



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Mayorías y minorías en democracia

DOCTRINA

ANIDO BONILLA, Raúl

De la consideración como persona jurídica

BOTT, Ingo

La economía en el punto de mira

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo

Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

TABAKIAN, Marcela

Ejecución forzada específica en el Derecho anglosajón

TOLLER, Fernando M.

En el ocaso del paradigma legalista

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

La familia como titular de derechos y libertades

JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter

Nulidad de testamento

INFORMACIONES

Grado y postgrado

TESINAS DE MASTERS

JAVIER, Juvenal M.

La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BISCOMB, Thomas VERDÍAS, Mateo

Estructuras jurídicas y el apoyo estatal para el fomento del deporte

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Cuestiones de Derecho Bancario: de Ricardo Olivera García, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015. Por Gerardo Cedrola Spremolla



Revista de DERECHO

DOCTRINA

ANIDO BONILLA, Raúl
De la consideración como persona jurídica17

BOTT, Ingo
La economía en el punto de mira31

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio
DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo
Protección jurídica del medio ambiente en la
jurisprudencia de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos.....41

TABAKIAN, Marcela
Ejecución forzada específica en el
Derecho anglosajón63

TOLLER, Fernando M.
En el ocaso del paradigma legalista.....73

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen
La familia como titular de derechos y libertades.....101

JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter
Nulidad de testamento129

INFORMACIONES

Grado y postgrado163

TESINAS DE MASTERS

JAVIER, Juvenal M.
La objeción de conciencia. Su régimen jurídico
vigente en Uruguay, con especial referencia a su
ejercicio por los funcionarios públicos.....181

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

BISCOMB, Thomas
VERDÍAS, Mateo
Estructuras jurídicas y el apoyo estatal para el fomento
del deporte.....321

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Cuestiones de Derecho Bancario: de Ricardo
Olivera García, Fundación de Cultura Universitaria,
Montevideo, 2015333

MENSAJE DEL DECANO

Mayorías y minorías en democracia

No deja de ser curioso cómo se manejan los criterios de la mayoría y minoría, según los momentos y circunstancias que toquen. Para ciertos tiempos y lugares, la mitad más uno es no sólo suficiente, sino decisiva para definir grandes cuestiones que hacen no sólo a la política, sino a la cultura de un país. Y esa mayoría, por mínima que haya sido, puede modificar aspectos que durante décadas pueden haber parecido arraigados e insustituibles. Por eso es tan importante alcanzar esa mayoría y una vez lograda esa cifra, resulta crucial defenderla con ahínco.

Ahora bien, para otros tiempos, espacios y circunstancias, una minoría que en muchas ocasiones no alcanza al diez o máximo veinte por ciento de los involucrados, resulta suficiente para lograr objetivos que sólo a esa minoría le interesa. Es decir, consigue un resultado que más allá de favorecer a esa minoría, puede en ocasiones perjudicar - y mucho - a la mayoría. No se cuestiona aquí la importancia que fue adquiriendo el criterio de defensa de las minorías en ámbitos tan dispares como la empresa comercial, las minorías religiosas o las étnicas. Sin duda ha sido un avance significativo paliar con normas y procedimientos lo que durante largo tiempo fue un persistente avasallamiento de los derechos de las minorías perpetrado por indolentes, abusivas o indiferentes mayorías. Pero luego de haber logrado revertir esos extremos pendulares, en vez de conseguir resultados equilibrados y más justos, en algunas ocasiones el péndulo se orientó hacia el extremo opuesto. Y actualmente nos encontramos con reiterados casos en los que unas minorías avasallan a las mayorías.

Da la sensación que en nuestros días los términos mayoría y minoría no alcanza con emplearlos "a secas". Resulta conveniente, cuando no necesario, agregar a dichos términos un adverbio más rico y explicativo del fenómeno que pretenden transmitir. Entonces podemos encontrarnos con mayorías indiferentes o adormecidas, con minorías combativas, militantes y transgresoras o



Revista de DERECHO

Publicación semestral de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Montevideo

Director

Dr. Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Dr. Miguel Casanova
Lord Ponsonby 2506

Consejo Editorial

Dr. Carlos de Cores
Dr. Alberto Faget Prati
Dr. Jorge Fernandez Reyes
Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga
Dr. Pedro Montano Gómez
Dr. Santiago Pérez del Castillo
Dr. Siegbert Rippe

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Miguel Casanova
Dr. Juan Manuel Gutiérrez

