrera Vásquez, 1996).

El profesor García Roca (2000) fundamenta este aumento de poderes del Poder Ejecutivo en razones derivadas del intervencionismo propio de los Estados sociales, y menciona como ejemplos las disposiciones del Poder Ejecutivo con rango de ley, en especial la legislación de urgencia.

El profesor Sayagues Laso (1987) menciona a los decretos-leyes de necesidad, que son normas que dicta el Poder Ejecutivo, con valor de ley, en casos graves y urgentes, que por lo general deben someterse de inmediato a la consideración del Parlamento y menciona como ejemplo de Constituciones que autorizan esta clase de normas la Constitución italiana de 1947.

VI.4) En la Constitución argentina, a partir de la reforma constitucional del año 1994, esta prevista la potestad del Poder Ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley.

En la Constitución histórica argentina, no estaba contemplada la potestad legislativa del Poder Ejecutivo.

A pesar de ello éste Poder del estado ejerció función legislativa y como ejemplo de ello es que en el Gobierno de Julio Argentino Roca, en el año 1885, se ratificó por decreto el curso legal de las emisiones de moneda del Banco Nacional, y en el Gobierno de Carlos Pellegrini, en el año 1891, se dispuso la suspensión del pago de depósitos del Banco Nacional y del Banco de la Provincia de Buenos Aires, para subsanar la crisis monetaria existente. Esto fue posible porque la jurisprudencia argentina legitimó esta actitud del Poder Ejecutivo (Onaindía, 2012).

El profesor Eduardo Avalos (2012) señala respecto de las normas de urgencia de la Constitución argentina de 1994, las hipótesis de Decretos de Necesidad y Urgencia (artículo 99 inciso 3° de la Constitución argentina) y los Reglamentos Delegados (artículo 76 de la Constitución argentina) que tienen algunas notas en común: a) ambos recaen sobre materias propias del Parlamento; b) como principio general, el Poder Ejecutivo no los puede emitir; c) los dos proceden ante situaciones de excepción: los de necesidad y urgencia (artículo 99 inciso 3° de la Constitución argentina) ante circunstancias excepcionales que han sido calificadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como de “*grave riesgo social*”; los Reglamentos Delegados (artículo 76 de la Constitución argentina) en situaciones de emergencia pública aunque también en “*determinadas materias de administración*” especificadas por algunas leyes; d) existe un control parlamentario de ambos perfilado en la Constitución argentina y desactivado luego por la ley 26.122; e) ambos integran en el lenguaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la categoría de “*decretos legislativos*”.

La ley N° 26.122 exige para su derogación dictamen coincidente de ambas cámaras y no hay plazo para que se pronuncie el Congreso (Avalos, 2012), por tanto, en el derecho positivo argentino es más difícil dejar sin efecto un Decreto de Necesidad y Urgencia (artículo 99 inciso 3° de la Constitución argentina) o Reglamento Delegado (artículo 76 de la Constitución argentina) que aprobar un proyecto de ley, porque en el caso de esta última norma jurídica, se necesita de las dos cámaras para su aprobación, en cambio en aquellas se requieren las dos cámaras para dejarla sin efecto, pero mientras tanto, existe y se aplica.

Por tanto, en el derecho positivo argentino, el Poder Ejecutivo tiene potestad legislativa.

Más adelante el profesor Avalos (2012) señala que con un promedio de 9,3 decretos de necesidad y urgencia por mes, el ex presidente Eduardo Duhalde -1° de enero de 2002 al 24 de mayo de 2003- fue quien los usó con mayor intensidad en proporción al tiempo que ejerció la titularidad del Poder Ejecutivo. Sin embargo fue Carlos Saúl Menem quien con 545 decretos de necesidad y urgencia dictó cuantitativamente la mayor cantidad de decretos de esta clase. Y agrega “Desde 1853 hasta 1983 se dictaron 25 reglamentos de necesidad y urgencia; mientras que desde 1983 hasta 2010, la cifra es sensiblemente mayor: 1085”.

Esto demuestra el abuso que se ha hecho en el país vecino con este instrumento constitucional, desde el advenimiento de la democracia -año 1983- a la actualidad.

El uso ordinario de las facultades de excepción, principalmente los Decretos de Necesidad y Urgencia, ha modificado la distribución de las funciones que es uno de los fundamentos de la forma de gobierno en Argentina, convirtiéndose el Poder Ejecutivo en el principal legislador, afectando la democracia y la estabilidad institucional (Onaindia, 2012).

Es por ello que el profesor Ylarri (2015) reclama de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina que ejerza un control de constitucionalidad más riguroso sobre los decretos de necesidad y urgencia y sobre la delegación legislativa, a fin de garantizar el principio de separación de poderes.

VI.5) En Perú, la Constitución del año 1979, denominó “*medidas extraordinarias*” a las que podía dictar el presidente de la República en materia económica y financiera cuando existiera un interés nacional, pero con la obligación de dar cuenta al Congreso (artículo 211 inciso 20° de la Constitución de Perú de 1979) (Herrera Vásquez, 1996).

Parte de la doctrina peruana entre otros De la Puente y Lavalle, Cárdenas Quirós, Pacheco Barandiarán, Eguiguren Praeli y García Belaunde citados por Herrera Vásquez (1996), señaló que las “*medidas extraordinarias*” eran decretos de urgencia, y parte de la jurisprudencia peruana sostuvo que dichas medidas tenían rango de ley, entre otros la Corte Suprema de la República, no así el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Las “*medidas extraordinarias*” que surgían de la Constitución del año 1979, se utilizaron exageradamente y en forma abusiva (Herrera Vásquez, 1996).

Entre 1980 y 1992 se detectaron 2.579 “*medidas extraordinarias*”, por tanto, se produjo una grave ruptura del esquema de equilibrio de poderes (Planas Silva, 1993). El catedrático de Derecho Constitucional Landa Arroyo (2003) señala que durante la vigencia de la Constitución del año 1979 se expidieron 2262 decretos de urgencia.

La ley de control parlamentario N° 25.397, de 9 de febrero de 1992, reglamentó las “*medidas extraordinarias*”, a efectos de regular su aplicación, con la finalidad de que no se utilizara en forma abusiva. Dicha ley le otorgó a las “*medidas extraordinarias*” fuerza de ley, solucionando la discusión doctrinal y jurisprudencial.

La Constitución peruana de 1993, en el artículo 118 inciso 19°, consagró los decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera cuando así lo requiriera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso, excluyéndose en forma expresa la materia tributaria.

La parte final del artículo referido señala que el Congreso puede modificar o derogar los decretos de urgencia (Herrera Vásquez, 1996).

El Reglamento del Congreso de 26 de junio de 1995 determinó el “*silencio positivo*” para convalidar por parte del Congreso los decretos de urgencia, esto es, se convalidan los decretos de urgencia por el transcurso del plazo de 15 días y solo se emite dictamen si es desfavorable al decreto de urgencia.

Un dato importante es que en el período de gobierno de Fujimori, de julio de 1990 a noviembre de 2000 se expidieron 1655 decretos de urgencia y 1373 leyes (Landa Arroyo, 2003), lo que demuestra que el Poder Ejecutivo ejerció función legislativa en mayor medida que el Congreso.

Sin lugar a dudas, con el instrumento constitucional de los decretos de urgencia, el Poder Ejecutivo peruano está ejerciendo función legislativa en forma abusiva, rompiendo el equilibrio de poderes.

VI.6) A pesar del aumento de las potestades legislativas del Poder Ejecutivo, existen límites.

Los límites de los Poderes, y en este caso el Poder Ejecutivo, tienen relación con la democracia y el estado de derecho.

Como señala el jurista Luigi Ferrajoli (2016) la democracia es un conjunto de reglas constitucionales que aseguran los poderes de decisión de la mayoría de los gobernados o de sus representantes y, al mismo tiempo, los límites y los vínculos a tales poderes.

Señala Avalos (2012) que “*En una sociedad moderna y dinámica, las relaciones de equilibrio entre los poderes constituyen una garantía para los ciudadanos. Aquí reside uno de los pilares del Estado de Derecho*”.

El Poder Ejecutivo debe tener una oposición parlamentaria fuerte que garantice el derecho al disenso (Mora-Donatto, 2010).

Por tanto, entre los límites de la potestad legislativa del Poder Ejecutivo, se debe considerar la discusión -el debate parlamentario- la cual asegura la participación de las minorías en el procedimiento legislativo (García Roca, 2000).

La participación de las minorías es una característica fundamental de un Estado democrático, y en el caso que estamos analizando nos referimos a la minoría en el Parlamento.

El Profesor Risso Ferrand (2010) señala que luego de perfeccionada la Constitución se transforma en un instrumento contramayoritario y en defensa de la Constitución.

En situaciones de mayorías parlamentarias, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pueden actuar coordinadamente desvirtuando los controles institucionales (Ruiz, 2013), en este caso, de las minorías de las Cámaras.

Ello atentaría contra el principio de separación de poderes.

Es importante no solo el control “*por*” el Parlamento al Poder Ejecutivo, sino también el control “*en*” el Parlamento, de las minorías a las mayorías, que generalmente se realiza en el debate parlamentario y la publicidad del mismo (Aragón, 1995; Mora-Donatto, 2010).

El Profesor García Roca (2017) destaca la importancia de la participación de las minorías como sujetos del control a los parlamentarios, como condición necesaria para la existencia del control, pero señala que no es suficiente, porque su eficacia requiere de la colaboración de la mayoría, que debe colocar a la oposición y a las pequeñas minorías en una situación en la que puedan ejercer el control.

La oposición parlamentaria debe constituirse en un poder institucionalizado, con dos funciones fundamentales: representación y defensa de los intereses de los distintos sectores sociales que no están representados en el gobierno, y el control del gobierno teniendo una influencia en el mismo persuadiendo o impidiendo la adopción de decisiones por parte de este (Mora-Donatto, 2010).

Señala Rubio Llorente, citado por Mora-Donatto (2010) señala “...*la gran protagonista del control parlamentario es la minoría, cuya apreciación crítica de la acción gubernamental debe ser inexcusablemente ofrecida a la sociedad para que ésta continúe siendo políticamente abierta y, por tanto, libre*”.

VI.7) En el ordenamiento jurídico uruguayo el Poder Ejecutivo cumple función co-legislativa, porque tiene iniciativa para proponer leyes y en algunos casos tiene iniciativa privativa, tiene la potestad de realizar observaciones totales o parciales u objeciones a los proyectos de ley sancionados por el Poder Legislativo y finalmente tiene potestad de promulgación del proyecto de ley sancionado por el Poder Legislativo.

En el caso en estudio –proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración– el Poder Ejecutivo tiene iniciativa privativa, pero como ya se expresara, el abuso de las formas, sin que haya una “*urgencia objetiva*” en la aprobación del proyecto de ley, y con un volumen de artículos y temas que no pudo ser estudiado en forma profunda por los legisladores, por lo acotado de los plazos para su consideración, hizo que se aprobara en forma expresa, pero, sin un estudio pormenorizado de su articulado, por tanto, esto provocó el avasallamiento del Poder Legislativo.

Pero, a pesar del avasallamiento del Poder Legislativo, en forma escueta existió control “*por*” el Parlamento del Poder Ejecutivo, y control “*en*” el Parlamento de la minoría a la mayoría del Poder Legislativo.

El proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento contenía 501 y se aprobó la ley N° 19.889 con 476 artículos.

La disminución de artículos se debió a que los partidos de la coalición de gobierno y la oposición, no votaron algunos temas planteados por el gobierno.

Una hipótesis de control “*por*” el Poder Legislativo al Poder ejecutivo surge de las normas sobre áreas naturales protegidas, contenidas en los artículos 500 y 501 del proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración enviada por el Poder Ejecutivo al Parlamento, que fuera suprimida del texto final de la ley N° 19.889, porque partidos que integran la coalición de gobierno, y la oposición no estaban de acuerdo con dichas normas.

Una hipótesis de control “*en*” el Parlamento de las minorías respecto de las mayorías ocurrió en el capítulo de la ley N° 19.889 denominado “Normas sobre adolescentes privados de libertad” (artículos 75 a 80 de la ley N° 19.889). En la antigua redacción del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento, lo referente a los adolescentes privados de libertad, se encontraba en los artículos 74 a 79, y eran normas regresivas en materia de derechos para los adolescentes en conflicto con la ley penal (Rodríguez Almada, 2020).

La minoría en el Parlamento, si bien no estaba de acuerdo con la inclusión de dichas normas en la ley referida, en la discusión e intercambio de ideas, logró modificar mejorando su contenido.

Un ejemplo es el artículo 75 del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración enviada por el Poder Ejecutivo al Parlamento, que modificaba el artículo 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia, establecía en la parte que nos interesa:

“(Duración de las medidas de privación de libertad). Sustitúyese el artículo 91 de la Ley N° 17.823, de 7 de septiembre de 2004 (Código de la Niñez y la Adolescencia), el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 91 (Duración de las medidas de privación de libertad). La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de diez años. En ningún caso el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanece sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos...””.

Y el artículo 76 de la ley N° 19.889, que modificó el artículo 75 del proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración establece:

“(Duración de las medidas de privación de libertad).- Sustitúyese el artículo 91 del Código de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente:

"ARTÍCULO 91. (Duración de las medidas de privación de libertad).- La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años, con excepción de la comisión de los delitos de: homicidio intencional agravado y muy especialmente agravado (artículos 311 y 312 del Código Penal), violación (artículo 272 del Código Penal) y abuso sexual especialmente agravado (artículo 272 TER del Código Penal), en cuyo caso la medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de diez años. En ningún caso el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanezca sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos...””.

La minoría del Parlamento logró mitigar la tendencia regresiva de las normas referidas a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Esa es la virtud de la discusión en el Parlamento, que la minoría controla a la mayoría e inclusive puede lograr un cambio en la ley que envía el Poder Ejecutivo.

Este control se logró en forma mínima en la discusión de la ley N° 19.889, por lo acotado de los plazos para discutir el proyecto de ley.

VI.8) Si esta práctica legislativa del Poder Ejecutivo se hiciera costumbre, y este es un antecedente grave, en los hechos se podría suprimir de facto el Poder Legislativo o por lo menos las minorías del Parlamento.

Tenemos que observar los ejemplos de Argentina y Perú, entre otros.

En los países latinoamericanos referidos, se ha ampliado la práctica del Poder Ejecutivo de aprobar Decretos de Necesidad y Urgencia (artículo 99 inciso 3° de la Constitución argentina), Reglamentos Delegados (artículo 76 de la Constitución argentina), Medidas Extraordinarias (artículo 211 inciso 20° de la Constitución de Perú de 1979), Decretos de Urgencia con Fuerza de Ley (artículo 118 inciso 19° de la Constitución de Perú de 1993), debilitando el rol del Poder Legislativo.

VI.9) Puede ocurrir en Uruguay, como en los ordenamientos jurídicos argentino y peruano, que el Poder Ejecutivo pretenda disminuir o eliminar la injerencia del Poder Legislativo en la función legislativa.

Si bien esa tendencia vulneraría el principio de separación o división de poderes, existe la Suprema Corte de Justicia como órgano garante de la Constitución.

Es por ello que es conveniente y necesario que la ley N° 19.889, que entró en vigencia a través del procedimiento de proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, ante una solicitud de inconstitucionalidad de la misma, la Suprema Corte de Justicia acoja la acción, excepción o solicitud por la vía de oficio de inconstitucionalidad, como forma de preservar el principio de separación de poderes.

VII. RECURSO DE REFERÉNDUM CONTRA LA LEY SANCIONADA CON EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN

VII.1) El recurso de referéndum fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución del año 1967 (Korzeniak, 2008).

El artículo 79 inciso 2° de la Constitución consagra este instituto o mecanismo de gobierno directo (Cagnoni, 2006; Correa Freitas, 2007; Korzeniak, 2008; Gutiérrez, 2012), como instrumento de control de leyes (De Armas y Garcé, 1999), a efectos de poder derogarlas, pero impone límites al cuerpo electoral.

Uno de los límites que impone el mecanismo de referéndum a las personas habilitadas para votar, es que no se puede interponer este recurso contra leyes que requieran iniciativa privativa del Poder Ejecutivo.

El proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración, es de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, de acuerdo al artículo 168 numeral 7° de la Constitución.

En definitiva, se podría interpretar que el cuerpo electoral no tiene la potestad de activar el mecanismo de recurso de referéndum para derogar la ley N° 19.889.

El organismo que tiene el rol de controlar la regularidad de procedimiento de referéndum es la Corte Electoral, que es, como ya señalamos, un organismo que desde la Constitución del año 1934 se ha agregado a la triada clásica de Poderes conjuntamente con el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En definitiva, la Corte Electoral podría interpretar que no corresponde el recurso de referéndum contra las leyes en las cuales se aplicó el procedimiento de proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

El organismo referido podría hacer dicha interpretación porque, como ya señalamos, el Poder Ejecutivo tiene iniciativa privativa para presentar dicho proyecto de ley.

Esa interpretación literal sería contraria a lo que el Poder Constituyente aprobó cuando se plebiscitó la Constitución del año 1967 en las elecciones nacionales del año 1966.

VII.2) El Poder Constituyente, que en el caso de la Constitución del año 1967 eran los ciudadanos, no crearon en la misma Constitución el instituto de proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración (artículo 168 numeral 7°) y el instituto de referéndum (artículo 79 inciso 2°), para que el segundo se transformara en un instituto de gobierno directo inoperante, es decir “*letra muerta*”.

Si la Corte Electoral realizara una interpretación literal de los artículos 79 inciso 2 y 168 numeral 7° de la Constitución, se transformaría en una mutación constitucional denominada por Sant’Ana Pedra (2012) inconstitucional y denominada por Riso Ferrand (2017, 1) mutación en sentido estricto, en este caso por la interpretación errónea que realice el organismo referido de dichas normas constitucionales.

VII.3) Cuando el artículo 79 inciso 2° de la Constitución limita el recurso de referéndum contra las leyes, señalando que no se puede interponer este recurso contra leyes que para su aprobación requieran “...*la iniciativa... privativa del Poder Ejecutivo*”, no refiere a la hipótesis del artículo 168 numeral 7° de la Constitución.

En realidad, los límites de las personas inscriptas habilitadas para votar para interponer el recurso de referéndum contra la ley refieren a las materias en las cuales tiene iniciativa privativa del Poder Ejecutivo (Gros Espiell y Arteaga, 1991), esto es por ejemplo, autorizar la deuda pública nacional (artículo 85 numeral 6° de la constitución), establecimiento o modificaciones de causales jubilatorias (artículo 86 inciso 2° de la Constitución), establecer exoneraciones tributarias (artículo 133 inciso 2° de la Constitución), creación de Ministerios (artículo 174 de la Constitución), disponer expropiaciones para planes y programas de desarrollo económico (artículo 231 de la Constitución), exoneración temporaria de tributos nacionales o rebaja de alícuotas a las empresas que se instalen en el interior del país (artículo 298 numeral 3° de la Constitución). En el mismo sentido opina Aguirre Ramírez (2008).

La interpretación que se haga del artículo 79 inciso 2° de la Constitución, no puede extender los límites para interponer el recurso de referéndum a la situación de la ley N° 19.889, que tiene relación a un procedimiento y no a materias que tengan iniciativa privativa el Poder Ejecutivo.

Acaso puede contener la ley N° 19.889 aprobada por el procedimiento de declaratoria de urgente consideración presentada el 23 de abril de 2020, temas que son iniciativa privativa del Poder Ejecutivo.

Un ejemplo de materia contenida en la ley referida, que es de iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, es la creación de un Ministerio.

Los artículos 291 a 304 de la ley N° 19.889 que estamos analizando, crearon el Ministerio de Ambiente.

Ese tema -creación de un Ministerio- que necesita iniciativa privativa del Poder Ejecutivo de acuerdo al artículo 174 de la Constitución, no es susceptible del recurso de referéndum.

Pero contra los temas dentro de la ley de urgente consideración, que no sean materia privativa del Poder Ejecutivo, se puede interponer recurso de referéndum.

De otro modo, un instituto creado en una Constitución, en este caso en la Constitución del año 1967, se anularía por otro instituto creado en la misma Constitución.

El Poder Constituyente no creó el recurso de referéndum para que se transforme en inoperante.

En definitiva, se debe concluir, que contra la ley N° 19.889 se puede interponer recurso de referéndum.

VIII. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY CON DECLARATORIA DE URGENTE CONSIDERACIÓN N° 19.889.

VIII.1) Como señala el profesor Manuel Aragón (1995), el control es un elemento inseparable de la Constitución, por tanto, forma parte del concepto de Constitución, y en definitiva cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías o que se haga difícil o imposible su realización, ocurre simplemente que no hay Constitución.

El control del poder, principalmente el control del poder de los Poderes políticos –Poder Ejecutivo y Poder Legislativo- es fundamental para que exista un equilibrio entre estos y no se vulnere el principio de separación o división de poderes, pilar fundamental del Estado de derecho.

Una sociedad donde no este determinada la separación de poderes carece de Constitución (Flores-Dapkevicius, 2010).