Secretaria Técnica

Dra. Natalia Veloso

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Lord Ponsonby 2506
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 2409 4463 - 2409 5589
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy
Depósito Legal 360.809 / 12
Edición amparada en el decreto
218/996 (Comisión del Papel)
ISSN: 1510-5172
ISSN (en línea): 2307-1610

Las expresiones y opiniones
vertidas
por los autores de cada obra
publicada en esta Revista, son de su
exclusiva responsabilidad
Año XIV (2015), N° 28

con unas cruzadas combinaciones de estas dos primeras: mayorías activas y dominantes frente a minorías sumisas y languidecientes. Ejemplo de mayorías indiferentes o adormiladas son todos los casos de generaciones que tienen falta de interés por la cosa pública, de involucrarse en la gestión pública, de arremangarse y poner el hombro para mejorar la política y la gobernanza de un país. Ejemplo de minorías combativas, transgresoras y avasallantes son los múltiples casos de ocupaciones de lugares y fuentes de trabajo durante un conflicto, o cortes de rutas, calles o puentes que afectan - en mayor o menor medida - a las mayorías.

Por otra parte, la historia es la mejor testigo de la cantidad de veces que las mayorías se han equivocado por un hábil manipuleo de las minorías que - empleando slogans huecos pero efectivos y apelando a cargas emocionales antes que a la razón - lograron imponer al menos durante un tiempo más o menos largo sus convicciones. También es esa misma historia la que nos muestra cómo un pequeño grupo puede ir logrando la transformación de una cultura, una forma de pensar y de vivir sin hacerlo por medios violentos, sino por pacíficas, razonadas y arraigadas convicciones. La levadura que hace fermentar toda la masa, para lograr su objetivo no puede ser invasiva, agresiva o violenta. Resulta más eficaz si es persistente, amable y sutil. Persuade y convence mejor si emplea argumentos racionales que si utiliza el miedo, la amenaza y la artificialidad.

Por supuesto, hay violencias y radicalizaciones que - lejos de ser irracionales y meramente emotivas - son de una maligna y perversa racionalidad. Muchas organizaciones terroristas por más ropaje religioso o político que tengan, están orientadas y empeñadas en destruir racionalmente los regímenes, las culturas y los sistemas que los recibieron, aceptaron y cobijaron. Racional y sistemáticamente pretenden por medio de la violencia, el caos y el miedo imponer su totalitaria e intransigente forma de vida. Incorporados a las libertades y tolerancias que le abrieron sus puertas, una vez dentro procuran por todos y cualquier medio destruirlas y eliminarlas para siempre. Con perversa y asombrosa racionalidad se camuflan y amparan en sistemas y culturas promotoras de la libertad y la sana tolerancia para luego despótica y sistemáticamente borrarlas de la faz de la tierra. No resulta fácil encontrar la vía pacífica de dialogar con enfoques tan radicales; no porque sean irracionales, sino por su radical y diferente racionalidad. Quizás el único camino a transitar sea el de buscar una base ética común, con pocos pero sólidos cimientos universales tales como el respeto por lo ajeno, la indemnización de los daños causados, el castigo a los delincuentes y el respeto por los pactos libremente celebrados.

Volviendo a la normalidad: en democracias no afectadas - al menos por ahora - por el terrorismo, deberíamos tener un debate abierto, profundo y representativo de qué debe entenderse por respeto a las mayorías y minorías, y qué implica abusar o manipular esos términos para beneficio de unos pocos y en detrimento de muchos. Sin distinción de partidos, ideologías, religiones, tiempos y lugares. Con al menos un objetivo o finalidad: que las corrientes de pensamiento - sean mayoritarias o minoritarias - no se contagien e impregnen de y con la visión totalitaria, destructiva y anti-hista del terrorismo nacional o internacional. También para distinguir y no confundir la sana tolerancia con su deformación patológica que es soportar, aguantar y sufrir injustamente.