VIII.2) En Uruguay, el control del poder que ejercen los Poderes políticos –Poder Ejecutivo y Poder Legislativo- por parte del Poder Judicial, en el caso analizado, es fundamental.

El Poder Judicial, y en este caso la Suprema Corte de Justicia –por tener el ordenamiento jurídico uruguayo un sistema de control de constitucionalidad concentrado-, deberá aplicar en el control de constitucionalidad los principios de supremacía de la Constitución y de interpretación conforme a la Constitución (Risso Ferrand, 2017, 2; Vázquez, 2018).

VIII.3) En el tema en estudio, en primer término, existe desviación de poder por parte del Poder Ejecutivo, porque como ya dijimos, el fin querido por dicho Poder al presentar el proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración, no coincide con el fin debido impuesto por la Constitución.

El fin querido por el Poder Ejecutivo, es aprobar una serie de leyes, a través de una “*ley ómnibus*” o “*ley ferrocarril*”, en el primer año de gobierno, a efectos de aplicar la política de gobierno que pretende con prontitud, mientras conserve la coalición de cinco partidos políticos que ha formado.

El fin debido por la Constitución, es que el Poder Ejecutivo presente un proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración cuando sea objetivamente “*urgente*”.

VIII.4) Respecto de los motivos por los cuales se presenta el proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración no son tales.

El Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición, sostienen que la determinación de la “*urgencia*” es potestad subjetiva del Poder Ejecutivo y no la determinación objetiva que surja de la realidad de las circunstancias que ocurren en la sociedad en este momento.

Sostenemos la posición de los catedráticos de Derecho Constitucional Aníbal Cagnoni y José Korzeniak que han opinado que no puede existir discrecional por parte del Poder Ejecutivo respecto de la determinación de la “*urgencia*”, esto significa que no se puede declarar la “*urgencia*”, sino que tiene que existir a priori.

En definitiva, existe una mutación constitucional en la interpretación del vocablo “*urgencia*” que realiza el Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición, que vulnera la Constitución, por tanto, como denomina Sant’Ana Pedra se trata de una mutación inconstitucional, o como denomina Risso Ferrand (2017) mutación “*en sentido estricto*”, porque dicha interpretación es una mutación constitucional derogatoria de la Constitución.

VIII.5) El artículo 256 de la Constitución señala que las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales en razón de forma o de contenido, que la doctrina también llama razón “*de forma*” y “*de materia*” (Gomes Santoro, 2018).

La inconstitucionalidad es “*de forma*” cuando al elaborarse la ley se ha vulnerado alguna exigencia de procedimiento (Korzeniak, 2008).

El profesor Sánchez Carnelli (2005) citando Paul Duez señala refiriéndose a la inconstitucionalidad desde el punto de vista formal que “*la ley que no reúne sus elementos esenciales es un acto jurídico inexistente, que no ha nacido vivo*”.

Todo lo expuesto en los capítulos anteriores, nos conduce a concluir que existe inconstitucionalidad en razón “*de forma*”, en el procedimiento que se aplicó para la aprobación de la ley N° 19.889.

Se vulnera implícitamente el límite que impone al Poder Ejecutivo el artículo 168 numeral 7° literal a) de la Constitución: no presentar dos proyectos de ley con declaratoria de urgente consideración en forma simultánea.

Es así porque se presentó un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración de 501 artículos, aprobado con 476, que contiene los más diversos temas, que perfectamente podrían ser una treintena de leyes, por su contenido y extensión.

VIII.6) Se vulnera el principio de separación de poderes.

El volumen de temas y artículos que contenía el proyecto de ley de urgente consideración, no permitió su estudio profundo por parte de los legisladores, lo que tuvo como consecuencia, por los plazos acotados con los que cuenta cada cámara para su aprobación -45 días la Cámara de Senadores, 30 días la Cámara de Representantes y 15 días en la Cámara de Senadores cuando en la Cámara de Diputados se modificaron algunos artículos del proyecto de ley-, que se sancionara sin un estudio serio de los temas.

En definitiva de lo descrito surge que se configuraron dos avasallamientos, del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo y la mayoría del Parlamento a la minoría del mismo.

VIII.7) Uno de los principios que son importantes en el control de constitucional y que tiene relación con el principio de separación o división de poderes, es el de equilibrio en la relación de los poderes (Vázquez, 2018).

Esto significa que el órgano que controla la constitucionalidad, en este caso la Suprema Corte de Justicia, no abuse o se exceda en sus potestades, declarando la inconstitucionalidad de la ley sin una fundamentación sólida.

Y esto es así porque otro de los principios del control de constitucionalidad es de presunción de constitucionalidad de la ley (Vázquez, 2018).

En este caso, por los argumentos señalados, la Suprema Corte de Justicia, como órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, tiene argumentos sólidos para declarar la inconstitucionalidad en razón de forma, de la ley N° 19.889.

VIII.8) Es importante en este tema, que las normas aprobadas por el Poder Constituyente sean respetadas por los Poderes constituidos.

Una de las innovaciones de la división de poderes es la relación que debe existir entre el Poder constituyente y las normas expedidas por los Poderes constituidos -Poder Ejecutivo y Poder Legislativo-, debiendo no contradecir éstos últimos la ratio legis de las normas constitucionales que aprobó el Poder Constituyente.

La profesora Lucas Garín (2009), señala como una nueva manifestación del principio de separación de poderes la división entre el Poder Constituyente y los Poderes constituidos.

El Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición de gobierno, justamente lo que han hecho, es desconocer la voluntad del Poder Constituyente realizando una interpretación inconstitucional del término “urgencia” y presentando un proyecto de ley con un contenido y volumen que no está pensado para un proyecto de ley con declaratoria de urgente consideración.

Por ello es importante el control de constitucionalidad, por parte de la Suprema Corte de Justicia

En definitiva, por lo manifestado, la Suprema Corte de Justicia, si se lo solicitaren, debería declarar inconstitucional por razones de forma, la ley N° 19.889.

IX. CONCLUSIONES

IX.1) En el proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración, que entró en vigencia con el N° 19.889, el fin querido por el Poder Ejecutivo contradice el fin debido por la Constitución, por lo que se configuró desviación de poder.

IX.2) El Poder Ejecutivo al enviar un proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración con 501 artículos y conteniendo más de treinta temas diferentes, denominado “ley *ómnibus*” -“*omnibus bills*”-, no permitió un estudio y discusión profunda de los temas por parte del Poder Legislativo.

IX.3) La interpretación del Poder Ejecutivo y de los legisladores de la coalición de gobierno del vocablo “urgencia” es erróneo, por tanto, se configuró una mutación constitucional.

IX.4) La ley N° 19.889 es inconstitucional en razón de forma por los siguientes fundamentos:

IX.4.1) El concepto de “urgencia” del artículo 168 numeral 7° de la Constitución es de determinación objetiva, no subjetiva como lo interpreta el Poder Ejecutivo y los legisladores de la coalición de gobierno;

IX.4.2) La ley N° 19.889 vulnera el artículo 168 numeral 7° literal a) de la Constitución, que señala que no se puede presentar más de un proyecto de ley con el rótulo de urgente consideración simultáneamente;

IX.4.3) La ley N° 19.889, vulnera los artículos 72 y 82 inciso 1° de la Constitución, que consagran el principio de separación o división de poderes, por el avasallamiento del Poder Legislativo y principalmente la minoría del Parlamento.

IX.5) Corresponde que la Suprema Corte de Justicia, como órgano garante de la Constitución, declare en la oportunidad que se lo soliciten, la inconstitucionalidad en razón de forma de la ley N° 19.889.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo (1985). “La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967” en *Temas de Derecho Constitucional 1*. pp. 39-86. Montevideo, F.C.U.
- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo (2008). “La proposición de las leyes” en Durán Martínez, Augusto (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*. pp.33-56. Montevideo, F.C.U.
- ARAGÓN, Manuel (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina.
- AVALOS, Eduardo (2012). “Los Decretos de Necesidad y Urgencia en Argentina: desde 1853 hasta nuestros días” en *Revista de la Facultad de Derecho*. Vol. 3 Núm. 1: Nueva serie II. pp. 147-157. Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado el 28.11.2020 de: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5972/6870>
- BARBAGELATA, Aníbal Luis (1985). “La Competencia del Consejo de Ministros en la Constitución Uruguaya de 1967” en *Temas de Derecho Constitucional 1*. pp. 5-18. Montevideo, F.C.U.
- BOTTINELLI, Oscar (2020). Programa “*Desayunos Informales*” de canal Teledoce, de fecha 28 de enero de 2012. Recuperado el 20.10.2020 de: https://www.youtube.com/watch?v=Mw_ftLvPzMY
- CAGNONI, José Aníbal (2006). *El Derecho Constitucional Uruguayo*. Montevideo, Segunda edición actualizada y ampliada.
- CAGNONI, José Aníbal (2008). Separación, División, como Equilibrio de Poderes (Equilibrio entre ellos, equilibrio en ellos)” en *Revista de Derecho Público*. No. 33. pp. 7-13. Montevideo, F.C.U.
- CAJARVILLE, Juan Pablo (2020). Semanario Búsqueda de fecha 27 de febrero de 2020. p. 42.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio (2009). *Derecho Público*. Montevideo, F.C.U, Tercera Edición.
- CORREA FREITAS (2007). *Derecho Constitucional Contemporáneo*. Tomo I. Montevideo, F.C.U. Tercera Edición Actualizada.
- CHASQUETTI, Daniel (2020). Diario La Diaria de fecha 24 de enero de 2020. Recuperado el 28.09.2020 de: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/1/los-proyectos-de-ley-de-urgente-consideracion-en-uruguay/>
- DE ARMAS, Gustavo y GARCÉ, Adolfo (1999). “Esa pasión uruguaya por la “Constituciones mixtas”” en *Revista de Derecho Público* No. 16. pp. 25-48. Montevideo, F.C.U.

- DELPIAZZO, Carlos E. (2011). *Derecho Administrativo General*. Volumen 1. Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández.
- DWORKIN, Ronald (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona, Editorial GEDISA, Tercera Reimpresión.
- FERRAJOLI, Luigi (2016). *Los derechos y sus garantías- Conversación con Mauro Barberis*. Madrid, Editorial Trotta.
- FLEITAS DE LEÓN, Luis (2019). “Una alerta Loewensteniana sobre el uso de las herramientas constitucionales de poder: aclaraciones sobre las leyes con declaratoria de urgente consideración” en *Revista de Derecho Público*, Año 28, N° 55, pp. 69-76. Montevideo, F.C.U.
- FLORES-DAPKEVICIUS, Rubén (2010). “Teoría general del control en Uruguay” en *Cuestiones Constitucionales- Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 22, enero-junio 2010. pp. 133-155. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 28.11.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/5908-7869-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/5908-7869-1-PB%20(1).pdf)
- GAMARRA, Diego (2014). “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo” en *La Justicia Uruguaya*. Tomo 149, Año 2014. pp. 57-66. Montevideo, Editorial La Ley Uruguay.
- GARCÉ, Adolfo (2020). Diario El Observador de fecha 25 de abril de 2020. Recuperado el 20.10.2020 de: <https://www.elobservador.com.uy/nota/-y-si-eliminamos-el-mecanismo-de-la-urgente-consideracion--202042419570>
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier (2000). “Del Principio de la División de Poderes” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 108. pp. 41-75. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Recuperado el 28.11.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/Dialnet-DelPrincipioDeLaDivisionDePoderes1-27611%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/Dialnet-DelPrincipioDeLaDivisionDePoderes1-27611%20(5).pdf)
- GARCÍA ROCA, Javier (2017). “Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo” en *Cuestiones Constitucionales- Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 37, julio-diciembre 2017. pp. 3-49. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 28.11.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/11452-14404-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/11452-14404-1-PB%20(1).pdf)
- GOMES SANTORO, Fernando (2018). “Objeto del proceso de inconstitucionalidad de la ley- Actos pasibles de ser declarados inconstitucionales” en VEIRAS, Jorge (coord.) *Procesos Constitucionales*. pp. 403-422. Montevideo, F.C.U.
- GROS ESPIELL, Héctor (1956). *Las constituciones del Uruguay*. Madrid, Ediciones Cultura Hispánica.
- GROS ESPIELL, Héctor y ARTEAGA, Juan José (1991). *Esquema de la evolución constitucional del Uruguay*. Montevideo. F.C.U. Segunda Edición.
- GUTIÉRREZ, Fulvio (2012). *Manual Jurídico sobre los Gobiernos Departamentales*. Montevideo, F.C.U.

- HÄBERLE, Peter (2016). *El Estado Constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición.
- HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo (1996). “Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano” en *Revista Derecho PUCP*, N° 50. pp. 235-255. Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú. Recuperado el 28.11.2020 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/separacion-de-poderes-y-facultades-legislativas-del-presidente.pdf>
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino (2016). *Teoría del Gobierno*. Montevideo, F.C.U., Segunda Edición.
- KORZENIAK, José (2008). *Primer Curso de Derecho Público –Derecho Constitucional*. Montevideo, F.C.U, Cuarta Edición.
- KORZENIAK, José (2020). Diario La República de fecha 7 de mayo de 2020. Recuperado el 20.10.2020 de: <https://www.republica.com.uy/korzeniak-no-solo-es-inconstitucional-sino-un-verdadero-exabrupto-juridico-id764559/>
- LANDA ARROYO, César (2003). “Los decretos de urgencia en el Perú” en *Revista Pensamiento Constitucional*, Año IX, Núm. 9. pp. 131-148. Recuperado el 25.11.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/3320-12549-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/3320-12549-1-PB%20(1).pdf)
- LOEWENSTEIN, Kart (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, Cuarta Reimpresión.
- LUCAS GARÍN, Andrea (2009). “Nuevas dimensiones del Principio de división de poderes en un mundo globalizado” en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2. pp. 241-253. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Recuperado el 20.9.2020 de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art09.pdf>
- MORA-DONATTO, Cecilia (2010). “Oposición y control parlamentario en México” en *Cuestiones Constitucionales- Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 23, julio-diciembre 2010. pp. 121-151. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 20.11.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/5933-7890-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/5933-7890-1-PB%20(1).pdf)
- MOREIRA, Constanza (1998). *Reforma Constitucional y Estructura Política*. pp. 119-135. Montevideo, Centro de Estudios Estratégicos 1815- Ediciones de la Banda Oriental.
- ONAINDIA, José Miguel (2012). “Separación de poderes y facultades legislativas del presidente” en *Revista Pensar en Derecho*, N° 1. pp. 43-58. Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Recuperado el 20.11.2020 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/separacion-de-poderes-y-facultades-legislativas-del-presidente.pdf>
- PLANAS SILVA, Pedro (1993). “Decreto de urgencia y “medidas extraordinarias”: Notas para una tipificación” en *IUS ET VERITAS*, Año IV (7). pp. 133-158. Recuperado el 20.10.2020 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15404/15856>
- RISSO FERRAND, Martín (2010). *¿Qué es la Constitución?* Montevideo, Universidad Católica de Uruguay.

- RISSO FERRAND, Martín (2017, 1). “Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución - Dos casos uruguayos” en *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 1, pp. 217-254. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- RISSO FERRAND, Martín (2017, 2). Guía para la resolución de de los casos de derecho Constitucional y Derechos Humanos. Montevideo, F.C.U.
- RODRÍGUEZ ALMADA, Pablo (2020). Diario La Diaria de fecha 22 de mayo de 2020. Recuperado el 23.5.2020 de: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/5/la-inconstitucionalidad-de-la-luc-en-materia-de-adolescentes-infracutores/>
- ROLLNERT LIERN, Göran (2014). “La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. pp. 125-155. ISSN: 0211-5743, núm. 101, mayo-agosto (2014).
- ROTONDO TORNARÍA, Felipe (2009). *Manual de Derecho Administrativo*. Montevideo, Ediciones del Foro. Sétima edición ampliada ya actualizada a junio de 2009.
- RUIZ, José Fabián (2013). “¿Por qué prevalece el Estado de Derecho? Una aproximación comparada a las explicaciones centradas en la cultura de la legalidad” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XLVI, Núm. 136, enero-abril 2013. pp. 239-285.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo (2005). *Declaración de Inconstitucionalidad de Actos Jurídicos*. Montevideo, F.C.U.
- SANT’ANA PEDRA, Adriano (2012). “La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales” en *Estudio Avanzados 17* (Jun. 2012). pp. 39-61. Recuperado el 25.9.2020 de: [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/519-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1103-1-10-20120207%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/519-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1103-1-10-20120207%20(3).pdf).
- SAYAGUES LASO, Enrique (1987). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Puesta al día 1987 por el Dr. Daniel H. Martins. Montevideo, F.C.U, Quinta Edición.
- YLARRI, Juan Santiago (2015). “La división de poderes en la emergencia económica en Argentina” en *Cuestiones Constitucionales- Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. No. 32, enero-junio 2015. pp. 235-262. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado el 20.11.2020 de Disponible en [file:///C:/Users/Pablo/Downloads/6089-8046-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Pablo/Downloads/6089-8046-1-PB%20(1).pdf)
- VÁZQUEZ, Cristina (2018). “Vías para promover la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos” en VEIRAS, Jorge (coord.) *Procesos Constitucionales*. pp. 443-471. Montevideo, F.C.U.

Fecha de recepción: 30 noviembre 2020

Fecha de aceptación: 6 marzo 2021

CIUDADANOS RECLAMAN “AUTO RESTRICCIÓN” A SUS PROPIOS DERECHOS HUMANOS.

Laura Sasías*

Ante la Pandemia ¿Por qué muchos ciudadanos reclaman la propia restricción a sus Derechos Humanos, exigiendo normas de “Cuarentena Obligatoria”?

RESUMEN. El día 13 de marzo 2020 y al amparo del art. 44 de la Constitución y de la ley 9.202/34, ante situación de Pandemia¹, el Poder Ejecutivo por decreto 93/020 resuelve el “estado de emergencia nacional” exhortando a la población evitar aquellos eventos que signifiquen aglomeración de personas, “bajo su responsabilidad”, solo se establece aislamiento obligatorio para personas infectadas, que presenten síntomas u otros casos riesgosos. El Poder Ejecutivo desoyó lo solicitado, tanto desde el Sindicato Médico Uruguayo como desde sectores de la Sociedad, quienes reclamaban del gobierno que éste decretara Cuarentena Obligatoria, como única medida eficaz para evitar la propagación del virus covid 19. En cambio, desde la medida adoptada, esto es Cuarentena no obligatoria, el Poder Ejecutivo delega- en definitiva - en la Sociedad el propio control “su propio control”- en cuanto al cumplimiento de aquellas medidas de aislamiento. Control que generó diversas situaciones graves incluso, hasta actos casi vandálicas hacia personas que pudieran haber infringido aislamiento o presentaran signos del virus, lo que nos lleva a cuestionarnos sobre la expresión “responsabilidad social” como otra especie de responsabilidad, además de las clásicas responsabilidad civil, penal, administrativa, etc. hasta ahora no visualizada, y como una auto restricción de los Derechos Humanos ejercido por la propia Sociedad contra sí misma, todo ante el temor que significa la pandemia del Covid 19.

PALABRAS CLAVE. Derechos Humanos, Auto restricción, aislamiento obligatorio, responsabilidad social, pandemia

ABSTRACT. On March 13, 2020 and under Article 44 of the Constitution and Law 9.202/34, in the face of pandemic status, the Executive Branch by decree 93/020 resolved the “state of national emergency”, urging the population to avoid engaging in any events

*Doctora en Derecho. Profesora Adscripta de Derecho Privado II-III. Profesora adjunta Teoría de la Responsabilidad civil. Correo electrónico. bistol@adinet.com.uy

¹“...VISTO: el brote de Coronavirus (COVID-19) y la declaración de fecha 11 de marzo de 2020 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una pandemia...”

that may imply the agglomeration of people, "...under their responsibility...". Mandatory isolation was only set forth for infected individuals, those featuring symptoms or other risky scenarios. The Executive Branch disregarded the requests posed by Uruguay's Medical Union and other sectors of society, who claimed the government to order a mandatory quarantine, as the only effective action to avoid the spread of the Covid 19 virus. In turn, the adopted measure, non-mandatory quarantine, meant that the Executive Power ultimately delegated control to society with regard to compliance of such isolation measures. This control generated a number of serious situations including vandalism acts towards people who may have violated isolation or showed signs of the virus. This leads us to question the expression "social responsibility" as another kind of responsibility, in addition to the classic civil, criminal, administrative, etc. so far not visualized, and as a self-restriction of human rights exercised by society itself, all in the face of the fear awakened by the Covid 19 pandemic.

KEY WORDS. Human rights. Self-restriction. Mandatory isolation. Social responsibility. Pandemic

RESUMO. Em 13 de março de 2020 e nos termos do artigo 44 da Constituição e da lei 9.202/34, diante de uma situação de pandemia, o Poder Executivo, pelo decreto 93/020, resolveu o "estado de emergência nacional" exortando à população a evitar os eventos que significam aglomeração de pessoas "...sob sua responsabilidade..." e se estabelece somente o isolamento obrigatório para pessoas infectadas, que apresentam sintomas ou outros casos de risco. O Poder Executivo não mostra consideração com o solicitado desde o Sindicato Médico Uruguaio e outros setores da sociedade, que reclamaram ao governo que decretasse a quarentena obrigatória, como única medida eficaz para evitar a propagação do vírus Covid 19. Ao contrário, desde a medida adoptada, isso é a quarentena não obrigatória, o Poder Executivo delega em definitiva o próprio controle na sociedade no referente ao cumprimento das medidas de isolamento. Controle que gerou várias situações graves, incluindo até atos quase vandálicos contra pessoas que podem ter violado o isolamento ou apresentado sinais do vírus, o que nos leva a questionar a expressão "responsabilidade social" como outro tipo de responsabilidade, além da clássica responsabilidade civil, criminal, administrativa, etc. até agora não visualizada, e como uma auto restrição dos direitos humanos exercida pela própria sociedade contra si mesma, tudo diante do medo que a pandemia do Covid 19 significa.

PALAVRAS CHAVE. Direitos humanos. Auto restrição. Isolamento obrigatório. Responsabilidade social. Pandemia

I) ANTECEDENTES

Esta situación de Pandemia, que aqueja a la Población mundial, ha puesto de manifiesto sentimientos y sensaciones encontradas en la Sociedad, generando un clima de caos, tensión, incertidumbre y mucho temor. Este temor instalado en la población implica, a su vez, estrés, desorden sobre cómo gestionar esa nueva y terrible situación, aunque no solo se da entre los ciudadanos, sino también en las familias, Instituciones y hasta incluso a nivel de las Autoridades.

En lo que refiere a nuestro país, podemos tomar algunos factores que nos juegan a favor: por ejemplo, con la aparición de los primeros casos del covid 19 que ocasionaron la pandemia, aún contábamos con un clima con altas temperaturas, lo que según estudios científicos, podría inhibir algo más el desarrollo del virus en cuestión; y por otra parte -y no menor- contábamos con la experiencia de otros países que habían comenzado antes con esta situación, lo que nos permitiría ensayar políticas con mayores fundamentos. Lo que para dichos países fue prueba y error, para nosotros podría significar aciertos y logros, o al menos problemas de no tanta entidad en su gravedad.

A nivel dogmático, una de las políticas previstas, analizadas y fundamentadas refiere a la mentada “Cuarentena”, o sea el aislamiento social², el no compartir espacios físicos, evitando las aglomeraciones de personas con el objetivo de frenar la propagación del virus y el contagio masivo de la población.

La sola expresión de “Aislamiento social”, ya significa “restricción a Derechos Humanos” como los son al de libre circulación, libre asociación, etc. consagrados en Convenciones Internacionales³ y recogidos en las Constituciones de los países, como nuestros arts. 7, 72, 336. Estos derechos no pueden ser limitados o recortados sin base legal, consagrando así “el principio de legalidad como base indispensable para que opere la limitación del derecho humano” como garantía del Estado de Derecho (Blengio. M. Manual de Derechos Humanos. 2016). (Vázquez, C. youtube fder.2020)

Algunos países en Europa, estando en pleno desarrollo y propagación del virus, donde se presentaban grandes dimensiones en contagio, comenzaron a instrumentar tales políticas de “Cuarentena”⁴ desde el marco legal que los habilita. Así se dio en España donde se estableció Cuarentena obligatoria, bajo el “estado de alarma.” (Correa Freitas.R. El Derecho ante la emergencia sanitaria Youtube fder. 2020).

² Decreto del 13/03/2020, ley 9.202. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9202-1934>

³ Declaración Universal de Derechos Humanos Arts.13, 20, 29, 30. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Arts. 8, 21, 22.

⁴ RAE. Aislamiento preventivo de personas o animales en un lugar y durante un período por razones sanitarias.

De todas formas, fueron duramente criticadas estas políticas por lo tarde en cuanto a su adopción, porque ante la aparición de sus primeros casos, la reacción de las autoridades no había sido todo lo eficiente que hubiera debido ser, en la regulación y sus respectivas sanciones para los infractores.

Frente a este panorama, y teniendo presente entonces como tardía la adopción de políticas de Cuarentena en aquellos países, en nuestro continente -y más precisamente en nuestro país- la discusión se comenzó a basar enfáticamente como “Cuarentena sí”, sin lugar a dudas, pero quedaba la otra decisión a tomar: ¿obligatoria o facultativa?

Lo que es pertinente rescatar y destacar es que dentro de un amplio abanico de medidas a regular desde las Autoridades, con respecto a la gestión de la Pandemia que nos viene aquejando, todas las medidas políticas reguladas, obviamente siempre están dirigidas a proporcionar lo mejor para la población, siempre pensando en lo menos malo para los ciudadanos, que el menor número posible de personas contrajeran el virus, y de contraerlo, que fuera de la forma más leve posible sortearlo, todo apuntando a que el sistema de Salud no colapsara, al menos mientras la Ciencia no divulgara una medicina o mejor aún, su vacuna.

La “*Cuarentena*” como medida preventiva hacia la propagación del virus, toma dos ribetes o dos especies posibles: la *obligatoria*, o bien la que no es obligatoria, quedando sujeta a la “*responsabilidad social*”, término que nos indujo a pensar estas ideas aquí plasmadas, junto al de “*exhortación*” utilizado en el decreto 93/020 que habremos de analizar.

El clásico sistema de Derecho que consagra a la Responsabilidad como sanción, que significa que ante el apartamiento de una norma prohibitiva, la respuesta es una sanción, o como lo refiere Sanz acerca del término “*responsabilidad*”, como “...*reacción del Ordenamiento ante el individuo que infringe un determinado precepto jurídico...*” (Sanz. A. AFDUAM 4. 2000).

La “*Cuarentena obligatoria*”, refiere a normas emanadas del Sistema de Derecho, donde la población tiene el deber de acatarlas en forma contundente, y ante su incumplimiento, el sujeto evasor, será pasible de sanciones, también previstas en tal Sistema. Sanciones que podrán ser desde multas pecuniarias, detenciones, trabajos comunitarios, etc., pero que siempre va a significar el aparato administrativo-estatal se ponga en funcionamiento para la debida investigación del posible caso en contravención a la norma prohibitiva.

Aquellos países que adoptaron este sistema⁵ “insistimos: siempre pensando que iba a ser el mejor camino para evitar el contagio y sus consecuencias-, muchas veces vieron colapsados sus sistemas administrativos y/o judiciales investigando posibles casos evasores, presentándoseles, a su vez, otro problema, las aglomeraciones de personas ante las Oficinas encargadas de las respectivas investigaciones, que significaban aún mayores peligros de contagios ⁶.

Dependerá luego determinar respecto a qué norma prohibitiva se produjo su infracción, y en el caso que nos ocupa, las normas que ordenan “*Cuarentena obligatoria*” o aislamiento social obligatorio: ¿son normas penales? ¿administrativas? ¿civiles? Su respuesta determinará en consecuencia, la clase de sanción que ha de corresponderle al infractor, que tal cual lo expone Aller, ante esta situación de Pandemia, la población ante el miedo que le significa, pretende respuestas en “*clave punitiva*”, cuando no necesariamente viene desde el Derecho Penal la solución o su gestión. (Aller, G. youtubefer. 2020)

Como consecuencia a la presente situación de Pandemia, irrumpe otra clase o especie de responsabilidad, que hasta entonces había estado en penumbra, o no había asumido grado de relevancia, y nos referimos a la “*responsabilidad social*”, la que pasa a adquirir notas hasta entonces no visualizadas, y sobre la cual nos interesa ahondar sobre su naturaleza jurídica, por ser el propio decreto 93/2020 que la invoca, en directa vinculación con el término “*exhórtase*” también empleado en la misma norma: “*El Poder Ejecutivo apreciará, en el ejercicio de sus poderes de contralor, el cumplimiento de la exhortación que precede y las medidas de prevención que se dispongan*”,(art. 12°).

II) DESARROLLO.

Es esta llamada “*responsabilidad social*” la que nos motiva al presente ensayo, porque si bien hasta la fecha a esta clase de “*responsabilidad*” la dábamos por supuesta, por su presencia implícita en todas las relaciones sociales, en la actualidad pasa a adquirir otra dimensión, que es sobre lo que acá trabajaremos, porque la entendemos íntimamente vinculada o conectada con los Derechos Humanos: y más precisamente con la “auto restricción” a los propios Derechos Humanos de los propios sujetos. Son los propios ciudadanos que reclaman a sus autoridades determinada restricción a sus derechos, por entender hay otros derechos por encima, que son de mayor jerarquía o interés: como lo es la Salud general de la Población, en mérito a la presente situación de Pandemia, que inspira temor y pánico.

⁵ Argentina siguió este camino, por decreto presidencial, donde se impide a las personas salir de sus hogares.

⁶ En Argentina ocurrió tal situación. ALLER, Germán. El Derecho ante la emergencia sanitaria” - Seminario 1 <https://www.fder.edu.uy/node/2829> Fecha de consulta: 22/05/2020

Las políticas de Estado establecidas a partir de la presente Pandemia, pueden adoptar herramientas distintas según los Derechos internos de cada uno, apelando a potestades emanadas desde la Constitución hacia el Poder Ejecutivo mediante decretos, o bien desde leyes directamente⁷.

Habiendo planteado los posibles escenarios a ocurrir a nivel de teoría, y cuál pueden ser las políticas a seguir por los distintos Estados, pasaremos a centrarnos cómo se dieron estos hechos entre nosotros, y las políticas del Estado uruguayo en definitiva, contenidas en el mencionado decreto 93/020, del 13 de marzo de 2020.

Como ya lo expresamos, en nuestro país el Poder Ejecutivo, en el área de Policía Sanitaria, y en uso de sus atribuciones constitucionales (art. 44) y legales (leyes 9.202 y concordantes), frente a los primeros atisbos de la aparición del virus covid 19 en ciudadanos, en manera inmediata dictó el decreto N°93/2020 el día 13 de marzo del 2020.

Por dicha norma se decreta el “...estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19” sin dar definición del tal estado de “*emergencia nacional sanitaria*”, estableciendo también medidas concretas que tienen relación, por ejemplo: ordenando suspensión de espectáculos públicos, cierre preventivo y provisorio de los centros turísticos termales públicos y privados, a su vez, la evaluación por las autoridades competentes sobre la posibilidad de suspensión de “*aquellos eventos que impliquen la aglomeración de personas*”.

Pero en su art. 6° -como uno de los núcleos de nuestro trabajo- establece “*Exhórtase a toda la población, bajo su responsabilidad, a suspender aquellos eventos de similares características a los referidos en el artículo anterior*”^{8 9}.

Son estas expresiones utilizadas en la norma, que entendemos están invocando a la “*responsabilidad social*”: y es esta nueva especie que debemos investigar su contenido, porque como lo expresáramos ut supra, otras especies de responsabilidad que componen el Sistema de Derecho, tanto desde el propio Ordenamiento como desde su doctrina y Jurisprudencia han sido estudiadas e interpretadas sobre alcance, contenido y principios, lo que en la actualidad se encuentra debidamente sistematizado. No así ha ocurrido con esta otra especie: la social. (Gamarra, J.TDCU TXX. 2011).(Rodríguez Russo, J. ADCU TXXXIII)

⁷ CORREA FREITAS. Ruben. <https://www.fder.edu.uy/node/2823>. Fecha de consulta: 22/05/2020

⁸ Al término “exhortar” Berdaguer le asigna una débil fuerza. BERDAGUER, J. <https://www.fder.edu.uy/node/2823> Fecha de consulta: 22/05/2020

⁹ VÁZQUEZ, Cristina lo califica como “acto de directiva”: no obliga pero responsabiliza

Por lo tanto, de igual manera debemos atender a la expresión responsabilidad social, y siguiendo a los autores Mayo y Perrot (Responsabilidad y Seguro.2010) debemos también precisar su alcance para determinar su contenido, sus efectos, y también que implica el apartamiento a ese deber ser que está implícito en todo concepto de responsabilidad, ser responsable: hacerse cargo.(Peirano, J. 1981)

Es este caso la presente norma, una vez determinado los antecedentes y la situación de emergencia, establece un pedido (“*Exhórtase*”) dirigido a la “población” pero le agrega “*bajo su responsabilidad*”, lo que en definitiva son las propias autoridades quienes renuncian a ejercer su control en cuanto al cumplimiento, y en cambio le trasladan o delegan a la propia población, a la propia Sociedad se encargue de “auto-controlarse” en el sentido determinado por dichas normas.

Creemos las autoridades eligen esta herramienta de que sea la propia Sociedad se auto-controle, porque sabían de su impotencia para ejercerlo y sabían también que aquellas normas no establecían sanciones. Entonces, ante un apartamiento a las mismas: ¿cuál hubiera debido ser el procedimiento?, ¿qué sanción le hubiera debido corresponder al infractor?

“...*El Poder Ejecutivo apreciará, en el ejercicio de sus poderes de contralor, el cumplimiento de la exhortación que precede y las medidas de prevención que se dispongan...*”. Efectivamente la norma refiere a la forma como el Ejecutivo “*apreciará*” el grado de cumplimiento a aquella exhortación, marcando asimismo a medidas de prevención. Pero nada dicen de la “sanción”, no hay norma alguna que disponga sanción para el posible infractor.

Lo que llama la atención es como efectivamente segmentos de la Sociedad asumieron dicho control con tanta incandescencia, a pesar de que las autoridades no establecieron la Cuarentena obligatoria, a pesar incluso de los reclamos sociales, y hasta del propio Sindicato Médico del Uruguay¹⁰. Se tornaba visible, como sectores de la Sociedad¹¹, entre ellos estaban sigilosos respecto a comportamientos de posibles infractores, en busca de “destacarlos” en el colectivo, quizá como una manera de castigo, y a su vez, buscando dichas conductas no fueran imitadas¹², buscando desalentar dichos comportamientos “irresponsables” por parte de algunos pobladores.

¹⁰ 23/03/2020 <https://www.smu.org.uy/sindicato-medico-insiste-con-la-necesidad-de-que-se-decrete-la-cuarentena-obligatoria/>
<https://ecos.la/13/Sociedad/2020/03/23/40730/profesionales-medicos-de-todas-las-ramas-apoyan-cuarentena-obligatoria/>

¹¹ 01/03/2020 <https://www.elobservador.com.uy/nota/msp-detecto-que-al-menos-44-contagios-por-coronavirus-provinieron-del-vector-carmela--202031820430> <https://www.elpais.com.uy/sabado-show/fernanda-sosa-me-parece-horrible-bullying-carmela.html>

¹² 03/04/2020 <https://www.pagina12.com.ar/257083-coronavirus-bullying-contra-los-medicos>

Ejemplos de estos “controles sociales” abundan, y será también la Ciencia Social quien estudiará este fenómeno, que se presenta hasta con aristas de crueldad, provenientes, insistentemente de Sectores de una Sociedad atemorizada por la situación de Pandemia, hasta con cierto pánico por lo desconocido respecto a los alcances que podría llegar a presentar la enfermedad. La prensa tanto internacional como nacional contribuía a esa sensación de angustia y temor que se generaba en la propia Sociedad, no sabiendo cómo podría comportarse la pandemia entre nosotros.

Efectivamente, apenas se manifestaron en nuestro país, los primeros casos de personas infectadas con el virus covid 19, la prensa informaba de manera continua sobre tales hechos, dando muestras de la magnitud del tema ante la propia Sociedad. Se encargaba también de mantener actualizados todos los datos relevantes: de donde provenían los casos, con qué personas a su vez se habían relacionado, cuál era el estado (sintomatología), los tratamientos durante el período de aislamiento, etc. También se difundía dónde y cómo iba a ser cumplido ese aislamiento sanitario, previsto en el propio decreto del 13 de marzo 2020. Evidentemente estas personas fueron las señaladas como “culpables” de haber entrado el virus a nuestro país y el castigo social que recibían era notorio, acentuado asimismo por el uso (y abuso) de redes sociales¹³.

Se comenzó a observar como rápidamente la Sociedad (o grupos de ella) asumen la función del control hacia los infractores, valiéndose de las herramientas a su alcance, pero siempre buscando ejercer el castigo, apelando incluso a figuras poco ortodoxas, como el “*escrache*”¹⁴, y haciéndolo desde las “redes sociales”, medio utilizado por la gran mayoría de la población.

También se responsabilizaba por ser parte de los antecedentes de la normativa que se desencadenó (decreto 93/2020 del 13/03/2020) en lo que hace al aislamiento social, prohibición de desarrollarse espectáculos públicos, prohibición del dictado de clases presenciales a todo nivel de enseñanza (decreto 101/020), etc. etc. En algunos casos la policía debió intervenir, ante denuncias por violación de cuarentena^{15 16}.

¹³ 15/03/2020 <https://www.infobae.com/america/america-latina/2020/03/15/estan-quemando-mi-marca-creen-que-soy-una-terrorista-el-descargo-de-carmela-hontou-la-disenadora-uruguaya-que-contrajo-coronavirus-y-violo-la-cuarentena/>

¹⁴ *Escrache* es el nombre dado en Argentina, Uruguay y España a un tipo de manifestación en la que un grupo de activistas de Derechos Humanos se dirige al domicilio o lugar de trabajo de alguien a quien se quiere denunciar. Se trata de una palabra en jerga para referirse a un método de protesta basado en la acción directa, que tiene como fin que los reclamos se hagan conocidos a la opinión pública [15https://www.elobservador.com.uy/nota/policia-revisa-camaras-de-seguridad-ante-denuncia-de-que-mujer-infectada-por-coronavirus-salio-a-la-calle-202031618180](https://www.elobservador.com.uy/nota/policia-revisa-camaras-de-seguridad-ante-denuncia-de-que-mujer-infectada-por-coronavirus-salio-a-la-calle-202031618180) Fecha de consulta: 22/05/2020

¹⁶ <https://www.teledoce.com/telemundo/nacionales/el-control-de-personas-en-cuarentena-mantiene-en-alerta-al-ministerio-del-interior-y-la-fiscalia-general-de-la-nacion/> Fecha de consulta: 18/03/2020

Con el correr de los días la situación sanitaria no mejoraba, y por el contrario el temor sobre su propagación se acentuaba. Las autoridades declaraban sobre el peligro que se podría presentar ante “el disparo” de la curva de personas contagiadas, tal como se dio en otros países, principalmente Italia y España, por lo que continuaban solicitando la aplicación de la política social “quédete en casa” y apelando a la “responsabilidad social”.

El Estado se mantenía firme en su propósito de prevención hacia la enfermedad, no así en el control hacia la población respecto al cumplimiento del aislamiento social “no obligatorio”

Ese temor causado a la población la fue llevando por conductas perversas, nefastas, que solo se las puede analizar e interpretar en su contexto de pandemia, de lo contrario serían delictivas y hasta preocupantes. Por ejemplo, en el departamento de Rocha¹⁷ los propios vecinos del lugar, por temor llegue a su localidad el virus, frente a la posible llegada de visitantes, se organizaron para llevar “...adelante un plan de acción, que consiste en cortar con un camión de arena la entrada de los puentes de Las Conchas, y dejar abierto el camino del aéreo club para posibles evacuaciones”.

También otro caso que da muestras del comportamiento de la Sociedad ante el temor de esta Pandemia, es la reacción hacia persona que habrían infringido la “Cuarentena” dispuesta por el art.8° del decreto 93/2020¹⁸, ante diagnóstico de infección con covid 19¹⁹; o la de los vecinos instando a propietarios y administradores de casas en alquiler por temporada, no lo hicieran como medida de prevención²⁰, o incluso situación aún más terrible se dio con sujeto que trabajando como portero en una fiesta en barrio de Montevideo, contrajo el virus, luego contagió a su propia familia, y todos se fueron juntos a cumplir con el aislamiento sanitario a su casa en un balneario. Dicha casa sufre un intento de incendio, el cual es investigado por haber sido intencional²¹.

El propio infectado relata que ante su resultado positivo respecto al covid 19 y la prescripción de la cuarentena sanitaria, solicita autorización para cumplirla en su casa de

¹⁷<https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Vecinos-de-La-Paloma-reclaman-el-cierre-del-balneario-ante-ingreso-masivo-de-visitantes-uc747794> Fecha de consulta: 18/03/2020

¹⁸ “...Deberán permanecer aislados, por lo menos durante catorce días, bajo contralor y siguiendo las indicaciones del médico tratante o de la autoridad sanitaria, aquellas personas que: a) hayan contraído COVID-19”

¹⁹ “Una mujer con coronavirus, quien estaba cumpliendo la cuarentena obligatoria en el departamento de Rocha, fue fotografiada violando la misma al salir de su domicilio” “No obstante, el alcalde pidió a la gente “conservar la calma” en relación a este caso. ...<https://www.telenoche.com.uy/nacionales/rocha-denuncian-a-paciente-con-covid-19-que-violo-la-cuarentena> Fecha de consulta: 06/04/2020

²⁰ “Ahora, hay una movida surgida de los propios vecinos de distintos balnearios de La Paloma, que piden a los propietarios de casas y apartamentos, que se abstengan de alquilar...”. <https://lapalomahoy.uy/nota/4078/vecinos-se-movilizan-para-desalentar-alquileres-a-turistas> Fecha de consulta: 01/04/2020

²¹<https://ecos.la/25/policiales/2020/04/01/40950/punta-del-diablo-investigacion-si-prendieron-fuego-casa-de-infectado/> Fecha de consulta: 04/01/2020

un balneario, a lo que su médico tratante le respondió sería incluso mejor, porque habría menos gente ²².