Los avances tecnológicos nos han permitido desarrollar cada vez más y mejor los sondeos de opinión y las encuestas masivas acerca de múltiples tópicos. Desde el porcentaje de personas que adquieren tal o cual detergente, o pasta de dientes, hasta el ranking que ocupa un país en materia de niveles de educación, ingreso real por persona, siniestros de tránsito por año o el grado de sentimiento de bienestar y felicidad que manifiestan un grupo de ciudadanos por año. Nadie duda de las ventajas de tener una información cada vez más precisa por medio de las encuestas y las estadísticas. Mi prevención radica en que no se transformen en instrumentos para rendirle culto al decisionismo. Por decisionismo entiendo la tendencia actual de elevar a grados superlativos las encuestas y estadísticas para tornarlas en regidoras de la forma de pensar y de actuar de multitudes. Entonces esas masas consultadas en torno a cualquier tema, transforman al medio o instrumento en un fin en sí mismo; la encuesta o sondeo deviene casi un ser divino e infalible. Además se da con demasiada frecuencia que los consultados acerca de ciertos tópicos saben poco o nada acerca de los mismos. Simplemente fueron capturados o detectados por las amplias redes de información a partir de bancos de datos de extensión mundial. Y entonces puede darse la paradoja de tener miles de votos u opiniones emitidas a miles de kilómetros de distancia y de conocimiento del lugar, entorno, cultura y circunstancias en que se plantean los tópicos a dilucidar.

¿Hay alguna alternativa para este decisionismo inconsistente, líquido o volátil? Una vez más (y van...) creo que la respuesta es una educación integral. Que ayude al educando a desarrollar todas las áreas de su personalidad, la intelectual y racional, la afectiva, estética, espiritual, física y moral. Con el objetivo de formar personas íntegras en todo el sentido de la palabra. Promoviendo en ellas la idea de ser anclas y no bolsas de nylon. La bolsa de nylon, librada a los vientos que soplan, se levanta, cae, es zarandeada de aquí para allá y nunca puede saberse dónde va a parar. El ancla tiene peso, va a las profundidades y hace de sostén para que las corrientes no arrastren lo que no debe moverse. Y eso son las convicciones, los valores, los principios y las actitudes.

¿Debe entenderse entonces que las personas no pueden ni deben cambiar de opinión o de opción? Si ello ocurriese no estaríamos hablando de verdaderas democracias. Serían casos de totalitarismos o pseudo democracias. Por supuesto que la auténtica democracia se nutre de la libertad y ésta comprende la de disentir y cambiar los rumbos. Pero bien entendida, esa democracia se sustenta en una educación cívica permanente, en la que los argumentos racionales que respaldan los cambios o diferencias de puntos de vista deben primar sobre las emociones inestables y cambiantes de quienes sustentan esas mutaciones o discrepancias. Eso implica aceptar el debate de ideas, respetuoso y abierto a todos. Supone aceptar la diversidad y entender correctamente la tolerancia. Cuando se malinterpreta, tolerar es sinónimo de soportar y da pie para que a la corta o a la larga esa tolerancia termine explosivamente, con violencias, “emocionalismos” y revanchismos que la historia nos muestra reiteradamente. Por emocionalismo entiendo la actitud y conducta en las que priman los afectos, apetitos y emociones sobre la inteligencia y la voluntad. El emocionalismo torna al ser humano más volátil e impredecible; somete a la persona a sus pasiones, entusiasmos o cambios de ánimo, muchas veces contradictorios e imprevisibles. En definitiva, le retacea al hombre su libertad responsable e inteligente. Lo transforma en bolsa de nylon y lo aleja del ancla.

En conclusión, puede ser inocuo que se decida por consulta popular qué tipo de aceite conviene utilizar en las ensaladas o motores. Pero extrapolar ese tipo de encuestas para decidir qué es la verdad y la mentira, qué lo justo o injusto, o qué es el bien y el mal parece altamente peligroso. Máxime si los que deciden están sutil o abiertamente sometidos al emocionalismo que los hace reírse de las cosas esenciales y llorar desconsoladamente por cuestiones banales e intrascendentes. Deberíamos estar alertas para evitar ese tipo de extrapolaciones. Por sentido común y por el bien de todos.

Noviembre 2015

Nicolás Etcheverry Estrázulas

REGLAMENTO EDITORIAL

La **Revista de Derecho** es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Desde el año 2002 ha aparecido regularmente, incluyendo las siguientes secciones:

- Mensaje del Decano o del Director
- Doctrina
- Conferencias y clases magistrales
- Jurisprudencia comentada
- Información de la Facultad
- Tesinas de Masters
- Monografías de estudiantes
- Notas de libros y revistas

Desde el punto de vista sustancial, la valoración científica preliminar de los trabajos a publicar se realiza por un calificado Consejo Editorial integrado por Catedráticos de distintas disciplinas. Posteriormente, los trabajos preseleccionados son revisados por pares externos (peer review) quienes evalúan los trabajos recibidos y hacen recomendaciones para su eventual publicación. Cumplido el proceso, el Consejo Editorial elige los trabajos a ser publicados en cada sección de la revista.