Todos estos casos son algunas de las situaciones que se van presentando en pleno desarrollo de la pandemia, donde es la propia Sociedad quien ejerce el “control social” con respecto al acatamiento por la población, de aquella medida decretada por el Poder Ejecutivo de “*exhortación*” a cumplir con un aislamiento sanitario de carácter preventivo²³.

Lo que es absolutamente indiscutible, que incluso a nivel de políticas de otros Estados, las medidas que se van estableciendo frente a esta pandemia, son hasta provisionarias, monitoreadas y testeadas a todo momento, sin haber certezas desde las Ciencias Médicas, sobre cuáles son las óptimas. ²⁴

La Sociedad exigía de sus autoridades medidas más drásticas, más contundentes dirigidas a prevenir la propagación del covid 19, y entre ellas reclamaban, el aislamiento o “*Cuarentena*” obligatoria: que la población DEBIERA permanecer en sus hogares como única medida eficaz de prevención. Pero también como corolario les exigía se sancionara a quienes incumplieran con tales medidas.

Como ello no se dio, y sí en cambio la medida decretada por el Poder Ejecutivo tuvo carácter de “*exhortación*”, término que según Vázquez es “acto de directiva no obliga pero responsabiliza .libertad con responsabilidad” (Vázquez, C. youtube fder mayo 2020). Es la propia Sociedad que asume ejercer tal control social, tomando las medidas que ella misma, para el caso cree pertinente, todas conductas que demuestran intolerancia, discriminación, pero que deben ser analizadas en el contexto de pandemia en curso.

III) CONCLUSIONES.

Luego de estas ideas, creemos poder esbozar alguna respuesta a la inquietud inicial, de por qué la propia población reclama de sus autoridades medidas rígidas, duras, en el sentido del aislamiento o Cuarentena obligatoria, como prevención a la propagación del virus pandémico.

²²<https://ecos.la/25/policiales/2020/04/01/40950/punta-del-diablo-investigacion-si-prendieron-fuego-casa-de-infectado/> Fecha de consulta: 04/01/2020

²³<https://ladiaria.com.uy/articulo/2020/3/coronavirus-en-carmelo-chivos-expiatorios-esrachos-y-ayuda-de-los-vecinos/> Fecha de consulta: 28/03/2020

²⁴https://www.clarin.com/opinion/alberto-miramos-uruguay-_0_0xwHRSfGr.html Fecha de consulta: 19/05/2020

La respuesta no puede ser otra que el temor, el pánico o miedo a sufrir las graves consecuencias que supone o podría suponer el contagio con el virus covid 19²⁵, fue llevando a la propia Sociedad a enfrentar a otros sujetos de la misma Sociedad²⁶, por no guardar conductas acordes a la prevención, tal como exhortaban a sus autoridades.

Ante la no obtención desde las Autoridades, de otras respuestas con mayor rigor, y no aquellas exigidas por los ciudadanos, estos reaccionaron con vehemencia, llegando incluso a cometer actos vandálicos de extrema gravedad (intento de incendio de finca de sujeto infectado en momentos que trabajaba), dándose la paradoja de que son los propios sujetos de una Sociedad atemorizada, quienes reclaman de sus autoridades, se le restrinjan, se le cercenen sus propios Derechos Humanos básicos.

Si bien se puede llegar a comprender estas y tantas otras reacciones del Cuerpo Social, que pueden rayar con lo absurdo y cruel ante el pánico que los invade por una noticia de Pandemia, creemos -de todas formas- siempre desde el Ordenamiento Jurídico es desde donde se deben instrumentar las medidas encaminadas a gestionar tal situación, no dejándose en manos de la Sociedad que en manera inorgánica e impulsiva se encargue de su control, porque pueden generarse episodios luego muy difíciles de revertir, y más difíciles aún de recomponer, como lo pueden ser los vínculos entre vecinos, familiares, compañeros de trabajo, etc.

Desde el Ordenamiento Jurídico, se debe evitar a través de normas claras y precisas, que sujetos de la Sociedad sean ellos mismos atenten contra sus propios Derechos Humanos.

Son las Autoridades, en uso de las prerrogativas constitucionales y legales, las que deben regular las situaciones que se presentan a la Sociedad, brindándole un marco normativo que contenga y dinamice vínculos de fraternidad, solidaridad entre los pobladores.

El marco normativo a su vez, puede apoyarse en objetivos de prevención y sensibilización hacia la situación que lo merezca "caso emergencia sanitaria por pandemia- que fomente una cultura de unión y solidaridad, donde queden de manifiesto principios de *"responsabilidad social"* como complemento y corolario a políticas públicas ante situaciones de emergencia nacional, como la que nos encontramos atravesando.

²⁵<https://www.eltribuno.com/salta/nota/2020-4-2-15-29-0-vecinos-piden-a-una-medica-que-no-circule-por-espacios-comunes-por-temor-al-contagio> Fecha de consulta: 03/05/2020

²⁶<https://www.infobae.com/coronavirus/2020/04/10/coronavirus-en-argentina-un-vecino-le-pidio-al-director-de-emergencias-de-la-cruz-roja-que-no-vuelva-nunca-mas-a-su-casa/> Fecha de consulta: 03/05/2020

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALLER, Germán. El Derecho ante la emergencia sanitaria. Seminario 1 22/05/2020 <https://www.fder.edu.uy/node/2829>
- BERDAGUER, Javier. El Derecho ante la emergencia sanitaria” - Seminario 1 <https://www.fder.edu.uy/node/2829>. Fecha de consulta: 22/05/2020
- BLENGIO, Mariana. Manual de Derechos Humanos. 2016
- CORREA FREITAS, Ruben. El Derecho ante la emergencia sanitaria. Seminario 1 <https://www.fder.edu.uy/node/2829> Fecha de consulta: 22/05/2020
- MAYO, Jorge y PERROT, Manuel. Responsabilidad y Seguro. Año XII 2010
- GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomos XXIX, XX Fundación Cultura Universitaria. 2011.
- JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité. 8° edition. Éditions Dalloz 2010.
- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomos II y IV. Ediciones Jurídicas Europa-América.1955.
- PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Editorial Temis.3° edición. Colombia.1981.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge. Anuario Derecho Civil Uruguayo T.XXXIII
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge. “Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil. Ensayo de fundamentación dogmática” Revista Crítica de Derecho Privado. N° 1.2004.
- SANZ ENCINAR, Abraham. En área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. AFDUAM 4. 2000
- SASÍAS Laura. Acoso sexual en la Ley 18.561. Análisis de las Penas y las Reparaciones desde la perspectiva del Derecho Civil. FCU 2015.
- VÁZQUEZ, Cristina. El Derecho ante la emergencia sanitaria. Seminario 2 <https://www.fder.edu.uy/node/2836> Fecha de consulta: 22/05/2020

Fecha de recepción: 10 de diciembre 2020

Fecha de aceptación: 6 de marzo 2021

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN EL PROCESO ARBITRAL URUGUAYO

CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY CONTROL IN URUGUAYAN DOMESTIC ARBITRATION

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE NA ARBITRAGEM INTERNA URUGUAIA

*Dra. Camila Umpiérrez Blengio**

RESUMEN. El presente trabajo tiene por objetivo analizar la admisibilidad del control de constitucionalidad y convencionalidad en el arbitraje doméstico uruguayo. La Constitución establece que la vía de excepción de inconstitucionalidad, así como la vía de oficio, se deben plantear en un proceso “judicial”, lo cual genera grandes desafíos interpretativos tanto para la doctrina como la jurisprudencia nacional. Se concluye que debe admitirse el control de constitucionalidad y convencionalidad tanto por la vía de excepción como la de oficio ante cualquier tribunal, ya sea estatal o arbitral, por tratarse de un principio básico del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE. Uruguay. Arbitraje. Control. Constitucionalidad. Convencionalidad.

ABSTRACT. This paper analyzes the admissibility of constitutionality and conventionality control in Uruguayan domestic arbitration. The Uruguayan Constitution establishes that the control of constitutionality both *ex officio* or by any party filing an objection, must be raised in a “judicial” process, which generates great interpretive challenges both for national academic legal opinion and case law. It is concluded that the constitutionality and conventionality control must be admitted before any tribunal, whether state or arbitral, based on a rule of law.

KEYWORDS. Uruguay. Arbitration. Control. Constitutionality. Conventionality.

RESUMO. O objetivo deste artigo é analisar a admissibilidade do controle de constitucionalidade e convencionalidade na arbitragem interna uruguaia. A Constituição estabelece que a via de exceção de inconstitucionalidade, assim como a via *ex officio*, devem ser suscitadas num processo “judicial”, o que gera grandes desafios interpretativos tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Conclui-se que o controle da constitucionalidade ou convencionalidade deve-se admitir perante qualquer tribunal, seja estadual ou arbitral, com base no Estado de Direito.

PALAVRAS CHAVE. Uruguai. Arbitragem. Controle. Constitucionalidade. Convencionalidade.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO ARBITRAL URUGUAYO.

El arbitraje es un proceso por el cual se somete un litigio o controversia (se plantea una determinada pretensión) por acuerdo de las partes, a un sujeto privado, ajeno e imparcial (árbitro o a un tribunal conformado por más de un árbitro¹) que dicta una decisión (laudo) sobre la controversia, que es vinculante para las partes.

Al escoger el arbitraje, las partes optan por un proceso de resolución de controversias alternativo a la justicia estatal. Este proceso resulta admisible siempre y cuando verse sobre cuestiones disponibles, ya que el asunto debe ser arbitrable.

Como resume con claridad FRAGA PITTALUGA (2016): *“El arbitraje es un instrumento a través del cual un tercero, denominado árbitro, revestido con determinados poderes, resuelve un conflicto de intereses, que recae sobre materias de libre disposición mediante un auto definitivo, denominado laudo, que adquiere vinculatoriedad e inmutabilidad en un ordenamiento jurídico”* (p. 7).

En nuestro país, el arbitraje doméstico se encuentra regulado en el Código General del Proceso (C.G.P.), en los arts. 472 a 507.

Este mecanismo de resolución de conflictos ajeno al Poder Judicial adquiere cada día mayor relevancia, especialmente en temas comerciales donde se suele pactar el arbitraje doméstico, por las ventajas que presenta (en particular, la celeridad, flexibilidad y confidencialidad).

En relación a la naturaleza del arbitraje, mucho se ha discutido en doctrina. En efecto, dado que el proceso se tramita ante órganos que no integran el Estado, se ha planteado el debate respecto a si se ejerce función jurisdiccional o si, por el contrario, la jurisdicción la ejerce únicamente el Estado y el arbitraje es un instituto que emana de la autonomía privada de las partes.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad de la República (UDELAR). Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UDELAR. Cursando la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho, UDELAR. Miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture (AUDP). Correo electrónico: camila.umpierrez@hotmail.com

¹ El Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay, establece en su art. 9, bajo el nomen iuris “Número de árbitros”, que: *“1) El tribunal arbitral estará constituido por uno, tres o cinco árbitros, según sea convenido por las partes. 2) En caso de que las partes no hubieran establecido el número de árbitros o de que no existiera acuerdo entre las mismas sobre este punto, se entenderá que el tribunal estará compuesto por un árbitro único. Sin perjuicio de esto, el Centro podrá designar un número mayor de árbitros, atendiendo a la complejidad y circunstancias del arbitraje”*.

Siguiendo a VESCOVI (1989):

Por ser un proceso en el cual se elige a una persona privada para investirlo de la función jurisdiccional, la naturaleza de este procedimiento responde a la de dicha función. Es decir que quien se otorga los poderes del juez los tiene por imperio de la ley y por voluntad de las partes. En la asimilación del árbitro al juez y su similar naturaleza corresponde decir que aquel tiene, también, jurisdicción en el sentido de poder decir el derecho de acuerdo con la etimología de término (p. 226).

Actualmente, no cabe duda que el árbitro es asimilado al juez estatal y, por ende, está investido de poder jurisdiccional. En efecto, más allá de que el proceso arbitral no se sustancia ante órganos del Poder Judicial, está fuera de discusión que cumple función jurisdiccional y que lo integran árbitros que cumplen la función del magistrado.

La gran diferencia entre el arbitraje y la justicia estatal es la carencia del imperio (“imperium”), de poder hacer ejecutar lo juzgado.

DE HEGEDUS (2000), siguiendo la distinción planteada por DEVIS ECHANDÍA (1984, p. 79 y ss.) sobre los poderes para ejercer la jurisdicción, señala que:

Los árbitros poseen el poder de decisión que comprende el de conocer la cuestión litigiosa y resolver definitivamente el conflicto llevado a su conocimiento y el de documentación e investigación. Y carecen, por un lado, del poder de coerción, y por lo tanto, no poseen la facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de cualquier resolución que adopte durante la tramitación del proceso y por el otro, del poder de ejecución, y en tal sentido carecen de facultad de ordenar la ejecución de sus laudos, inclusive mediante el uso de la fuerza pública. (p. 152)

DE HEGEDUS (2000, p. 154) también releva que la carencia del “imperium” afecta el poder cautelar el árbitro. Aun cuando se considere que los árbitros poseen facultades en el orden cautelar y, por ende, pueden resolver sobre la admisibilidad y pertinencia del pedido de una cautela - en tanto está vinculado con el aspecto litigioso sometido a arbitraje (que no está prohibido por el ordenamiento jurídico) -, si la ejecución requiere coerción, el tribunal arbitral deberá solicitar la intervención del juez ordinario competente para que la efectivice.

En consecuencia, cuando en el proceso arbitral se requiere de la coacción, ya sea durante la tramitación del arbitraje (por ejemplo, para la conducción de un testigo) o para la ejecución del laudo arbitral, es menester recurrir a la intervención de la justicia estatal. Esta intervención del Estado no debe enfocarse desde el punto de vista de una intromisión

en el proceso arbitral, sino que se trata de un deber de colaboración y/o asistencia del Estado para con los tribunales arbitrales.

En conclusión, y sin perjuicio de esta carencia respecto de poder ejecutar lo juzgado (“imperium”), el proceso arbitral es un proceso jurisdiccional y como tal, se plantean las mismas cuestiones que en los procesos estatales. Entre ellas, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos legislativos que se pretenden aplicar en el litigio que se dirime por arbitraje y su eventual incompatibilidad con normas de rango superior (Constitución y Derecho internacional de los Derechos Humanos).

Así pues, el presente trabajo pretende analizar en profundidad la procedencia del contralor de constitucionalidad y convencionalidad de los actos legislativos en el proceso arbitral.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO ARBITRAL

II.1. El control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico uruguayo

Previo a la aprobación de un acto legislativo, podemos entender que existe una suerte de control previo o preventivo de constitucionalidad. Evidentemente este control no está regulado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico y podríamos considerar que tiene el carácter de difuso e inorgánico, en tanto no existe en Uruguay un órgano específicamente creado para efectuar un control previo de constitucionalidad, como si existe en otros países (por ejemplo, a través de tribunales constitucionales). Este control previo lo lleva a cabo el propio legislador al discutir el proyecto de ley, el gremio, las comisiones académicas, el ámbito universitario, y todos aquellos que plantean una posible objeción de inconstitucionalidad y que a veces permite evitar la aprobación de leyes inconstitucionales.

El control posterior de los actos legislativos (leyes y decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción) se le atribuye al órgano máximo del Poder Judicial, la Suprema Corte de Justicia (SCJ), a quien le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia, conforme lo dispone el artículo 257 de la Constitución. Por lo tanto, desde su origen, esto es, desde la Constitución de 1934, el sistema de control de constitucionalidad de los actos legislativos en Uruguay es concentrado y judicialista (por oposición a los sistemas difusos o con órganos políticos, como los tribunales constitucionales).

Esto no implica que se encuentre excluido el control de regularidad constitucional del resto de los actos jurídicos, ya que en realidad el control es mucho más amplio y abarca a todos los actos jurídicos (dependerá del tipo de acto jurídico a quien le compete su análisis constitucional. Por ejemplo, la regularidad de un acto administrativo ante el TCA y la constitucionalidad de un contrato que se pretende hacer valer en un proceso judicial, ante el Juez que conozca en el asunto).

La declaración de inconstitucionalidad de las leyes opera como una garantía fundamental para asegurar la defensa jurídica de la Constitución. Consiste en declarar si existe contradicción entre una norma y la Constitución, y en ordenar que se acate la que sea de grado superior, asegurando el principio de jerarquía de las normas jurídicas.

Se trata por lo tanto de una verdadera esencia de nuestro sistema democrático republicano, una garantía que implica el sistema de contralor de la constitucionalidad de los actos legislativos, en aras de la protección máxima de la Constitución.

El proceso de declaración de inconstitucionalidad fue originalmente reglamentado por la ley Nro. 13.747 del 10 de julio de 1969. No obstante, dicha ley fue derogada tácitamente por la ley 15.982, que aprobó el C.G.P. Actualmente, el proceso de inconstitucionalidad se encuentra reglamentado en dicho ordenamiento procesal (arts. 508 a 523).

Conforme al art. 258 de la Constitución son tres las vías mediante las cuales puede plantearse la inconstitucionalidad: (i) de oficio (el Juez o Tribunal que entienda en el proceso), (ii) de acción (se promueve por vía principal, directamente ante la Suprema Corte de Justicia), (iii) de excepción (supone la existencia de otro proceso en el cual se plantea, por vía indirecta). La “excepción” como tal es una actitud de la parte demandada. Por ello es que se le ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia, así como también por el C.G.P, como excepción o “defensa”, ya que se admite la proposición por cualquier interesado principal, cualquiera sea su posición procesal.

Ahora bien, el texto constitucional establece, tanto para la vía de excepción como de oficio, que la declaración de inconstitucionalidad se debe plantear en un proceso “judicial”.

Esta solución fue consagrada en la Constitución del año 1952 y se ha mantenido inalterada a lo largo de todas las reformas constitucionales. Por lo tanto, a partir del año 1952 y a la fecha (en tanto la Constitución de 1967 mantiene la misma redacción), se han generado grandes dudas interpretativas que han derivado en profundos desarrollos académicos respecto de si es admisible la proposición de la vía de excepción y de oficio ante o por cualquier órgano jurisdiccional.

II.2. Procedencia de la inconstitucionalidad por la vía de excepción y de oficio en el proceso arbitral

Analizado desde la óptica técnica, orgánico formal, o desde una interpretación exclusivamente literal del citado art. 258, debería entenderse que nuestra Constitución excluyó la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción o de oficio a todo proceso que no tramite por el Poder Judicial, en tanto únicamente se refiere a proceso “judicial”. Por ende, quedaría fuera del ámbito de aplicación cualquier proceso jurisdiccional, ya sea estatal (por ejemplo, el proceso anulatorio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo) o arbitral.

La problemática que estamos abordando fue originalmente reforzada por la reglamentación del proceso de inconstitucionalidad prevista en la ley Nro. 13.747 el 10 de julio de 1969. Dicha ley refería predominantemente a procedimientos “judiciales”², lo cual parecía confirmar la interpretación literal del texto constitucional (sin perjuicio de que en uno de sus artículos refiere a “*procedimientos jurisdiccionales*”³).

Posteriormente, dicha ley fue derogada tácitamente por la ley Nro. 15.892 que aprueba el C.G.P y trae aparejada una gran novedad. En efecto, a diferencia de nuestra Constitución y de la ley que anteriormente la reglamentaba, que delimitaban la procedencia de ambas vías exclusivamente a los procesos tramitados ante los órganos del Poder Judicial, el C.G.P (en redacción que desde el año 1989 a la fecha se mantuvo incambiada) refiere a procedimiento jurisdiccional (art. 508) o directamente a “*procedimiento*” (sin distinción entre judicial y jurisdiccional, arts. 511, 514, 515, 521 y 523).

Cualquiera de las dos expresiones es más amplia que la que utiliza la norma Constitucional, ya que permite comprender a todos los procesos jurisdiccionales, sin distinción alguna.

² “Artículo 3°: (Caso concreto).- Siempre que deba aplicarse, una ley o un decreto de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, en cualquier **procedimiento seguido ante los magistrados que ejercen el Poder Judicial** (artículo 233 de la Constitución) o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad.

Artículo 5°. (Acción o excepción).- Cuando la declaración de inconstitucionalidad se solicite por las personas a que se refiere el apartado a) del artículo anterior, podrá ser promovida:

1) Por vía de acción, cuando no exista **procedimiento judicial pendiente**. En este caso deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia.

2) Por vía de excepción o defensa, que necesariamente deberá oponerse ante el Juez o Tribunal que esté conociendo en dicho **procedimiento judicial**.” (destacado nuestro)

³ Artículo 18. (Efectos del fallo).- La declaratoria de inconstitucionalidad hace inaplicable la disposición legal afectada por ella, en los **procedimientos jurisdiccionales** en que se haya pronunciado.