El envío de trabajos a la **Revista de Derecho** de la Universidad de Montevideo implica la autorización para que los mismos sean publicados y reproducidos en cualquier medio de difusión aplicado por la Revista. Las expresiones y opiniones vertidas por los autores de cada obra publicada en esta Revista, son de su exclusiva responsabilidad.

Normas Formales de publicación de trabajos de doctrina

- 1) Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico a redaccionfder@um.edu.uy.
- 2) Deben ser inéditos, originales y podrán ser enviados en español o en inglés.
- 3) Aunque no existe una limitación estricta de la extensión de los trabajos, se recomienda que no excedan las 10.000 palabras.
- 4) Los trabajos deben ser remitidos en formato Word, Times New Roman, Tamaño 12, interlineado sencillo.
- 5) El trabajo debe ir acompañado de una presentación que incluya la siguiente información:
 - i) Título en español y en inglés.
 - ii) Nombre de los autores con indicación de la institución a la que pertenecen.
 - iii) Dirección electrónica para la correspondencia con la revista.
 - iv) Abstract del trabajo (entre 100 y 200 palabras)
 - v) Establecer entre 3 y 5 palabras claves (key words) del trabajo en inglés y en español.

- 6) Los diferentes apartados del trabajo deben estructurarse según la numeración arábiga: 1., 1.1., 1.1.1. y sucesivamente.
- 7) Las siglas que se incluyan deben acompañarse por su significado, entre paréntesis, la primera vez que se utilicen. Ejemplo: CC (Código Civil).
- 8) Las referencias bibliográficas deben ser realizadas al pie del texto (formato: Times New Roman, Tamaño 10, interlineado sencillo) siguiendo el siguiente estructura:
 - Libros: AUTOR, Título, Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo: GAGLIARDO, M., Sociedades Anónimas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - Revistas: AUTOR, "Título", Revista, Volumen, Número, Año y Páginas.
Ejemplo: HAYEK, F., "The use of Knowledge in society", en The American Economic Review, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.
- 9) Las referencias de Jurisprudencia deben establecer: país de origen, órgano judicial que dictó, número y fecha de la sentencia.
- 10) Las referencias de Derecho positivo deben incluir: país de origen, órgano que dictó la norma, nombre (en caso de corresponder), número y fecha.



DOCTRINA

ANIDO BONILLA, Raúl

De la consideración como persona jurídica

BOTT, Ingo

La economía en el punto de mira

DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio

DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, Gustavo

Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

TABAKIAN, Marcela

Ejecución forzada específica en el Derecho anglosajón

TOLLER, Fernando M.

En el ocaso del paradigma legalista

DE LA CONSIDERACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA

RAÚL ANIDO BONILLA

SUMARIO:

1. Del sujeto de derecho.
2. Hacia una duplicidad de las relaciones jurídicas.
3. Desde la metodología conceptual a la naturaleza de las cosas
4. De los derechos y obligaciones como de los miembros del grupo
5. De la persona jurídica como determinante de relaciones especiales
6. De la naturaleza lingüística de las personas jurídicas
7. De la conveniencia de la analogía entre persona física y persona jurídica
8. De la consideración como persona jurídica y la equidad
9. De la ponderación en la consideración como persona jurídica

Se estudia la naturaleza jurídica del embargo, la publicidad registral, y la situación del crédito embargante prioritario del que caduca su inscripción registral luego de la providencia

Se plantea la consideración como persona jurídica apartándose del mundo de los conceptos, adentrándose en el razonamiento tipológico y en una consideración teleológico de aquélla. Así el supuesto “ser” de la persona jurídica varía en razón de las regulaciones, sus razones y fines; terminándose aplicando conforme la correspondiente naturaleza de las cosas. De ahí que se desvela la relevancia de sus miembros en concretas relaciones jurídicas ante las que dicha consideración decae.

Palabras claves: sujeto de derecho/persona jurídica/ relatividad/ ponderación

1. DEL SUJETO DE DERECHO

En el artículo 10 de la ley 17777 (de sociedades y asociaciones agrarias) hallamos la expresión de que “las asociaciones y sociedades agrarias...tienen personería jurídica...” Mientras que el artículo 2 de la ley 16.060 (de sociedades comerciales) leemos que “La sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley.”

Se habla de que sujeto quiere decir “referencia a sí mismo, reflexibilidad, yo”. Sin embargo, GADAMER¹ acota que de la palabra griega a partir de la cual fue traducido, “*hypokeimenon*”, no se infiere nada de ello. Así escribe que esta palabra significa “eso que se encuentra por debajo”. Con este significado aparece en la física y metafísica aristotélica, ofreciendo en estos contextos una basta poshistoria latina como “*substancia*” o

1 “El giro hermenéutico” Cátedra, Madrid-1995, pág. 13

“*subiectum*”. Ambas palabras son traducciones latinas de “*hypokeimenon*”, que “es eso” y que se refiere “a eso que resiste invariable el cambio en toda transformación”.

De ahí que GALGANO² se plantee, en relación a la estructura lógica del concepto de persona jurídica, si las personas jurídicas asumen, junto a las personas físicas, la posición de un nuevo sujeto de derecho de relaciones jurídicas o si deben, en cambio, ser colocadas en un ámbito diverso al del derecho de las personas. En tal sentido nos recuerda expresiones usadas en textos del siglo XIX en los cuales se hablaba por un lado de personas y por otro de que “son consideradas como personas”, Tanto como el artículo 21 de nuestro Código Civil dispone que “son personas todos los individuos de la especie humana” y “se consideran personas jurídicas y por consiguiente capaces de derechos y obligaciones civiles, ... las asociaciones reconocidas por la autoridad pública”. Así como, en materia de fundaciones la ley 17.163 en su artículo 1º establece que “las fundaciones son personas jurídicas reconocidas como tales por la autoridad competente...”.

Dichos textos reflejan las dos visiones existentes en relación a la persona jurídica; recordándonos GALGANO que la acepción sustancial hace coincidir la persona jurídica con el concepto de hombre, mientras que la formal determina para las personas jurídicas un concepto de relación, no de esencia, que determina su consideración como si fueren seres humanos.

Así KELSEN, en contraposición a GIERKE, postula la imposibilidad en la realidad prejurídica de acciones u omisiones que no fueren acciones u omisiones de seres humanos; por lo cual, para él, ello era motivo suficiente para afirmar que solo los seres humanos son sujeto de derecho. Luego de las ideas kelsenianas, GALGANO señala cómo el rechazo de la visión antropomorfa del grupo organizado no suprime el fundamento de la noción de persona jurídica; sino que éste sobrevive en virtud de una nueva forma de antropomorfismo: la persona jurídica tiene en común con el hombre la calidad de sujeto, pero ella no es como el hombre un sujeto que opere en el mundo de la realidad natural: ella es sujeto en un mundo puramente formal. En este mundo formal es que se apreciaba -por FERRARA Sr.³- la persona jurídica como la “nueva grandeza del mundo jurídico”; teniendo el convencimiento de que la existencia de las persona jurídicas era postulada por la misma disciplina del grupo, en cuanto se daban situaciones jurídicas que no hallaban explicación sino a través de la idea de que el grupo constituye un sujeto de derecho distinto de las personas de sus miembros. Y en similar sentido de pronunciaba VERRUCOLI⁴ afirmando que solo a través de la existencia de un sujeto sociedad diverso de las personas de los socios, como centro de imputación distinto, es que se puede explicar la autonomía patrimonial de la sociedad, la exclusión de la responsabilidad subsidiaria de los socios, o la existencia de una responsabilidad subsidiaria de los socios previa excusión del patrimonio social.

2 “Delle persone giuridiche” en Comentario del cod. Civ. SCIALOJA e BRANCA, cit., pág. 3 y ss.

3 cit. por GALGANO ob. últ. cit. pág. 10

4 Il superamento della personalità giuridica”, págs. 72 y ss.

2. HACIA UNA DUPLICIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Asimismo, en el mundo de las personas jurídicas, D'ALESSANDRO⁵ ha observado cómo la disciplina normativa del grupo ha sido analizada a la luz de determinadas premisas de orden dogmático que se presentan como categorías; las que, en relación a la propiedad, suponen que “propiedad” es y significa siempre “propiedad”, índices de aquel instituto típico que bajo dicho nombre es estudiado por la dogmática, aparentemente en abstracto, pero siempre sobre el paradigma de la propiedad individual. De este modo se salva la unidad del concepto de propiedad, como el de deuda, o el de crédito. En este mundo conceptual, y dogmático, se crea una doble categoría de sujetos de derecho: las personas físicas y las personas jurídicas, siendo éstas titulares de relaciones jurídicas de idéntico contenido a las relaciones jurídicas de las que son titulares las personas físicas.