Si hubiera sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales al que ha promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier **procedimiento jurisdiccional** o en el anulatorio del Contencioso Administrativo”. (destacado nuestro)

Frente a este escenario, entre un texto constitucional que se mantiene desde el año 1952 y una reglamentación novedosa en el año 1989, se ha planteado la duda - tanto en doctrina como en jurisprudencia - respecto de si las vías de oficio o de excepción (defensa) de inconstitucionalidad son admisibles solo en los procesos que se sustancian ante el Poder Judicial o si, por el contrario, son admisibles en los procesos tramitados ante cualquier órgano jurisdiccional; ajeno al Poder Judicial.

Este aspecto ha sido debatido muy especialmente en los procesos tramitados ante el TCA, órgano jurisdiccional que no integra el Poder Judicial. Al respecto, diversos autores han dedicado profusas páginas al análisis y ha generado interesantes debates académicos en relación a si resulta admisible oponer la excepción de inconstitucionalidad en un proceso tramitado ante el TCA.

En cuanto a la procedencia de estas vías (excepción y oficio) en el proceso arbitral, encontramos la posición de VESCOVI que parece sostener la tesis que rechaza la procedencia de la proposición de la vía de excepción en los procesos arbitrales, fundada en una interpretación literal de la norma constitucional.

VESCOVI (1967), señala que:

La determinación de cuáles son los procesos en los cuales puede plantearse, depende de los diversos sistemas positivos. En general el criterio es amplio, considerándose que no solamente corresponde plantear la inconstitucionalidad, por vía incidental, en un proceso ordinario, como en un juicio especial o extraordinario e inclusive en los procesos de ejecución y en los cautelares (...) Inclusive se ha sostenido la posibilidad de plantear la cuestión en el juicio arbitral, para que los árbitros desapliquen la ley inconstitucional, aunque no que remitan el asunto al órgano a quien se le atribuye competencia concentrada. Esta posibilidad, que podría solamente ser sostenida de acuerdo con los principios generales, como se admite la facultad judicial de declarar la inconstitucionalidad en otros sistemas, sin texto expreso, parece estar excluida, en nuestro derecho, por la letra de nuestra constitución (pp. 142-143).

No obstante, unas páginas más adelante, al analizar si es admisible la vía de excepción en un proceso anulatorio ante el TCA, VESCOVI (1967) señala que *“se considera que la expresión procedimiento “judicial” debe entenderse como “procedimiento jurisdiccional” lo que parece ser la correcta inteligencia de la norma”* (p. 145). Aunque a primera vista parecería un tanto contradictorio, consideramos que el autor probablemente lo estructura desde un esquema de proceso jurisdiccional estatal (por ejemplo, TCA) y por eso razón rechaza la procedencia en el proceso arbitral.

Asimismo, VESCOVI (1969) en un trabajo posterior y frente a la aprobación de la ley Nro. 13.747 que originalmente reglamentó el proceso de inconstitucionalidad y que establecía en el art. 3: “*cualquier procedimiento seguido ante los magistrados que ejercer el Poder Judicial*”, ratifica su postura en relación al proceso arbitral señalando que “*con esta expresión se excluye la posibilidad de plantearlo en el juicio arbitral, solución a la que llegábamos también antes de la ley*”. (p. 369)

En el foro procesal quien se ha manifestado en forma expresa por la admisibilidad de la proposición de la vía de excepción y de oficio por cualquier órgano jurisdiccional del tribunal Estado o por un tribunal arbitral es VALENTIN (2016).

Respecto de la vía de excepción, señala el autor que: “*Aunque no es un tema específico que pretenda abordar extensamente en este trabajo, quiero consignar que, a mi juicio, la proposición de la excepción o defensa de inconstitucionalidad no sólo debe admitirse ante el tribunal Estado sino también ante cualquier tribunal arbitral*” (p. 27)

Y en relación a la vía de oficio, ha manifestado VALENTIN (2016) que:

A mi juicio, por “tribunal” de acuerdo al sentido con que esta expresión es utilizada en el CGP, debe entenderse cualquier órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial o de cualquiera de los sistemas orgánicos del Estado a los que la Constitución atribuye expresamente el ejercicio de función jurisdiccional; así como cualquier tribunal arbitral. Por otra parte, las palabras “cualquier procedimiento jurisdiccional” refieren a cualquier proceso jurisdiccional que se tramita ante esos órganos (p. 34).

Y más adelante el autor lo ratifica:

Entiendo que debe postularse una interpretación ampliatoria de la literal “procedimiento judicial” del texto constitucional, para admitir la proposición de la vía de oficio por cualquier otro órgano jurisdiccional del Estado (por ejemplo, la Corte Electoral cuando actúa en procesos jurisdiccionales). Asimismo, en la línea del CGP, debería admitirse la proposición de esta vía por un tribunal arbitral (p. 35).

Compartimos la postura sostenida por VALENTIN, en el sentido de admitir tanto la proposición de la vía de la excepción o defensa de inconstitucionalidad, así como la vía de oficio en los procesos arbitrales. Defendemos el sentido amplio de la expresión “judicial” que, si bien tiene una connotación orgánica, no necesariamente es restringida al Poder Judicial ya que existen razones de peso para apartarse del tenor literal.

En este sentido, no parece razonable aferrarse a una interpretación literal o piedeletrista del texto constitucional, cuando precisamente dicha interpretación implica una limitación no solo respecto del derecho de acceso a la justicia sino también del principio de igualdad. Si sostenemos un análisis literal de la norma llegaríamos a la absurda conclusión de que serían admisibles las vías de excepción o de oficio de inconstitucionalidad en un proceso tramitado ante un órgano estatal, mientras que no lo serían en un proceso arbitral. Como señala VALENTIN (2016) no se “*asegura un acceso igualitario a la jurisdicción: todos tenemos el derecho a acceder al proceso jurisdiccional en las mismas condiciones.*” (p. 33).

En efecto, si sostenemos la interpretación literal de la norma constitucional, el principio de igualdad procesal se vería doblemente violentado: primero, porque ni las partes podrían oponer la excepción o defensa de inconstitucionalidad de una ley, ni el tribunal arbitral - de oficio - podría plantearlo. Y segundo, porque en virtud del diseño constitucional uruguayo, que descarta de plano el control a posteriori de actos legislativos difuso, el tribunal arbitral no tendría competencias para conocer y declarar la inconstitucionalidad de una ley “*incidenter*” y con efecto en el caso concreto, siendo siempre de competencia concentrada, exclusiva y excluyente de la SCJ.

Cabe destacar que en otros países de Latinoamérica se entiende admisible el análisis de la constitucionalidad por parte del tribunal arbitral. En Argentina, dado el sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes, se admite el planteo de inconstitucionalidad de las normas en el proceso arbitral, en tanto no excede la competencia del tribunal arbitral. El Argentino Augusto Mario MORELLO (2010) citado en REYES SINISTERRA y GÓMEZ GÓMEZ (2016, p. 13), señala precisamente que “*El punto de partida es que el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del poder judicial; la función que cumple es propia de los órganos que cumplen este servicio, aunque pueden no tener todos sus atributos*”.

En Colombia, sucede algo similar, señalan REYES SINISTERRA y GÓMEZ GÓMEZ (2016) que:

No existe en Colombia alguna normativa que impida interpretar que los tribunales arbitrales no puedan declarar la inconstitucionalidad de una ley. Todos los jueces se hallan habilitados para formular la declaración de inconstitucionalidad, y la sentencia que se dicte en ese sentido produce efectos únicamente entre las partes. En consecuencia, si los árbitros están dotados por ley de idénticas potestades y funciones que los jueces, no existe ninguna razón válida para privarlos del ejercicio del control de constitucionalidad de las normas, con incidencia en el caso concreto sometido a juzgamiento. (p. 17).

Retomando al panorama uruguayo, nos volcamos hacia una interpretación del texto constitucional que habilite la proposición de la excepción o defensa de inconstitucionalidad ante el tribunal Estado y ante cualquier tribunal arbitral, así como la proposición de la vía de oficio por cualquier otro órgano jurisdiccional del Estado o por un tribunal arbitral.

Cuando el lector se enfrenta a diversas posturas de interpretación, debe optar por la que mejor proteja los derechos sustanciales en juego. En los mismos términos lo señala específicamente para esta problemática VALENTIN (2016): *“Entre una interpretación que hace prevalecer el derecho a acceder a un proceso jurisdiccional (el de inconstitucionalidad por vía de excepción) y otra que elige el tenor literal en desmedro de aquél derecho, creo que debe prevalecer la primera.”* (p. 33)

El planteo de una cuestión de constitucionalidad tiene su fundamento en el Estado de Derecho y debe admitirse ante cualquier tribunal, ya sea estatal o no.

II.3. El procedimiento de la vía de excepción de inconstitucionalidad o de oficio.

Tratándose de un arbitraje doméstico, corresponde cuestionarse si el procedimiento que debe tramitarse ante un planteo de inconstitucionalidad - ya sea por la vía de excepción o por la vía de oficio -, es el reglamentado en nuestro C.G.P (arts. 508-523).

En efecto, las partes pueden pactar el procedimiento que consideren más conveniente, conforme lo prevé el art. 490 del C.G.P. En tal sentido, por ejemplo, pueden pactar que el procedimiento arbitral seguirá el del proceso ordinario previsto en el C.G.P o, por el contrario, el establecido por las normas de procedimiento del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay.

Sin perjuicio de ello, el propio art. 490 del C.G.P prevé que para el caso que *“nada dijeren o en cuanto no hubiese sido objeto de previsión especial en el procedimiento señalado, se aplicarán por los árbitros las disposiciones establecidas en este Código para el proceso ordinario”*.

Pese a que dicha norma remite exclusivamente a las disposiciones del proceso ordinario, concluimos que serían de aplicación las disposiciones previstas en el C.G.P respecto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes (arts. 508-523). Por lo tanto, la parte en el proceso arbitral deberá formular la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por escrito, con todos los requisitos previstos por el art. 512 C.G.P.

Ahora bien, ¿qué sucede si el árbitro o tribunal arbitral rechaza el planteo de inconstitucionalidad por la vía de excepción?

Nuestro ordenamiento procesal prevé el recurso de queja por denegación de la excepción de inconstitucionalidad (arts. 262 a 267 C.G.P) y así lo establece expresamente el art. 513 numeral 2 del C.G.P: *“513.2 Cuando el que usó de la defensa o excepción de inconstitucionalidad se agraviare de la denegación y omisión del trámite, podrá recurrir por vía de queja conforme con lo dispuesto por los artículos 262 a 267.”*

Según nuestra ley procesal el recurso de queja se presenta dentro del plazo de cinco días siguientes al de la notificación de la providencia denegatoria y ante el mismo tribunal que la dictó. Una vez presentado el recurso de queja, y de conformidad con lo previsto en el art. 264 C.G.P, el mismo tribunal podrá revocar por contrario imperio la resolución impugnada o, por el contrario, el tribunal lo remitirá sin más trámite al superior.

Lo que no está regulado en el C.G.P es la hipótesis del arbitraje, por lo que nos cuestionamos si resultaría admisible la tramitación del recurso de queja por denegación de la excepción de inconstitucionalidad y en cuyo caso, quién sería el “tribunal superior” al que refiere el art. 264 C.G.P. En tal sentido, ¿es posible que exista otro tribunal que pueda resolver si se admite o no el recurso de queja por denegación de la excepción de inconstitucionalidad?

Por un lado, podríamos entender que - como sucede en el arbitraje -, frente a una resolución del árbitro que las partes no están de acuerdo, estas podrán recurrirla frente al propio árbitro, pero no hay instancia de análisis por parte de un tribunal de alzada mediante la interposición de un recurso de apelación. Por lo tanto, frente al rechazo de la excepción de inconstitucionalidad planteada por una de las partes, no habría opción de acudir al recurso de queja que necesariamente implica el análisis por un tribunal diferente y dentro del Poder Judicial.

Pero, por el otro lado, y si entendemos que resultaría de aplicación al arbitraje la reglamentación del proceso de inconstitucionalidad prevista en el C.G.P (art. 490), debemos considerar que dentro de dicha reglamentación está expresamente establecido que, en caso de denegatoria de la defensa o excepción de inconstitucionalidad, quien se agraviara podría recurrir al recurso de queja. Por lo tanto, el tribunal arbitral debería remitir sin más trámite las actuaciones relativas al planteo de inconstitucionalidad al “tribunal superior”, que en este caso debería ser el tribunal que hubiere conocido si no hubiese mediado el arbitraje.

Evidentemente, este punto no está regulado expresamente por el C.G.P, lo que entendemos que permitiría sostener válidamente ambas posturas u otras interpretaciones posibles.

II.4. La vía de acción y el proceso arbitral

Independientemente de la vía de excepción, la parte interesada en la desaplicación de la ley o decreto departamental en un proceso arbitral, podría solicitar su inconstitucionalidad por la vía de acción, directamente ante la SCJ. Esto le permitiría sortear las dificultades de rechazo por parte del árbitro de la vía de excepción y hasta el rechazo de la tramitación del recurso de queja.

Se podría plantear el escollo que prevé el art. 510.1 del C.G.P en tanto dispone que únicamente procede esta vía de acción “*cuando no existiere procedimiento jurisdiccional pendiente*”. Por lo tanto, si se entendiere aplicable esta norma, en caso de existir un proceso arbitral pendiente, el interesado quedaría imposibilitado de plantear la inconstitucionalidad por la vía de acción. No obstante, entendemos que la Constitución no dispone ninguna limitación al planteo de la vía de acción, sino que esta limitación está en una norma de rango legal (C.G.P). Por lo tanto, el interesado podría plantear por la vía de acción, directamente ante la SC, la inconstitucionalidad de la norma jurídica que pretende desaplicar en el proceso arbitral y la inconstitucionalidad del art. 510.1. del C.G.P, por limitar la vía de acción.

Por otra parte, para el caso que una de las partes del proceso arbitral solicite por la vía de acción la inconstitucionalidad de una norma que se quiere aplicar en el arbitraje, surge también la interrogante de si el árbitro o tribunal arbitral debe dictar el laudo arbitral o esperar a que la SCJ se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad planteada por una de las partes.

En el supuesto de que el proceso se encuentre en el plazo para el dictado del laudo arbitral, y las partes se pusieran de acuerdo en solicitar la suspensión del procedimiento hasta tanto se resuelva la inconstitucionalidad en la SCJ, no se generaría ningún inconveniente.

El problema surge cuando no existe acuerdo de partes para la suspensión del procedimiento arbitral. En este caso es cuestionable si el árbitro puede, en función de las facultades de dirección del proceso arbitral, aguardar la resolución de la SCJ respecto de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por la vía de acción, para luego dictar el laudo.

Evidentemente, esto es muy complejo ya que dentro de las causales de nulidad del laudo se encuentra precisamente la de haberse dictado fuera del plazo (art. 499.1 C.G.P.), por lo que la opción de dilatar el dictado del laudo arbitral sería muy riesgosa.

En esta hipótesis, también cabe cuestionarse qué sucede si, luego de que el laudo arbitral ha quedado firme, la SCJ hace lugar a la inconstitucionalidad solicitada por la vía de acción, que hubiese tornado inaplicable una norma jurídica que se aplicó en el arbitraje.

En algunos países latinoamericanos se ha instalado ya hace muchos años el debate respecto de la procedencia de la acción de tutela o de amparo contra el laudo arbitral. Por ejemplo, la Corte Constitucional en Colombia ha admitido su procedencia.

En Uruguay, el amparo legal tiene una cortapisa para promoverlo contra un laudo arbitral, en tanto se excluye del ámbito de aplicación: “*A) Contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen*” (ley Nro. 16.011, art. 1). Podría eventualmente evaluarse la opción de un amparo constitucional con fundamento en los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución. Pero, en definitiva, no existe una solución normativa expresa frente a este supuesto.

II.5. Casos prácticos relevados en Uruguay

En nuestro país, existen antecedentes jurisprudenciales donde se ha planteado por la vía de excepción la inconstitucionalidad de una norma que se pretende aplicar en un proceso arbitral y el tribunal arbitral ha acogido el planteo de la inconstitucionalidad, lo que ratifica la tesis formulada en el presente trabajo.

En consecuencia, en esos casos se ha suspendido la tramitación del proceso arbitral, elevándose las actuaciones a la SCJ, quien ha asumido competencia y admitido el planteo de constitucionalidad formalmente (en tanto consideró que procedía la vía de excepción).

En el año 2019 se planteó en un proceso arbitral la inconstitucionalidad del art. 499 del C.G.P en tanto no se prevé la apelación del fallo arbitral. Por Sentencia Nro. 600/2019 de fecha 08/04/2019, la Suprema Corte de Justicia por unanimidad, desestimó el excepcionamiento de inconstitucionalidad promovido, por cuanto entendió que la doble instancia en materia civil no integra el debido proceso constitucional, remitiéndose a los argumentos desarrollados en las Sentencias Nos. 220/2017 y 691/2018, dictadas por dicho órgano.

Asimismo, con posterioridad se planteó en el mismo proceso arbitral y por la misma parte que había planteado la inconstitucionalidad del art. 499 del C.G.P por la doble instancia, la inconstitucionalidad del art. 497 del C.G.P que refiere a los gastos del proceso y que no prevé la auxilioria de pobreza en el proceso arbitral.

Por Sentencia Nro. 2.273/2019 de fecha 07/11/2019, la SCJ declaró inadmisibile la excepción de inconstitucionalidad interpuesta, en aplicación de lo dispuesto por el art. 512.2 del C.G.P, manifestando que:

Aún cuando son diferentes las normas señaladas como inconstitucionales en las excepciones, en el proceso de inconstitucionalidad rige plenamente el principio de economía procesal del que se derivan los propios de eventualidad (planteo simultáneo y no sucesivo de las defensas), concentración de los actos procesales y de preclusión, en razón de lo cual se encuentra vedado el planteamiento de sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad.

Dejamos planteada la dudosa constitucionalidad del art. 512.2 C.G.P, que prohíbe el planteo de sucesivas inconstitucionalidades, en tanto la Constitución no lo restringe y se establece una limitación por la vía legal. Sin perjuicio de que hay quienes sostienen que en dicha norma radican los fundamentos legales de la cosa juzgada, el art. 512.2 del C.G.P se contrapone con otra disposición del mismo ordenamiento procesal, esto es, la regla general establecida en el art. 11 del C.G.P, que prevé el derecho de acceso universal a los tribunales y la tutela jurisdiccional efectiva.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PROCESO ARBITRAL.

III.1. El control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico uruguayo

Como es posible analizar el control de constitucionalidad y su procedencia en el proceso arbitral, se plantea también la interrogante respecto del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad es un concepto que surge de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y que ha evolucionado, ampliando su contenido y alcance.

Inicialmente implicaba un control de compatibilidad, esto es, de confrontación del derecho interno con la Convención Americana de Derechos Humanos - comúnmente conocida como el Pacto de San José de Costa Rica - (CADH). Pero luego, se incluyó dentro

del control de convencionalidad la confrontación con la jurisprudencia general de la Corte IDH, así como la interpretación que la Corte IDH hace de la CADH.

Señala MARURI ARMAND-UGÓN (2018, p. 81) que actualmente es un concepto complejo que comprende los siguientes elementos:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CIDH, los demás tratados internacionales de los cuales el Estado sea parte, la jurisprudencia y las interpretaciones de la Corte IDH.

b) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda la autoridad pública en el ámbito de sus competencias y no solamente por el Poder Judicial.

c) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CIDH o bien su interpretación conforme a la CIDH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Por lo tanto, el control de convencionalidad parte también de la idea del “juez interamericano”, es decir, que todos los jueces tienen la posibilidad de controlar la convencionalidad de las leyes y de cualquier acto jurídico. Asimismo, parte de la idea de que todas las autoridades al ejercer sus atribuciones e incluso los particulares deben cuidar que todos los actos jurídicos sean compatibles con la CADH.

En Uruguay, insertar el sistema de control de convencionalidad genera una cantidad de problemas y desafíos, dado nuestro ordenamiento jurídico interno. Como señala GUERRA (2018): “*El control de convencionalidad del ordenamiento jurídico, que en puridad deberíamos estudiar previo al control de constitucionalidad, como lo hace notar ESTEVA GALICCHO, es un fenómeno relativamente novedoso en Uruguay. De hecho, actualmente sigue siendo objeto de debate, por lo que amerita un mayor detenimiento que el control de constitucionalidad*” (p. 1103).

En sede jurisdiccional, podemos visualizar dos grandes posiciones antagónicas respecto de su control.

Por un lado, fundado en que el control de convencionalidad no estaría comprendido en la Constitución, se sostiene que el control es difuso y cualquier juez puede dejar de aplicar una ley u otro acto jurídico si entiende que es contrario a la CADH.

Por otro lado, y en tanto la gran mayoría de los casos de inconvencionalidad de una ley son, además, casos de inconstitucionalidad, se sostiene que el control de convencio-

alidad de actos legislativos es concentrado, siendo exclusivamente competente la SCJ. Pero, si se tratara de un control de regularidad de cualquier otro acto jurídico que no sea una ley o decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción (por ejemplo, de un contrato en el que se discute si sus cláusulas son ajustadas a la CADH o no), el control de convencionalidad sería difuso y podría efectuarlo cualquier juez.

RISSO (2016, p. 200) se afilia a esta segunda tesis señalando:

En este esquema, y con las dudas que siempre genera adecuar algo nuevo al derecho anterior, entiendo que la solución adecuada conforme nuestra Constitución, consiste en que en los casos de desaplicación judicial de una disposición legal por inconstitucional o inconveniente, la competencia judicial está concentrada en la Suprema Corte de Justicia.

De todas formas, corresponde aclarar, por haber generado dudas en el pasado, que lo único que ingresa dentro de la excepción es lo referido a la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad o inconveniente de una ley. Fuera de esto (del caso de la ley) se aplican las consideraciones generales y cualquier juez resolverá las contradicciones entre la Constitución o el DIDH respecto a un acto que no sea una ley o un decreto con fuerza de ley en su jurisdicción de los Gobiernos Departamentales; interpretará “desde” la Constitución y “desde” el DIDH; superará las omisiones inconstitucionales o inconvenientes del orden inferior mediante la integración; y será competente para los casos de responsabilidad civil por la violación de la Constitución o del DIDH.

Actualmente, la doctrina mayoritaria adhiere a esta postura, en el sentido de que la competencia para resolver la cuestión de convencionalidad de actos legislativos es exclusiva de la SCJ, equiparándola al control de constitucionalidad en lo que a competencia y vías refiere.

Respecto de la confrontación del derecho interno con la jurisprudencia general de la Corte IDH, RISSO (2018, p. 372) destaca la necesidad de conocer los pronunciamientos de la Corte IDH, aunque no sean obligatorios por sí mismos. Señala el autor que esta posición fue aceptada por la SCJ, al referir a la importancia de la jurisprudencia internacional en la Sentencia Nro. 365/2009.

III.2. Procedencia de la inconventionalidad en el proceso arbitral

Trasladando los conceptos manifestados en relación al control de constitucionalidad, concluimos que es también admisible el control de convencionalidad ante cualquier tribunal, ya sea estatal o arbitral, por tratarse de un principio básico del Estado de Derecho.

Respecto del proceso arbitral, se puede plantear la discusión en relación a si el control de convencionalidad de los actos legislativos (leyes y decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción) lo puede realizar el propio árbitro o tribunal arbitral, o debe necesariamente entender la SCJ, por ser la única competente para resolver una cuestión de inconventionalidad. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, se debería concluir que el control de convencionalidad de actos legislativos es de carácter concentrado, debiendo únicamente entender la SCJ.

Ahora bien, se plantea la interrogante respecto de si resultan aplicables al control de convencionalidad las disposiciones constitucionales (arts. 256 y ss.) y procesales (arts. 508 - 523 C.G.P) que regulan el proceso de inconstitucionalidad. Sobre este punto, consideramos que sería legítimo sostener que rigen las mismas disposiciones antes referidas para el control de convencionalidad, ya que habitualmente los casos de inconventionalidad son también de inconstitucionalidad (salvo, por ejemplo, en el caso que se alegue que la Constitución es contraria a la CADH), por lo que se verificaría una suerte de yuxtaposición normativa.

Por lo tanto, este control de convencionalidad de los actos legislativos podría verificarse en los procesos arbitrales ya sea por la vía de excepción, así como la vía de oficio. En estos casos, el árbitro o tribunal arbitral debería: a) admitir por la vía de excepción un planteo de inconventionalidad, suspender el proceso arbitral y elevar las actuaciones a la SCJ para su resolución; b) plantear de oficio la inconventionalidad de una norma jurídica que no sea compatible con la CADH (o eventualmente, la jurisprudencia de la Corte IDH) y que se pretende aplicar en el proceso arbitral, suspender dicho proceso y elevar las actuaciones a la SCJ.

Se podría complejizar la situación si, el árbitro o tribunal arbitral, denegara el planteo de inconventionalidad por la vía de excepción. Aquí nuevamente podrían ser trasladables, y sin perjuicio de ser opinable, las consideraciones analizadas para el control de constitucionalidad, a las cuales nos remitimos.

IV. REFLEXIONES FINALES

El control de constitucionalidad de leyes y decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción se encuentra regulado en nuestra Constitución de forma escueta y trae aparejado ciertas dudas interpretativas, que han sido relevadas por la doctrina y jurisprudencia.

Evidentemente la redacción del art. 258 de la Constitución al calificar al proceso como “*judicial*” incorpora una limitante para la proposición de la vía de excepción de inconstitucionalidad o la vía de oficio ante órganos jurisdiccionales ya sea estatales o arbitrales.

En relación al proceso arbitral, son diversas las cuestiones de debate que se pueden plantear respecto del control de constitucionalidad y convencionalidad, lo cual genera grandes desafíos interpretativos, dada la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien se han relevado antecedentes jurisprudenciales, donde el tribunal arbitral ha acogido la excepción de inconstitucionalidad, suspendiendo el proceso arbitral y elevando las actuaciones a la SCJ, quien ha admitido formalmente el planteo y asumido competencia, la cuestión aún no está resuelta.

La falta de regulación deja también en evidencia otras problemáticas que se suscitan al analizar esta temática, por ejemplo: cuáles son las consecuencias de que el tribunal arbitral rechace un planteo de inconstitucionalidad o inconventionalidad solicitado por la vía excepción y la discutible procedencia del recurso de queja por denegación de la excepción de inconstitucionalidad o inconventionalidad en el trámite de un proceso arbitral.

Sin perjuicio de esta problemática, nos volcamos hacia una interpretación que habilite el control de constitucionalidad y convencionalidad, tanto por la vía de excepción como la de oficio, ante cualquier tribunal ya sea estatal o arbitral, por tratarse de un principio básico del Estado de Derecho.

De lo contrario, los sujetos que canalizan sus litigios por la vía alternativa del arbitraje, verían obstaculizada la posibilidad de plantear una cuestión de constitucionalidad o convencionalidad de un acto legislativo en el proceso arbitral, violentándose no solo el principio de igualdad, sino las bases de un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CARDINAL, Fernando y LABAT, Santiago (2018). “Sistemas de control de constitucionalidad de las leyes y la evolución histórica en nuestro Derecho Positivo”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- CHEDIAK, Jorge y NICASTRO, Gustavo (2018). “Legitimación activa en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de la ley por las vías de acción y de excepción”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- DE HEGEDUS, Margarita (2018). “Proceso de inconstitucionalidad de la ley. Vías para obtener su declaración. Procedimiento”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- DELPIAZZO, Carlos (2018). “Alcance y desafíos del control de constitucionalidad”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (1998). “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes por vía de excepción y la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Ingranusi Ltda., Montevideo.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (2015). “Legitimación en el proceso de inconstitucionalidad de actos legislativos”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 12, La Ley Uruguay, Montevideo.
- GOMES, Fernando (2018). “Objeto del proceso de inconstitucionalidad de la ley. Actos pasibles de ser declarados inconstitucionales”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- GUERRA, Walter (2010). “Nuevo proceso laboral. Fundabilidad y su constitucionalidad y convencionalidad” en *Nuevas especialidades del proceso sobre materia laboral: Ley no. 18.572*, FCU, Montevideo.
- GUERRA, Walter y GUERRA, Martin (2018). Apelación y segunda instancia. Un derecho con fuente en la Constitución y en el Derecho Internacional de Derechos Humanos” en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- MARURI ARMAND-UGON, Sofia (2018). “El control de convencionalidad” en *Revista De Derecho*, 17(34). Disponible en: <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/417>
- NICASTRO, Gustavo (2018). “El proceso de declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Cuestiones relevantes en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- REYES SINISTERRA, C. C. y GÓMEZ GÓMEZ, C. C. (2016) “Control de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en Colombia” en *Revista de Derecho Privado*, Nro. 56, Universidad de los Andes, Colombia. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.16>
- RISSO, Martin (2016). “El control de convencionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, Número 50, FCU, Montevideo.

- RISSO, Martin (2018). “El control de constitucionalidad de las leyes y el principio de convencionalidad” en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo (2005). *Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos*, 1ª edición, F.C.U., Montevideo.
- SARLO, Oscar (2018). “Jurisdicción constitucional y argumentación en el Derecho Uruguayo”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- VALENTIN, Gabriel (2015). “Cuatro cuestiones sobre el proceso de inconstitucionalidad de la ley”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 12, La Ley Uruguay, Montevideo.
- VÁZQUEZ, Cristina (2018). “Vías para promover la declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos”, en *Procesos Constitucionales*, FCU, Montevideo.
- VÉSCOVI, Enrique (1990). “Proceso de inconstitucionalidad”, en *Curso sobre el Código General del Proceso*, Tomo II, 2ª reimpresión, F.C.U., Montevideo.
- VÉSCOVI, Enrique (1969). “El proceso de inconstitucionalidad de la ley en el derecho uruguayo”, en *Revista Argentina de Derecho Procesal*, N° 3, Argentina.
- VÉSCOVI, Enrique (1967). *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Cuadernos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 18, Montevideo.

Fecha de recepción: 10 de abril 2021

Fecha de aprobación: 29 de abril 2021

CONFERENCIA MAGISTRAL

COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA. ASIGNATURA PENDIENTE EN URUGUAY ¹

*Mariana Blengio Valdés**

En Uruguay la creación de una Comisión Nacional de Bioética constituye una asignatura pendiente en la agenda de la bioética y los derechos humanos. Si bien no existe un modelo único ni ideal de Comisión Nacional, la experiencia de las Comisiones de esta naturaleza creadas en Europa y América Latina ilustran su relevancia y proyectan sus funciones. El compromiso de los Estados de crearlas y fortalecerlas emana de documentos claves como la trilogía de declaraciones adoptadas por la Conferencia General de la UNESCO en 1997, 2003 y 2005. En tal sentido la última de las tres, concretamente la Declaración de Bioética y Derechos Humanos exhorta a los Estados Partes a su creación como herramientas de fortalecimiento de la democracia en el marco de la importancia de la discusión y reflexión sobre grandes problemas que vinculan a la vida y salud humanas en su conexión con la naturaleza, a la luz de impacto de los avances biotecnológicos y biomédicos. A lo cual se suman en el inicio de una nueva década, las circunstancias que en este siglo XXI parecen interpelar las relaciones humanas a partir del impacto de una pandemia con consecuencias devastadoras en lo sanitario, social y económico.

1. Punto de partida. La Bioética como disciplina.

El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias biológicas y la atención de la salud constituye el campo de estudio de la Bioética, concebida ésta como una disciplina que examina dichos aspectos a la luz de los valores y principios morales.(REICH, W.T, 1995. Enciclopedia de Bioética).

El desarrollo de la Bioética se nutre de un proceso progresivo de incorporación de corrientes de pensamiento. Todas éstas interactúan en la reflexión abierta, pluridisciplinaria y plural. Este proceso se impulsará en las últimas décadas del siglo XX y especialmente el siglo XXI a partir de la puesta en común de fuertes dilemas que se hacen eminentemente

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora (agr) en Derechos Humanos y Bioética UDELAR, CLAEH y CEJU. Directora INDDHH y Defensoría del Pueblo. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de DDHH de la UDELAR (2002 - 2016). Integrante de las Comisiones de Bioética y Salud Asistencia del MSP (2011); Comisión de Reproducción Humana Asistida ley 19167 (2016 - 2017), Comité de Investigación en seres humanos Facultad de Medicina UDELAR (2016 Y 2017), Comisión de Bioética del CMU (2020/21). Fundadora del Grupo de Derecho y Bioética de la Facultad de Derecho UDELAR. Miembro del Grupo de Mujeres Constitucionalistas Facultad de Derecho UDELAR. Autora de diversas obras en su especialización. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

¹ Texto revisado por la autora de la conferencia dictada en el ciclo de talleres y conferencias de educación continua organizados por el Colegio Médico del Uruguay el 28 de abril 2021.

Ya adentrado el siglo XXI, el campo de estudio de la Bioética se amplía sustancialmente. A los abordajes relativos a la atención de la salud y las ciencias médicas se une la necesidad de reflexionar, analizar y cuidar la supervivencia del ser humano, los demás seres vivos y el entorno vital. Se incluyen además de la ética clínica y la investigación científica con seres humanos; aspectos vinculados a la administración de recursos ambientales; derecho de los seres vivos no humanos; ecologismo; ciencias cognitivas; genética; inteligencia artificial; big data; derechos de las generaciones futuras; ciencia y sociedad; entre otros puntos.

En el estudio de la Bioética se pone en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas públicas encaminadas a conseguir el bien social a la luz del ininterrumpido y constante progreso de la biomedicina y la biotecnología. Los avances científicos a la vez que constituyen esperanzas para múltiples grupos humanos generan profundos dilemas individuales y colectivos.

2. Reflexión como esencia de la Bioética.

El objetivo de la Bioética es reflexionar en torno al fenómeno de la vida en general y la salud en particular y los problemas que se suscitan desde una visión amplia e integral. Esta reflexión promueve la búsqueda y logro de compromisos mínimos en la elaboración de reglas de juego que puedan ser aceptadas por los individuos que conviven en las diferentes comunidades. Promoviéndose su participación como proceso imprescindible para la adopción normas jurídicas que contengan un mínimo consenso sobre valores individuales y colectivos.

La reflexión parte de considerar que “la Bioética está precisamente en el reconocimiento de la pluralidad de opciones morales y en propugnar la necesidad de establecer un mínimo marco de acuerdo por medio del cual los individuos pertenecientes a comunidades morales diversas puedan considerarse ligados por una estructura común que permita la resolución de los conflictos con el suficiente grado de acuerdo”. Por último, “será el Derecho el que deberá establecer los límites de lo permitido, de ahí que deriva la estrecha relación entre Derecho y Bioética”. (CASADO,M.2016).

La Bioética no impone, porque sus propuestas de tratamiento de los conflictos solo pueden ser exigibles en caso de pasar a ser reglas jurídicas. Es una disciplina que en tanto rama de la ética y ésta de la filosofía, tiene como función ofrecer criterios o pautas generales para orientar la acción humana. Esto implica la necesidad de elaborar sólidos argumentos que se conviertan en razones para la acción propia o ajena, de cara a la toma

de decisiones ya sean particulares o generales como es el caso de la elaboración de las normas jurídicas.

3. Consenso internacional en la proyección del Derecho Internacional de la Bioética y sus principios.

El desarrollo de la Bioética como disciplina y la consolidación de los principios bioéticos como disposiciones abiertas que permiten argumentar y dirimir los grandes dilemas existenciales se potencia a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Esto se produce al llegar a consensos mínimos que en esencia argumentan que: el respeto al valor de la dignidad humana es condición de la existencia misma de la vida; que ciertos límites no pueden ser trasgredidos; que los criterios de pura eficacia técnica deben rechazarse en la medida que no contemplen los aspectos éticos.

La comunidad internacional ha sido partícipe de este proceso especialmente a partir del fin de la segunda guerra mundial y a la luz de la violación flagrante de los derechos humanos verificada en este período incluyendo la experimentación con seres humanos. Lo que no obsta a la constatación de otros múltiples abusos a partir de investigaciones con seres humanos en el seno de diferentes Estados, antes, durante y después de la II Gran Guerra, que tomarán estado público ya adentrado el siglo XX.

En el período indicado documentos claves son aprobados por la comunidad internacional, incluyendo disposiciones que fundadas en el respeto de la dignidad de los seres humanos apuestan a erradicar la vulneración de los derechos y el reconocimiento de la autonomía de la persona en relación a su vida, su salud, y su entorno. La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948², el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 específicamente su artículo 7³ y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el artículo 15.3⁴, son ejemplos de ello y abren las puertas a un desarrollo normativo de acuerdos internacionales que constituyen el núcleo duro de la protección universal y su debido equilibrio en materia de derechos y libertades. Estos documentos generan el entronque entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el de la Bioética.

² Adoptada en 1948 incorpora en su preámbulo el reconocimiento a la dignidad de la persona destacando que “el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes por la conciencia de la humanidad”.

³ PDCP adoptado por ONU en 1966. Artículo 7. Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. Ratificado por ley 13751 de 11 julio 1969.

⁴ PDESC adoptado por ONU en 1966. Artículo 15.3. Los Estado Partes reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la investigación científica y para la sociedad creadora. Ratificado por ley 13751 de 11 julio 1969.

En ese marco surgen desde ese período y en forma progresiva normas que incorporarán paulatinamente los que hoy se consolidan como *principios bioéticos*.

El Código de Nuremberg en 1947⁵; la Declaración de Helsinki de 1964 y sus sucesivas modificaciones⁶; las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación relacionada con la Salud con Seres Humanos elaboradas por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) con la colaboración de la OMS sucesivamente revisadas⁷, son también ilustrativas. Lo que arroja un denominador común de disposiciones abocadas a proteger y respetar el valor de la dignidad humana más allá de la naturaleza jurídica del documento y la entidad que lo emitió.

El proceso se cierra en esta etapa de consolidación de la Bioética con la trilogía de declaraciones adoptadas por la Conferencia General de la Unesco en 1997, 2003 y 2005. Estas son la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos⁸; la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (en adelante DUBDDHH). Documentos que abordan la esencia de múltiples aspectos sustanciales enumerando principios bioéticos que emergen del respeto a la dignidad humana, e incluyen la creación y proyección de ámbitos de reflexión en el ámbito de las Naciones Unidas como lo constituyen el Comité Internacional de Bioética (CIB) y el Comité Intergubernamental Bioética.

La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos⁹ (en adelante DUBDDHH) reúne a partir del principio del respeto a la dignidad humana el conjunto de principios bioéticos que proyectarán la reflexión y la búsqueda de acuerdos y consensos mínimos en el abordaje de temas sustanciales para la especie humana. Su adopción es considerada sustancial en la historia de la protección universal de los derechos humanos en un entronque con el derecho internacional de la Bioética que permitirá proyectar los principios bioéticos en ella enumerados.

⁵ Publicado en 1947 surge a partir del juicio llevado adelante para juzgar los experimentos con seres humanos llevados a cabo por médicos (“Doctores”) durante la segunda guerra mundial en campos de concentración nazis. Es una primera forma jurídica de establecer pautas que protejan a los sujetos de investigación. Centra sus disposiciones en el consentimiento informado.

⁶ Adoptada por la Asamblea de la Asociación Médica Mundial en Finlandia. Comprende principios éticos para las investigaciones con seres humanos. Ha sido objeto de sucesivas modificaciones.

⁷ Disponibles en: https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/12/CIOMS-EthicalGuideline_SP_INTERIOR-FINAL.pdf Fecha de consulta: 4 febrero 2021.

⁸ Esta Declaración adoptada en 1997 por la Conferencia General de UNESCO fue hecha suya en 1998 por la Asamblea General de la ONU adoptándose por unanimidad en ambas instancias.

⁹ Puede ampliarse en: BLENGIO VALDÉS, Mariana. La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes de Derecho Internacional de los DDHH y la Bioética. Revista de Derecho Público, 2016. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/49/archivos/Blengio49.pdf> Fecha de consulta: 7 febrero 2021.

A este desarrollo se unen múltiples normativas incorporadas a nivel nacional que abordan temas objeto de la bioética en una gran cantidad de Estados así como también la creación de ámbitos de reflexión en comités o comisiones de carácter temporario o permanente que pretenden dar un marco teórico al impacto que la biotecnología y la biomedicina produce en la vida humana.¹⁰

4. La DUBDDHH y las Comisiones Nacionales de Bioética

Adoptada en 2005 la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos fue adoptada por unanimidad (téngase presente que en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos observó abstenciones) lo que resulta claramente significativo por la relevancia de los principios que incorpora. Con especial referencia a la temática abordada en este aporte, la DUBDDHH exhorta a los Estados Partes a crear comisiones nacionales de Bioética como herramientas de fortalecimiento de la democracia en el marco de la relevancia de la discusión de los grandes problemas existenciales. Su artículo 19 dispone:

Su artículo 19 insta a crear, promover y apoyar la creación y labor de comités de ética independientes y pluridisciplinarios. Enumera una tipología de comités de ética necesaria para la aplicación de los principios contenidos en la DUBDDHH. Entre ellos los comités de ética de investigación clínica, los comités de ética asistencial y las comisiones nacionales de bioética. Las tres categorías comprenden perspectivas y cometidos diferentes en su especialidad y ámbito de acción. En forma adicional el artículo 22.2 dispone que los: “Estados deben fomentar la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas”. Se insta de esa forma a crear instancias de reflexión ética y a que los estados lo potencien.¹¹

Las comisiones nacionales de bioética tienen como esencia la aplicación de los principios de la DUBDDHH cuyo objetivo es tratar las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta las dimensiones sociales, jurídicas y ambientales (artículo 1).

¹⁰ La creación en Estados Unidos de la Comisión Nacional para la Protección de Seres Humanos en 1974 fue un intento del gobierno de dicho país por proyectar un abordaje que permitiera instaurar determinadas pautas básicas en el ámbito de la investigación en seres humanos ante el escándalo público generado por los estudios experimentales con humanos en Willowbrock y Tuskingee realizados con grupos especialmente vulnerables, sin ningún tipo de contemplación de sus derechos y con la utilización de fondos públicos. La Comisión que actuara durante 4 años (1974 - 1978) emitió su Informe sobre Principios Éticos y Pautas de Protección de los Seres Humanos de Investigación - Informe Belmont basado en cuatro principios bioéticos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Este documento tendrá una amplia repercusión y su proyección universal para el estudio y aplicación práctica de la Bioética.