Ante ello GALGANO destaca cómo no se considera que, admitiéndose la unidad de la categoría de sujetos de derecho, se puede, con igual congruencia lógica, crear una duplicidad en el contenido de las relaciones jurídicas. Duplicidad que implica que para las relaciones jurídicas ligadas a los individuos como tales se presente un ligamen diverso al de las relaciones jurídicas que ligan a los individuos como miembros de un determinado grupo que es tratado como persona jurídica. Así la palabra “propiedad” no será interpretada, en materia de personas jurídicas, de igual modo que lo fuera en relación a las personas físicas; sino exclusivamente, en cambio, de aquel modo, eventualmente diverso, que resulte de las normas internas que reclame y asuma. Tanto como el ejercicio de la actividad agraria y la calidad de productor rural, determinados como índices de tipo en la ley 17777 no se interpretan en igual modo en relación al productor persona física que en relación a productor sociedad o asociación agraria. En tal sentido debemos recordar la contraposición manejada por BERGBOHM⁶ entre lo conceptual-abstracto y lo real-concreto, poniendo claramente el acento valorativo en lo segundo. Lo que se liga a la afirmada por HUSSERL⁷ validez jurídica concreta a través de la verificación del derecho. Por lo que la ponderación de los principios generales del derecho y la concretización de las normas jurídicas se verifican en diverso grado y medida en cuanto se trate personas físicas o grupos considerados como personas jurídicas.

3. DESDE LA METODOLOGÍA CONCEPTUAL A LA NATURALEZA DE LAS COSAS

Por tal vía vemos en el pensamiento de GALGANO el tránsito desde una metodología conceptual, que él rechaza, hacia una metodología conforme a la naturaleza de las cosas y al tipo. Así LARENZ⁸ ha escrito cómo los conceptos “abstractos” se forman a través de la suma de notas distintivas que son desprendidas, abstraídas, de los objetos en que aparecen y, en su generalización, son aisladas, separadas, tanto unas de otras como respecto a los objetos, a los que siempre están unidas de un modo determinado. Por ello

5 “Persone giuridiche e analisi del linguaggio” en “Studi per Ascarelli”, cit. por GALGANO, ob. últ. cit. pág. 13

6 Cit. por ENGISCH, “La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales”, Comares, Granada-2004, pág. 164

7 Cit. por ENGISCH, ob. cit. pág. 66 nota 4

8 “Metodología...” cit. pág. 440

es que LARENZ, recogiendo las enseñanzas de ENGISCH, destaca cómo el pensamiento abstracto aprehende un objeto de la intuición sensible no en la plenitud “concreta” de todas sus partes y sus particularidades, como este todo único, sino sólo en cuanto que en él se destacan propiedades particulares o determinaciones de ideas, que se las estima generales, desligadas de su unión con otras y, en cuanto tales, “separadas”. De las notas distintivas constantes, de esta manera aisladas, se forman pronto conceptos, que hacen posible subsumir bajo ellos todos aquellos objetos que presentan todas las notas distintivas recogidas en la definición del concepto —sea cual sea su vinculación concreta—. Ello llevó, inevitablemente, a un vaciamiento de sentido; lo que LARENZ⁹ viera, precisamente, en torno al concepto de persona. Es así que nos dice que “el hombre como persona, en sentido ético, tiene una “dignidad”, es capaz de y está llamado a desenvolver su personalidad con responsabilidad ante sí y frente a otros, y a realizarla en el marco de leyes que tienen validez para todos.” A lo que agregara que en este sistema abstracto conceptual el concepto de persona es reducido al de sujeto de derecho y éste al de que se pueda ser “titular de derechos y deberes”. Y, ello, nos dice, como escribieran ENNECERUS-NIPPERDEY, se determinará “según el Derecho en cada caso vigente”; por lo tanto, no según la naturaleza de la cosa, es decir, de la personalidad del hombre. Es por ello que LARENZ nos dice que un concepto de persona en sentido jurídico, concebido tan ampliamente y vacío de contenido, hace posible comprender igualmente bajo él “persona naturales”, es decir, hombres, y “personas jurídicas”. Pero, por tal vía, nos advierte cómo se ocultan las diferencias más profundas que resultan de que las denominadas “personas jurídicas” no son precisamente personas en sentido ético y que, por ello, en relación a ellas sólo es posible una analogía.