¹¹ Si bien la creación de estos ámbitos ya había sido recomendada en las anteriores declaraciones de la UNESCO, concretamente en el artículo 16 de la Declaración sobre Genoma Humano y DDHH de 1997 y el artículo 6 b de la Declaración Internacional de Datos Genéticos de 2003, por primera vez se definen las funciones que cada uno debe desempeñar en diferentes contextos.

5. Fundamentos e importancia de las Comisiones Nacionales de Bioética.

En la medida que los avances científicos y sus aplicaciones pueden incidir en el efectivo goce de los derechos humanos de todas las personas y muy especialmente en el ámbito clínico y de investigación, es que se considera que las comisiones nacionales de bioética en carácter de foro de reflexión ética contribuyen a garantizar y proteger los mismos. Aunque sus informes y actuaciones no se reduzcan a temas de ética clínica o investigación. A juicio de algunos autores estos foros se visualizan como verdaderos “trampolines para la reflexión ética en un Estado” (DE LECUONA, I., 2015).

Su creación, la cual se plasma en el ordenamiento jurídico a través de disposiciones de diferente jerarquía, ilustra claramente el vínculo entre ética y derecho. Están abocadas a contribuir al debate social y a la cohesión de la sociedad civil en sus distintas esferas. “Su regulación nos ayuda a disponer de un marco normativo adecuado que pueda dar respuesta a los nuevos retos científicos al mismo tiempo que garantice la protección de los derechos de las personas que pudiesen resultar afectados por la acción investigadora”. En muchos casos apuestan a “generar confianza entre la sociedad y los investigadores, para encontrar el equilibrio entre el respeto por los derechos humanos como puede ser la intimidad el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de investigación. (DE LECUONA, I., 2015)

Las Comisiones Nacionales de Bioética abordan temas muy complejos y en muchos casos novedosos pero ligados a lo cotidiano y lo ordinario que deriva en esencia de la investigación biomédica y sus aplicaciones. Así también de cuestiones éticamente arduas que promueven una discusión social de especial interés. Por eso es que se justifica y valora con creces, la creación de estos ámbitos de reflexión. El vertiginoso avance científico interpela al ser humano con preguntas cada vez más fundamentales sobre la esencia misma de la vida.

La creación de las Comisiones Nacionales de Bioética como ámbitos de reflexión y con características propias que las identifican, cumplen una función especializada y complementaria del debate parlamentario pero no son comisiones parlamentarias ni tienen como cometido representar a los parlamentarios.

Por su parte no emiten normas vinculantes. Deben ser sus dictámenes insumos para la discusión, “brújulas” que pueden orientar al momento de tomar decisiones tanto en el ámbito judicial como a la hora de legislar. Por eso su composición debe incluir la mayor cantidad de enfoques y perspectivas que aseguren un discurso bioético público buscando el debido y variado perfil de sus integrantes. (HERRANZ, G, 2005).

El “rigor lógico, el conocimiento profundo y el juicio sólido” son tres de las cualidades básicas que deben tener los integrantes de este tipo de Comisiones Nacionales lo que se habrá de reflejar en los informes a emitir. Las conclusiones a las cuales se arriban no pueden dejar vacíos lógicos excluyendo cualquier tipo de argumento basado en la autoridad o el dogma. La mayoría de la doctrina es unánime en afirmar que el partir de la reflexión como eje de la actuación; la independencia de criterio; y las razones fundadas; constituyen los componentes más poderosos de este tipo de órganos y de los documentos que emiten. A los cuales solo se arribará en la medida que los integrantes de las comisiones nacionales de bioética observen estos elementos y se incorporen desde la pluridisciplinariedad y la pluralidad. La ética se aconseja no se impone como obligación. No debe ser un poder fáctico sino desde el argumento lógico, extraer la fuerza moral. “Su ascendiente está en la objetividad ponderada con que recopila los datos. La ecuanimidad con que ordena los argumentos, la consistencia con la cual ordena sus conclusiones y las envía a la sociedad. No son un legislativo paralelo” (HERRANZ, G, 2005).

6. Antecedentes europeos y americanos.

Es en Europa donde se crean las primeras comisiones nacionales de bioética ya desde la década del 80. Esto arroja más de 40 años de experiencia. Así puede verse el caso de Inglaterra (1981 y 2000); Dinamarca en 1982, Francia en 1983. El Comité National Consultatif d’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé creado en Francia reúne 36 miembros siendo un ejemplo de los más numerosos. Es en la década del 90 donde se crearán otras comisiones nacionales: Italia, Portugal, Holanda, Bélgica y Suiza. Su regulación y forma de actuación así como composición es diversa. Sin perjuicio de ello todas se basan en ese denominador común antes referenciado de reflexión independiente, plural y pluralista de la realidad humana y sus dilemas éticos.

Aunque posterior el proceso en América Latina es también constante. La primera fue Cuba en 1997, verificándose su creación en Haití en 1999; en Bolivia 2013; México 2005, Ecuador 2012, El Salvador 2009, Jamaica 2009, República Dominicana 2009, Paraguay 2017, estando en proceso Colombia y Brasil. De los 12 países que las han creado 2 han sido dispuestas por normas legislativas y el resto por resoluciones ministeriales.

7. Uruguay.

En Uruguay la creación de una Comisión Nacional de Bioética con las características que acabamos de delinear constituye como se expresó, una asignatura pendiente en la agenda de la bioética y los derechos humanos.

Discusiones sobre su pertinencia y rol se vienen verificando desde fines de la década del 90. A la fecha ninguna comisión ha sido creada en tal carácter y con las

particularidades reseñadas y tampoco ha asumido el rol que se describe en este aporte. El tema forma parte de los desafíos que posiciona la academia como elemento relevante para la proyección de la bioética, beneficiando a la sociedad en su conjunto y la democracia.

En lo que refiere a la temática de la Bioética en general, desde el Poder Ejecutivo en las décadas del 90 y comienzos del siglo XX se constata un destacado rol que en el ámbito internacional observó Uruguay como Estado Parte de la Conferencia General de la UNESCO en la discusión y posterior adopción de la trilogía de las declaraciones antes referenciadas. Así también en la participación de Uruguay a través de especialistas y representantes gubernamentales en el seno de los Comités Internacional e Intergubernamental de Bioética.

Por su parte en el ámbito interno, la creación y puesta en marcha de comités de bioética y otros con cometidos específicos referidos a la ética en investigación con seres humanos en diversos centros asistenciales, avalan no solo la relevancia que la academia da a estas instancias de reflexión sino también ilustran el interés que profesionales, especialistas y asociaciones científicas de diversas disciplinas han marcado en este terreno. A modo de ejemplo a partir de la década del 90 se crean las Comisiones de Bioética en el Sindicato Médico del Uruguay (SMU), Hospital Pereira Rossell, Hospital de Clínicas, CASMU, Hospital Policial, Hospital Maciel, Círculo Católico. Téngase presente que a partir del año 2008 con la aprobación de la ley 18335 la creación de comisiones de bioética en el ámbito asistencial son obligatorias para todo el sistema nacional integrado de salud incluyendo la obligatoriedad en las emergencias móviles incorporadas luego por decreto 274/2010. Por Resolución 610/2005 el MSP creó la Comisión de Bioética y Calidad Integral en la Atención de la Salud en el ámbito de dicho Ministerio.

En lo que refiere a la ética de investigación con seres humanos no se registra a la fecha una ley específica que regule la temática y todas sus aristas, en forma integrada lo que reiteradamente hemos señalado y considerado un tema pendiente. Co existen en materia legislativa diferentes disposiciones que refieren a la temática en leyes dispersas como las previstas en las leyes de reproducción humana asistida, donación y trasplantes, entre otras.¹² Con aspectos no menores que vinculan a la investigación con embriones, células madres y demás. La regulación legal en forma integrada, constituye un vacío que deberá oportunamente abordar el legislador para otorgar al Uruguay una normativa de rango legal que apueste a la regulación de la temática cuya actualidad resulta sustancial máxime a la luz del impacto de la pandemia en 2019 - 2020.

¹² Entre las diferentes leyes que refieren a aspectos puntuales de la investigación con seres humanos encontramos: Ley 18968 Donación y Trasplantes de Organos células y tejidos; ley 19167 de Reproducción Humana Asistida; Ley 19268 Código de Etica Médica; Ley 18611 sobre utilización de animales en investigaciones científicas. Sobre el punto nos remitimos al texto de nuestra autoría titulado "Sobre la regulación jurídica bioética de la investigación en seres humanos" disponible en: <http://www.revistaderedchopublico.com.uy/revistas/50/blengio.php> 4 febrero 2021.

Sin perjuicio de esto téngase presente que el decreto 158/2019 del Poder Ejecutivo de 3 de junio 2019 al cual nos remitimos, modificativo del decreto 379/2008 que originalmente reguló la temática de investigación en seres humanos incorpora una amplia regulación del tema. Este decreto además de ampliar definiciones y aspectos instrumentales, actualizó la actuación de una Comisión Nacional de Ética en Investigación en Seres Humanos la cual se encuentra vinculada a la Dirección de Salud del MSP donde funciona. Dicha Comisión de carácter pluridisciplinario, "debe velar por el buen funcionamiento de los comités de ética de investigación institucionales". Estos comités de ética en investigación institucionales cumplen un rol específico. Deben revisar y aprobar los protocolos de investigación que se presenten en cada institución e involucren seres humanos. Les corresponde a estos comités institucionales, ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del protocolo así como balance de riesgos y beneficios emitiendo su aprobación, observación o no aprobación la que será preceptiva y vinculante (artículo 38). En el caso de los estudios multi céntricos que requieran dictamen único; poblaciones vulnerables; aspectos de bioseguridad y aquellos ensayos clínicos de nuevos medicamentos, test, vacunas, equipamientos, dispositivos y procedimientos invasivos" será la Comisión Nacional de Ética en Investigación que funciona en el ámbito del MSP la que deba "dictaminar del punto de vista ético sobre los mismos (artículo 43). Resulta importante no confundir y especificar claramente las funciones y sus consecuencias en relación al carácter preceptivo y vinculante o no de los dictámenes de los comités de ética en investigación con seres humanos institucionales incluyendo a la comisión nacional que funciona en el ámbito del MSP, lo que no obsta a su importancia aspecto que destacamos, y en forma coincidente entendemos que el legislador deberá abordar en el ámbito legislativo, para fortalecer la protección de los seres humanos en su carácter de "sujetos" y no "objetos" de investigación.

8. Uruguay y la discusión en el ámbito legislativo.

El Poder Legislativo no ha sido ajeno a la posibilidad de crear una Comisión Nacional de Bioética. Según consta en los antecedentes parlamentarios en 1995 un Grupo Interdisciplinario de representantes nacionales participó en la 93ª Conferencia de la Unión Interparlamentaria realizada en España donde se abordó el tema de las Comisiones Nacionales de Bioética y en el cual se exhortó a establecer este tipo de comisiones en sus respectivos países..¹³

¹³ En esa fecha el entonces diputado Jaime Trobo en informe brindado en la Cámara de Representantes hizo referencia a dicha participación destacando que fueron discutidos temas relativos a las implicaciones de la Bioética a nivel mundial para la protección de los derechos humanos. A partir de esta intervención y antecedente se resolvió crear una Comisión Especial sobre Bioética integrada por 10 miembros para el estudio del proyecto que disponga la creación de una Comisión Nacional de Bioética Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/1521> Fecha de consulta: 6 de febrero 2021.

En el año 2000 legisladores del Partido Nacional presentaron un proyecto conjunto de creación de una Comisión Nacional de Bioética¹⁴.

En 2003 basado en estos proyectos la Cámara de Representantes elaboró un proyecto de ley por el cual se crea la Comisión Nacional de Bioética¹⁵. El mismo fue suscrito por los representantes Raúl Argenzio, Gustavo Vachetti, Daniel Bianchi, José Gallo, Orlando Gil, Ramón Legnani y Wilmer Trivel. El mismo se aprueba en 2003 en el plenario de la Cámara y debido a los tiempos legislativos no fue tratado por el Senado y se archiva.

En 2006 el proyecto se desarchiva por la Comisión de Salud Pública para la nueva Legislatura (2005 - 2010)¹⁶ y se vuelve a presentar suscrito por los representantes José Gallo, Miguel Asqueta, José Quintín Olano y Alvaro Vega. Se aprueba por la Cámara de Representantes el 12 de julio de 2006 y pasa al Senado. El 28 de julio entra en Senado y el 31 de julio pasa a la Comisión de Salud Pública de dicha Cámara. El 1 de agosto se hace distribuido en Comisión de Salud Pública del Senado dándose cuenta en el seno de la Comisión sin verificarse más movimientos. En el año 2010, el 14 de febrero se solicita el archivo.¹⁷

Desde 2006 a la fecha no ha habido más proyectos de ley sobre la creación de una Comisión Nacional de Bioética lo que no obsta a que el tema se encontrara en la agenda de los desafíos bioéticos tal cual emerge de múltiples actividades realizadas en el ámbito académico y profesional e incluso en muchas instancias con participación parlamentaria. A modo de ejemplo en el marco del apoyo brindado a Uruguay por el Programa ABC de la UNESCO abocado a promover la creación de comisiones nacionales e implementado desde la Oficina Regional con sede en nuestro país, en 2017 se llevó a cabo el Tercer Seminario Regional de Bioética y Ética de la Ciencia para América Latina y el Caribe y el Tercer Seminario Regional de Comités Nacionales de Bioética. En la instancia participaron representantes de 16 países y autoridades nacionales de Uruguay, entre ellos los entonces Ministros de Salud Pública y Vivienda Medio Ambiente y Ordenamiento Territorial, Jorge Basso y Eneida de León. Entre los objetivos de dicho encuentro se

¹⁴ El mismo fue suscrito por los representantes nacionales Beatriz Argimón, Roberto Arrarte, Ricardo Berois, Gustavo Borsari, Julio Cardozo, Jorge Chapper, Francisco Gallinal, Carlos González, Arturo Heber, Lusi Alberto Lacalle, Luis Leglise, Julio Lara, Francisco Ortiz, Gustavo Penades, Alberto Perdomo, María Rivero, Ambrosio Rodríguez, Julio Silveira, Jaime Trobo y Carmelo Viladín. En la exposición de motivos se reconoce la labor en la materia llevada adelante por el especialista Héctor Gros Espiell, quien en tal carácter y por designación directa del Secretario General de la UNESCO en dos períodos consecutivos integró el Comité Internacional de Bioética, donde se gestarían las declaraciones de la Unesco ya referenciadas. También en ese año se presentó un proyecto presentado por Alberto Scavarelli del Partido Colorado.

Puede verse en: Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Carpeta No. 50 de 2000. Repartido No. 21. Marzo 2000

¹⁵ Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Carpeta No. 50 marzo 2000. Anexo I al Repartido 21 de octubre 2003.

¹⁶ Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Carpeta No. 50 de 2000. Anexo 1 al repartido No. 209 junio de 2006.

¹⁷ Disponible en: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/13452/ficha_completa Fecha de consulta: 6 febrero 2021.

encontraba el fortalecimiento de las Comisiones Nacionales de Bioética ya existentes, y en el caso de Uruguay y otros países que aún no la tuvieran, su creación, intentándose identificar retos y desafíos para su concreción.¹⁸

En la agenda parlamentaria si bien no se retoma la creación de una Comisión Nacional de Bioética, si aparecen disposiciones legislativas con aspectos vinculados a la bioética y la ética de la investigación en seres humanos. Desde la ley 18211 de creación del Sistema Nacional Integrado de Salud que remite a la observancia de los principios bioéticos; a normas que consagran los derechos y obligaciones de pacientes y usuarios en el año 2008 (ley 18335) hasta otras de carácter específico como ser: derechos sexuales y reproductivos 2008 (ley 18426); voluntades anticipadas 2009 (ley 18473); Trasplantes y Donación de Organos 2012 (ley 18968); interrupción del embarazo 2012 (ley 18987); Reproducción Humana Asistida 2013 (Ley 19167); Código de Etica Médica 2014 (Ley 19286); Salud Mental 2017 (19529) entre las más sustanciales.

9. Aspectos básicos a incluir en su regulación legal.

Lo importante de su creación radica en la comprensión de que su carácter nacional e independiente la ha de erigir y la debería jerarquizar como un ámbito de reflexión cuyo objetivo radica en consolidarse como puente de abordaje de los grandes problemas de la bioética. No para dar soluciones únicas en tanto su gran desafío es consensuar las diferencias y su prestigio público se consolida con la sabiduría, oportunidad y solidez de sus informes, sino para ilustrar con toda su actuación, las distintas perspectivas humanas que confluyen en todos los desafíos bioéticos.

Sus principios rectores en armonía con la DUBDDHH, han de ser el pluralismo, la participación, la independencia y la transparencia.

La independencia se erige como garantía indispensable para que puedan desplegarse opiniones libres de cualquier amenaza de coacción o influencia indebida. Tanto externas, por lo cual en ningún caso puede tener dependencia funcional o interna, eliminando jerarquías y dependencia laboral entre sus miembros. Así como también conflictos de interés y destacando su carácter honorario lo que no obsta a fortalecer las funciones ejecutivas de algún consejero y la debida logística y administración con una sede y presupuesto que le permita actuar con dicha independencia.¹⁹

¹⁸ Los Comités y las Comisiones Nacionales de Bioética en América Latina y El Caribe. (Maglio, Ignacio Coordinador). Unesco. Universidad del Bosque. 2018.

¹⁹ Vé nota 6.

El pluralismo supone que deba observarse una representación de todos los sectores tanto del ámbito gubernamental como de la sociedad civil que contenga la pluralidad de creencias sentimientos y convicciones y asegure una acción pluralista.

“Las CNB funcionan como órganos democráticos en los que se promueven de manera deliberativa posiciones morales distintas diferentes intereses pensamientos no unívocos, diversidad de costumbres, y subjetividades que reivindican los derechos de los individuos ante el malestar que les suscita no acceder de igual forma a los medios disponibles. Exige comprender la sociedad de nuestro tiempo y como se expresa, sus contradicciones, la recreación de las urbes en si mismo”. (OVALLE GOMEZ, C. 2018).

En cuanto a la pluridisciplinariedad se hace hincapié en la articulación de los saberes, prácticas y disciplinas vinculadas a la ética. Con abordaje integral de nuevos fenómenos de estudio: medio ambiente, biodiversidad, erradicación de la pobreza multiculturalismo entre otros. “Evitar la supremacía de un solo saber o disciplina en particular medicina o biomedicina resabio de modelo hegemónico que subalterniza otras prácticas y saberes”. (HERRANZ, G, 2005).

Sobre su integración, no existe una fórmula o modelo ideal. Si puede destacarse uno de sus elementos: la heterogeneidad de la composición social y la disparidad de intereses.

Los principios enumerados sientan las bases del debate democrático, plural e interdisciplinario sobre los problemas éticos que emergen de la vida humana y no humana en sus propios contextos, en concordancia con sus dimensiones histórico - sociales y medioambientales. Siendo a la vez sustancial que la Comisión adopte el enfoque de los derechos humanos de la DUBDDHH para el abordaje de los problemas bioéticos. Entendiendo que dicho marco otorga la referencia fundamental para dar cabida a una visión sobre la complejidad de los temas éticos relacionados con la vida en general y la salud en particular.

La Comisión Nacional de Bioética de un país debe asentarse como una herramienta potente del Estado para contribuir en calidad de insumo teórico práctico, aportando posibles elementos para el futuro diseño de políticas públicas y prácticas gubernamentales que trasciendan las sucesivas administraciones. Su regulación legal proyecta y asienta su creación en el tiempo y la fortalece en su carácter nacional e independiente, más allá de las administraciones.

10. Aspectos relevantes a incluir en un proyecto de ley de creación de una Comisión Nacional de Bioética.

A continuación se especificarán los aspectos básicos que se entiende pertinentes y necesarios incluir en una futura legislación sobre la temática abordada.

Sobre su creación por vía legal. La creación legal aporta permanencia y fortaleza. Su carácter independiente, pluridisciplinario y plural proyectan su creación en forma acorde con la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Bioética. Insistimos con su carácter independiente, pluridisciplinario y plural en el marco de lo establecido en la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de 2005 y en observancia de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la República.

Sobre sus competencias: Basándonos en la premisa del asesoramiento la propuesta refiere a los grandes campos en los cuales debe atribuirse su competencia. Se consideran sustanciales los aspectos que se detallan a continuación. Este punteo se realiza tomando como referencia ejemplos de otras regulaciones de América Latina y El Caribe que aportan un contexto amplio y a la vez detallado de las cuestiones a abordar y su forma.

- a. Elaborar estudios y dictámenes acerca de conflictos éticos existentes en el campo de la salud o que tengan importancia para la preservación de la vida humana, para la relación del ser humano con el medio ambiente y el acceso a los progresos y avances del conocimiento en las áreas de la salud, la biología y la medicina.
- b. Emitir recomendaciones sobre las implicancias morales y éticas de cuestiones emergentes o persistentes que tenga o puedan tener impacto en la vida humana, en la calidad de vida, en el medio ambiente y en la pluralidad étnica, religiosa y cultural.
- c. Emitir recomendaciones sobre cuestiones morales y éticas específicas suscitadas en el desenvolvimiento de la ciencia y la tecnología.
- d. Emitir recomendaciones y elaborar estudios sobre temas que le fueran enviados.
- e. Promover foros de discusión nacional de cuestiones bioética y para la divulgación de sus estudios, dictámenes y recomendaciones

Sobre el carácter no vinculante de los informes y difusión pública de sus informes, dictámenes y actuaciones. Por esencia estas comisiones no producen informes vinculantes. Su fuerza radica justamente en la jerarquía de la fundamentación que reflexiona y no omite en reflejar los consensos máximos o mínimos, así como las divergencias que pueden existir en temas de la complejidad de los que abordará. Los informes son insumos para contribuir a la construcción de la opinión y el juicio de la ciudadanía. Debe ser un reflejo de su diversidad. Su difusión amplia a la ciudadanía resulta en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Sobre su composición. Como hemos expresado el “rigor lógico, el conocimiento profundo y el juicio sólido” son tres de las cualidades básicas que deben tener los integrantes de este tipo de Comisiones Nacionales lo que se habrá de reflejar en los informes a emitir. La diversidad es la esencia de la composición sin perjuicio de las áreas disciplinarias lo que en ningún caso correspondería fueran todos de una. Por su parte la experiencia y el conocimiento de la diversidad cultural del país es un elemento que fortalecerá el rol de los integrantes máxime si se han integrado instancias de similares características basadas en la importancia de la reflexión y el consenso.

La Comisión Nacional de Bioética debe comprender una composición multidisciplinaria, plural y con equidad de género. No existen recetas sobre la cantidad de miembros sugiriéndose un número no menor a 9 destacándose que los mismos deberán actuar a título personal y con total independencia en el ejercicio de sus funciones manteniendo un compromiso de confidencialidad en función de los temas tratados en el seno de la Comisión además de ético. Deberán ser personas con amplio conocimiento de la realidad social y cultural del país, deberán acreditar ante la opinión pública formación en bioética y/o otras especialidades afines con los problemas éticos a abordarse en función de las competencias asignadas y su experiencia en actividades culturales, comunitarias y sociales así como integración de ámbitos de reflexión y participación vinculada a la ética.

Sobre el proceso de selección y designación. No existe un modelo ideal. Sin embargo en todos los casos la designación realizada por las máximas autoridades de la República proyectan su labor. La objetividad de la Comisión se basará en los requisitos esenciales que legitiman la integración y la gestión: interdisciplinarietà, pluralidad, independencia y equidad de género. La publicidad de las candidaturas y la transparencia de su elección serán sus bastiones, y reflejarán las garantías de la Comisión Nacional como herramienta de la democracia abocada a la construcción de una reflexión respetuosa que ilustre la diversidad de pensamientos e ideas de la sociedad en su conjunto.

Como se ha señalado en anteriores intervenciones públicas se entiende que un posible proceso de selección comprende la presentación de candidaturas a título individual. Por su parte se debería prever que las asociaciones científicas, colegios de profesionales y universidades públicas y privadas, así como también organizaciones de la sociedad civil puedan apoyar la presentación de candidatos sin perjuicio de lo cual, los candidatos o miembros electos no representarán a la institución, asociación u organización que los postula y actuarán con total independencia atento a la previsión legal. Aspecto no menor que asegura la independencia y previene posibles o eventuales conflictos de interés.

Se entiende que la selección debería llevarse a cabo por una Comisión abocada a analizar la referida integración en atención a los perfiles de los candidatos y en cumplimiento de los requisitos de interdisciplinariedad, pluralidad y género establecidos en la presente ley. La Comisión de selección debe contar con una integración plural y asegurar la participación de representantes de la Asamblea General del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Congreso de Intendentes y Poder Judicial.

Sobre la actuación de los miembros y presupuesto. Se considera que la labor de los miembros de la Comisión es por esencia honoraria. Entre otros aspectos, esta previsión de carácter honorario, contribuye a prevenir y alejar posibles conflictos de interés. Los que se entiende que aún observándose, deberían expresamente advertirse y ser objeto de abstención del miembro involucrado en el mismo.

La independencia externa e interna debe ser su regla. Sin perjuicio de ello resulta vital prever y asegurar un presupuesto que permita consolidar la labor y proyectar las funciones ejecutivas y la debida logística y administración lo que resulta primordial, a los efectos que le permita actuar con la independencia necesaria. De ahí la importancia de que se prevea la creación de una secretaría técnica – administrativa y se otorgue una sede administrativa, además de aporte presupuestal a los efectos logísticos y de funcionamiento. La Secretaría contribuirá a coordinar, organizar y proyectar las acciones de la Comisión Nacional de Bioética. Se sugiere que la misma incluya recursos humanos con la debida formación en bioética y/o otras especialidades afines con los problemas éticos.

En relación a la actuación se sugiere la posibilidad de constituir sub comisiones para el estudio específico de algunos temas pudiendo invitar a participar dentro de éstas a expertos de reconocida solvencia sobre la temática específica a abordar así como también representantes de las asociaciones científicas, academia y/o sociedad civil además de expertos internacionales en Bioética y/o otras especialidades afines con los problemas éticos. La conformación será acordada por los miembros de la Comisión resolviéndose por mayoría su concreción.

Debe preverse que la Comisión esté facultada para elaborar un reglamento de funcionamiento que defina los aspectos puntuales de la gestión se entiende deben ser articulados en el seno de la Comisión siempre observando los principios básicos incluidos en la ley. El detalle exhaustivo de estos aspectos formales en el texto legal consideramos que puede obstaculizar la flexibilidad y la armonía misma que requiere la actuación de la CNB.

Sobre su rol preceptivo de asesoramiento parlamentario. Como hemos señalado esta comisión tiene como cometido sustancial aportar insumos que desde la diversidad y la fortaleza del contenido, puedan brindar pautas o guías, así como también elementos y consideraciones sobre el tema en discusión, a los representantes nacionales en su labor específica de legislar. Destacamos entonces que la obligatoriedad de solicitar un dictamen técnico a la Comisión Nacional de Bioética fortalece y proyecta la discusión parlamentaria y en definitiva hace realidad la incorporación de la reflexión bioética en el recinto parlamentario. Sin perjuicio del carácter no vinculante de sus dictámenes. Por ende es de especial relevancia que se prevea que el Poder Legislativo a través de sus respectivas comisiones solicite dictamen a la Comisión Nacional de Bioética al momento de analizar proyectos de ley sobre las cuestiones bioéticas. El dictamen emitido por la Comisión no será vinculante como se ha señalado.

Sobre los vínculos institucionales e internacionales. Se trata de un aspecto no menor. La sub utilización y sub información que existe en la actualidad de la labor de órganos como el Comité Internacional de la UNESCO y otros en el ámbito internacional es una fuerte carencia constatable en la actualidad con consecuencias que van en desmedro de la actuación de las asociaciones científicas, colegios de profesionales, la academia, organizaciones de la sociedad civil, y la población en general a quien podría de alguna forma aportarse también información. Conviene a los efectos de fortalecer la inclusión de esta previsión revisar los informes emitidos por el Comité Internacional creado en virtud de la Declaración del Genoma Humano y los Derechos Humanos en el seno de la UNESCO. La propuesta radica en vincular efectivamente la acción de la Comisión con estos ámbitos para “observar” y a la vez relevar insumos de actualidad mundial en relación a los dilemas y debates desde la diversidad cultural universal. Así también fortalecer el vínculo con otras comisiones de la región.

Se sugiere entonces que la Comisión Nacional de Bioética se vincule a través del Ministerio de Relaciones Exteriores con el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO debiendo participar en calidad de observador de sus sesiones anuales. Que se incluya dentro de sus competencias la difusión en forma permanente de los insumos que emanen de dicho Comité Internacional en carácter de informes en los ámbitos

especializados así como también a la población en general de una manera comprensible y sintética. Estos cometidos contarán con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Delegación Uruguaya ante UNESCO.

Así también que sea la Comisión Nacional de Bioética la que represente a Uruguay en las instancias regionales e internacionales que se llevan a cabo con otras Comisiones de la misma naturaleza jurídica.

Sobre la coordinación con comisiones o comités de bioéticas institucionales.

El rol de esta Comisión Nacional de Bioética como referente público del abordaje de los problemas de la ética constituye uno de sus objetivos. Así también que la Comisión Nacional se constituya en referente de las comisiones de bioética institucionales. Se trata de que las comisiones de bioética que deben operar en el seno de los centros asistenciales atento al mandato legal (ley 18335 y decreto reglamentario) tengan en los hechos y en la práctica una actuación activa con las características de asesorar internamente, aportar elementos que puedan promover guías o pautas éticas y educar tanto al personal como a los usuarios y pacientes. La realidad demuestra que a pesar de estar creadas y sin perjuicio de la actividad destacada de algunas de ellas, un importante número de estas comisiones permanecen huecas, siendo desconocida su actuación a nivel de los usuarios y pacientes del sistema y sub utilizada por los propios prestadores del servicio asistencial. Por ello se entiende que el rol de la Comisión Nacional puede potenciar y multiplicar la implementación activa de la labor de las comisiones de esta naturaleza, creadas en el seno de cada institución y con ello aportando elementos para que la ciudadanía se acerque a la comprensión de los principios bioéticos y su incidencia en su vida y salud.

Atento a lo expuesto se sugiere prever que la Comisión Nacional de Bioética mantenga una comunicación fluida con las Comisiones de Bioética creadas en el ámbito institucional, llevando a cabo una reunión anual con representantes de todas las comisiones de bioética constituidas en los centros asistenciales y de emergencia móvil; con la participación de la academia, asociaciones científicas, colegios profesionales y organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática, así como expertos internacionales, la que podrá ser de carácter presencial o virtual.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- Sobre la Dignidad y los principios: Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos de la UNESCO. “ARTÍCULO 19, comités de ética”, (CASADO, M. Coordinadora) Cívitas, 2009. Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf> Fecha de consulta: 6 febrero 2021.
- DE LECUONA, Itziar. La regulación española de los Comités de Ética y las novedades introducidas por la nueva ley de investigación biomédica. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/14701-28167-1-SM.pdf> Fecha de consulta: 3 febrero 2021
- Comités y las Comisiones Nacionales de Bioética en América Latina y el Caribe. Situación actual, propuestas y desafíos. (MAGLIO, Ignacio, Coordinador). Editado por UNESCO y Universidad del Bosque. Colombia, 2018.
Disponible en: <https://www.unbosque.edu.co/sites/default/files/2018-09/Los%20comit%c3%a9s%20y%20las%20comisiones.pdf> Fecha de consulta: 6 febrero 2021.
- Diccionario Latinoamericano de Bioética. (TEALDI, Juan Carlos, Coordinador). Editado por UNESCO y la Universidad Nacional de Colombia. Colombia, 2008. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000161848> Fecha de consulta: 8 febrero 2021.
- Guía No. 1. Creación de Comités de Bioética. UNESCO. Francia, 2006. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139309_spa Fecha de consulta: 6 febrero 2021.
- Guía No. 2. Funcionamiento de los Comités de Bioética. Francia, 2006. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000147392_spa Fecha de consulta: 6 febrero 2021.
- Guía No. 3. Capacitación de Comités de Bioética. UNESCO. Francia, 2007. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000150970_spa Fecha de consulta: 6 febrero 2021.
- GROS ESPIELL, Héctor. Ética, Bioética y Derecho. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2005.
- ROTONDO, Teresita. Aportes para una historia de la Bioética en el Uruguay. (en imprenta).

CONFERENCIA MAGISTRAL

COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA EN URUGUAY. ASIGNATURA PENDIENTE.¹

*Manuel Jesús López Baroni**

En primer lugar, agradecer la invitación de Mariana Blengio para presentar su propuesta de creación de una Comisión Nacional de Bioética en Uruguay ante tan prestigiosa Institución. El punto de partida de su proyecto es la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005), cuyo articulado establece la obligación de crear comités independientes, plurales e interdisciplinarios. Pues bien, para comprender la razón de ser de este mandato analizaré brevemente el proceso de gestación de la bioética, lo que permitirá contextualizar algunos de los debates contemporáneos.

Prácticamente en todos los manuales y documentos se señala a Potter como el prístino creador de nuestra disciplina. Sin embargo, la originalidad del norteamericano residió en que fue el primero en acuñar el neologismo “bioética”, pero poco más, dado que lo que tenía realmente en mente no guarda relación alguna con las cuestiones que hoy día son objeto de debate en la disciplina. En efecto, sus preocupaciones giraban en rededor del medio ambiente desde la perspectiva de un pastor protestante. Además, y por ahora, el verdadero artífice del neologismo fue Fritz Jahr, un pastor luterano alemán al que también se le ocurrió la palabra “bioética” cuatro décadas antes que al norteamericano, solo que nadie lo sabía. Las tribulaciones del alemán también orbitaron sobre una concepción del medio ambiente solo comprensible desde una perspectiva cristiana protestante. Ni siquiera el advenimiento del nazismo en aquellos trágicos años cambió dicha perspectiva.

Esta atalaya religiosa primigenia se incrementa cuando los jesuitas de la Universidad de Georgetown reutilizan el neologismo inventado por Potter para luchar contra el aborto y la eutanasia desde la militancia. La férrea oposición católica a estas instituciones explica la progresiva incorporación a la bioética de las corrientes feministas, laicistas y multiculturales, que discuten a los jesuitas el monopolio de la verdad en cuestiones que atañen a la vida, el nacimiento o la muerte. Los primeros debates en bioética se explican por el enfrentamiento dialéctico entre estas corrientes de pensamiento.

* Licenciado en Derecho Universidad de Sevilla. España. Doctor en Derecho y Bioética Universidad de Barcelona. Licenciado y Doctor en Filosofía Madrid, UNED. Profesor de Filosofía del Derecho Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Coordinador del Máster de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: mjlopezbaroni@ub.edu Texto revisado por el autor de la conferencia dictada en el ciclo de talleres y conferencias de educación continua organizados por el Colegio Médico del Uruguay el 28 de abril 2021.

¹ Texto revisado por el autor de la conferencia dictada en el ciclo de talleres y conferencias de educación continua organizados por el Colegio Médico del Uruguay el 28 de abril 2021.

De forma coetánea a estas agrias disputas se denuncian públicamente las investigaciones con afroamericanos realizadas en Tuskegee, Alabama. En el contexto de la lucha por los derechos civiles de los años sesenta, estas querellas acaban fructificando en la creación de un simbólico documento, el informe Belmont, donde se consolidan los principios de la bioética (autonomía, beneficencia, justicia, y más tarde, no maleficencia).

Estas temáticas se van interrelacionando progresivamente, de forma que lo que comenzó siendo una reflexión sobre el medio ambiente, caso de Jahr y Potter, derivada después en una cruzada contra el aborto, acaba conectando con los requisitos para la investigación con seres humanos, y con la ética clínica en general, a lo largo de los años 70. En este contexto aparecen también cuestiones propias de la filosofía política, como los problemas inherentes a la redistribución de los recursos sanitarios o la dicotomía sanidad pública/privada.

Pues bien, en los años 80 irrumpe con fuerza la cuestión de la reproducción asistida, y con ella, desafíos que superan la mera reproducción humana. Así, las diferencias entre preembriones y embriones, lo que permite la investigación con células madre embrionarias y la clonación terapéutica; la maternidad subrogada; el concepto de familia; la confrontación entre el derecho a la personalidad de los niños (saber cuáles son sus orígenes) y el anonimato de los donantes; las células IPS más tarde, etcétera, se incorporan progresivamente a la bioética, ramificando y multiplicando los debates.

Entre los años 2003 y 2004 se atisba que los grandes interrogantes no han hecho sino comenzar. En efecto, aparecen los primeros informes alertando de la irrupción de las tecnologías disruptivas, en concreto, la biotecnología, la biología sintética, la nanotecnología, la Inteligencia Artificial y las neuroecnologías. Lo relevante de estas disciplinas, cada una un mundo en sí mismo, es la forma en que se imbrican y retroalimentan. Por ejemplo, los avances en edición genómica repercuten en el resto y al mismo tiempo se refinan por los progresos en los otros campos.

Por este motivo, la bioética del siglo XXI amplía sensiblemente sus temáticas. En estos momentos, los interrogantes giran alrededor de qué hacer con la edición genómica, esto es, si aceptar la ingeniería genética solo en células somáticas o permitir la también en la línea germinal humana, lo que trasladaría las modificaciones a la descendencia; y en este último caso, dónde situar la frontera entre la curación y la mejora (*enhancement*), con el fantasma de la eugenesia de fondo. En 2016, en el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona ya afrontamos estas cuestiones en una serie de publicaciones colectivas, pero la reciente gestación de tres niñas en China modificadas genéticamente, por primera vez en la historia humana, permite intuir el calado del problema al que nos enfrentamos y la velocidad con que avanza.

Además, la técnica de edición genómica CRISPR conecta la biomedicina con la biotecnología, dado que estas innovaciones se pueden extender a la agricultura y a la ganadería a escala global. Así, los *gene driver*, que permiten el crecimiento exponencial de cualquier modificación efectuada en unos pocos individuos (como insectos o mamíferos), podrían alterar los ecosistemas con una celeridad nunca antes observada. En esencia, la humanidad carece de precedentes sobre este tipo de experimentos, objetivos o finalidades, cuya velocidad de progresión puede superar con facilidad nuestra respuesta colectiva.

Por último, en la última década se han incorporado a nuestra disciplina tanto la Inteligencia Artificial como las neurotecnologías. En efecto, la celeridad de los avances en el procesamiento de la información, algunos turbadores experimentos realizados (v. gr., órganos cerebrales humanos que se imbrican con el cerebro de animal, como ratas o monos), o los avances en las interfaces cerebrales, tanto internas como externas, permiten augurar un notable incremento de la complejidad de los debates. Estas cuestiones afectan a la intimidad, a la identidad, a la dignidad, a la libertad de las personas, etc., pero se suceden de forma tan vertiginosa que el Derecho difícilmente puede responder con la premura requerida. Un ejemplo es el Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, creado recientemente con objeto de garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los Big Data, y que se ha quedado parcialmente obsoleto por los progresos de la Inteligencia Artificial (por ejemplo, en lo referido a la Caja Negra).

Pues bien, las numerosas, variadas y preocupantes temáticas que hemos citado explican algunas de las características que deben tener las Comisiones Nacionales de Bioética y que están recogidas en el proyecto que presentamos. En concreto, la necesidad de que estos comités sean: a) multidisciplinares, dada la transversalidad de los problemas que estamos analizando, imposibles de abarcar desde las limitaciones de una sola disciplina; b) plurales, de forma que reflejen la variedad ideológica existente en una sociedad, con especial referencia a la igualdad de género. La paridad entre el hombre y la mujer, recogida con especial énfasis en la propuesta de Mariana, es producto de la necesidad de que las comisiones reproduzcan la composición de la sociedad a la que sirven; c) independientes. Dado que la neutralidad no existe, al menos que los miembros de estos comités sean completamente independientes respecto a los poderes políticos, iglesias, sindicatos o grupos morales de referencia. Es especialmente relevante que los dictámenes de estas comisiones no puedan ser instrumentalizados, evitando servir como mecanismo de blanqueo de un Poder que, por inercia, universal y atemporal, siempre aspira a domeñar este tipo de instituciones.

Por otra parte, el proyecto que presentamos recoge una propuesta normativa acerca de cómo debería regularse una Comisión Nacional. Esto es, no hablamos solo de ética,

sino también de Derecho, que ha tenido una especial incidencia en nuestra disciplina. Así, podemos observar cómo la adopción del Código de Nuremberg, como consecuencia de los experimentos nazis en la II Guerra Mundial, tuvo su reflejo en las declaraciones de la Asociación Médica Mundial. A continuación, este bagaje normativo cruzó el Atlántico para acabar recogido en el informe Belmont, volviendo otra vez al Viejo Continente a través del Convenio europeo de Bioética y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 3, en especial). Por último, la Declaración de la Unesco sobre bioética trata de universalizar estos valores, como un requerimiento a la humanidad y no a un pueblo concreto.

Por último, la pandemia que nos asola condensa buena parte de las temáticas que hemos analizado. Las ventajas de una sanidad pública universal, las novedosas vacunas de ARNm (un prodigio de la biotecnología), los criterios de justicia referidos al triaje, los monopolios inherentes a las vacunas, en un contexto donde respetarlas supone aceptar una mortalidad elevada, etc., confluyen en la grave situación que vivimos en estos momentos.

En resumen, para acompañar el ritmo de avance de la tecnociencia y hacer frente a potenciales escenarios para los que carecemos de antecedentes resulta imprescindible un debate social, plural y abierto. No se trata de frenar el progreso científico sino de acompañarlo para evitar que se creen aún más desigualdades, o que, en última instancia, perdamos el control (algo no imposible, por otra parte). El proyecto de Mariana Blengio, esto es, la creación de una Comisión Nacional de Bioética en Uruguay bajo los criterios de multidisciplinariedad, representatividad e independencia pretende responder a estos desafíos.

Reitero mi agradecimiento. Ha sido un honor para mí presentar dicho proyecto ante tan distinguida Institución.