El camino desde el conceptualismo hacia la naturaleza de las cosas, presente en GALGANO y ya desarrollado en LARENZ, lo presenta VALLET DE GOYTISOLO¹⁰ a través de la ligazón entre la naturaleza de las cosas con la teleología de las cosas, que ya plantearan los antiguos. Y en la teleología de las cosas halla las causas finales; así —nos dice VALLET DE GOYTISOLO— los antiguos enjuiciaban una operatividad conforme o contraria a la naturaleza de las cosas por sus efectos, según fueran conformes o contrarios al fin de la cosa, por sus consecuencias adecuadas, inadecuadas o indiferentes a ese fin. Y, al analizar la naturaleza de las cosas como elemento nuclear de la interpretación jurídica, nos recuerda cómo MONTESQUIEU después de definir las leyes como “relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas”, añadía esta aclaración: “Existe una razón prístina; y las leyes son las relaciones entre ella y los diversos seres, y las relaciones de esos diversos seres entre sí.” Y ello lo vemos en la escuela jurídica catalana. Así VALLET DE GOYTISOLO¹¹ nos cuenta cómo esta escuela jurídica desenvolvía el derecho romano con *seny, equitat* y *boha rahó* a las necesidades jurídicas vividas. Y, precisamente, estas *seny, equitat* y *boha rahó* son las que orientarán la analogía a fin de extender a las personas jurídicas la regulación presente en relación a las personas físicas. Para ello tomaremos del concepto de persona lo que se corresponde a su esencia; en cuanto su ligazón con las *esencias (Inbegriffe)* de muchas cosas individuales es, a juicio

9 Ob. últ. cit. pág. 444

10 “Metodología...” cit. pág. 895

11 “Diversidad de actitudes metódicas, ante la historia y el Derecho, de las escuelas histórica alemana y jurídica catalana”, en “Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico”, Editorial Montecorvo S.A., Madrid-1982, pág. 933

de SCHOPENHAUER¹², lo que se corresponde a su representación abstracta; la que nos alejará del concepto de persona como una mera suma de notas distintivas.

Así las situaciones jurídicas de productor rural y de ejercicio de la actividad agraria las aplicaremos a las asociaciones y sociedades agrarias por analogía a las personas físicas, teniendo presente el sentido ético de éstas y aquellas, así como el sentido de dichas situaciones y de su exigencia a través de la determinación de los fines presentes en las mismas. De ahí que se les aplique a las personas jurídicas conforme el parámetro de la *boha rahó*, y nunca mecánica y automáticamente. Todo ello a través de la llamada por LARENZ “ponderación de bienes en el caso particular” en cuanto herramienta útil para “concretizar” los derechos.

4. DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES COMO DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

En tal línea hallamos que KELSEN¹³ afirma que los derechos y deberes de la persona jurídica son considerados como derechos y deberes de los miembros, pero se trata de derechos y deberes que los miembros “poseen de una manera específica, en una manera diversa de aquella con la cual ellos poseen los derechos y deberes sin ser miembros de la corporación”. En similar sentido se pronuncia HART, marcando el modo radicalmente diverso en que las relaciones jurídicas se dan cuando su titular es una persona física a cuando lo es una persona jurídica.

De tal modo se da una variación desde el ángulo desde el cual se perciben las personas jurídicas, desde el enfoque desde la teoría de los sujetos de derecho al de los derechos mismos en consonancia con la variación que presentan cuando su titular es una persona jurídica; de modo que la propiedad y la deuda de la persona jurídica, son propiedad y deuda sometida una “especial disciplina normativa” en cuanto relaciones jurídicas reguladas diversamente a como lo son en el “Derecho común”. No es solo diverso el sujeto al cual imputar las relaciones jurídicas, sino que diverso es el contenido jurídico de las relaciones de las que es titular la persona jurídica. De tal modo se puede verificar dicha variación en la aplicación de la obligación de aplicar las técnicas que señale el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca para evitar la erosión y la degradación del suelo o lograr su recuperación y asegurar la conservación de las aguas pluviales, de la que son deudores “los titulares de explotaciones agropecuarias, cualquiera sea su vinculación jurídica de los mismos con el inmueble que le sirve de asiento, o tenedores de tierras a cualquier título”. Y, precisamente, en la tenencia de las tierras “a cualquier título” es que podemos apreciar la diferencia entre la persona física que es titular de la explotación agropecuaria y tenedor de la respectiva tierra y la asociación agraria, titular de la explotación agropecuaria, de la cual la tenencia de la tierra es ejercida por sus asociados individualmente. Por tal vía solo podemos hallar la solución del caso, ante el pago de la respectiva multa con que se sanciona el incumplimiento de las referidas obligaciones, aplicando analógicamente la solución conceptual-abstracta contenida en la disposición. Lo que sólo podemos hallar determinando el sentido de la norma, a través de la razón y

12 “Los dos problemas fundamentales de la ética”, siglo XXI, Madrid-2009, pág. 189

13 cit. por GALGANO, ob. últ. cit. pág. 13

fin presentes en la misma, que se corresponde a la relación de poder sobre el inmueble, que puede darse no orgánicamente sino individualmente por sus asociados. Así, prescindimos de la persona para atender a la relación fáctica persona-finca.

5. DE LA PERSONA JURIDICA COMO DETERMINANTE DE DISCIPLINAS ESPECIALES

Es así que surge, en la relación a la propiedad, la pregunta: ¿Pero qué impide considerar una forma de propiedad diversa a la propiedad y a la copropiedad, o una forma de obligación diversa a la obligación mancomunada y a la solidaria? El obstáculo, se señala por GALGANO, es solo de orden dogmático; estando determinado por la unidad del concepto de propiedad y de obligación, y, precisamente, para no renunciar a su unidad, es que se crean abstractos sujetos de derecho a los cuales imputarles relaciones jurídicas correspondientes al unitario concepto de propiedad o de obligación. De modo que la función que el concepto de persona jurídica cumple en la dogmática jurídica es la de ocultar la existencia de disciplinas especiales, siendo el instrumento conceptual que permite reconducir a los esquemas del “Derecho común” la especial disciplina, derogatoria de la misma, a que el legislador sujeta los miembros del grupo.

GALGANO¹⁴ destaca cómo los mismos escritores que aún hoy acogen la construcción tradicional se muestran insatisfechos frente a los abusos que al abrigo de las persona jurídica se cometen, para lo cual elaboraran la técnica de la “superación de la protección de la personalidad jurídica”. Técnica que tiende a acomodarse a la concepción tradicional de la persona jurídica como distinto sujeto de derecho mediante la cual se eliminan los inconvenientes a que esta concepción da lugar. De tal modo de finge –nos dice-, mediante la *fictio iuris*, que los derechos y las obligaciones de la persona jurídica son derechos y obligaciones de las personas físicas que la integran. De tal modo se termina en una ficción de signo contrario a la tradicional, por la que se busca neutralizar los efectos de la teoría de las personas jurídicas.

En el artículo 189 de nuestra ley de sociedades comerciales se lee que “podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros”. Y los efectos de la prescindencia de la personalidad jurídicos son regulados en el artículo 190 de dicha ley, disponiéndose que “la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada”, así como que “a esos efectos se imputará a quien o quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad”; pero “en ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”. Fijémonos cómo el texto de las citadas disposiciones usan el verbo *prescindir* a través de las locuciones “podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad” y “la prescindencia de la personalidad jurídica”, cuando dicho verbo tiene como significado el de “hacer abstracción de alguien o de algo, pasarlo en silencio”¹⁵.

14 ob. cit. pág. 18

15 Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española. 22ª edición. Espasa Calpe, Buenos Aires-2006, pág.

De tal modo vemos cómo en dichos textos se verifica la abstracción invertida de que nos habla GALGANO; lo que tiene como explicación la creencia en la “verificación” de la persona jurídica.

Ante ello GALGANO¹⁶ se pregunta: ¿Para qué mantener esta carga conceptual? ¿Para qué fingir como verdadero lo que inicialmente se había presupuesto como no verdadero? Al expediente de la *fictio iuris* esta doctrina acude solo como instrumento de represión de los abusos a causa del convencimiento de que la persona jurídica es un sujeto netamente distinto de sus miembros. Pero en esta doctrina no es difícil percibir -como en toda doctrina que se expresa en términos de *ficciones iuris*- el primer paso hacia el reconocimiento de una nueva realidad. Como en la historia de la persona jurídica lo fue la ficción postulada por SAVIGNY, al que sucediera la afirmación de su existencia real, aunque ficticia, de las personas jurídicas. El paso ulterior que hoy plantea la ficción del levantamiento de la personería jurídica consiste en la afirmación que en línea de principio, y no por ficción, los derechos y obligaciones de la persona jurídica son derechos y deberes de sus miembros. Ingresada en la escena del Derecho con el vestido de la *fictio iuris*, las personas jurídicas se aprestan a salir, merced a la doctrina de la superación, a través de la misma modalidad conceptual. Así la obligación de aplicar las técnicas adecuadas para evitar la erosión y la degradación del suelo pesarán sobre los productores rurales asociados que ejercen la tenencia del mismo.

Frente a ello GALGANO¹⁷, recogiendo un planteo de DROBNIG¹⁸, observa que esta doctrina no ha sabido formular un criterio general conforme al cual distinguir cuándo debe ser mantenido y cuando superado el abrigo de la persona jurídica; en cuanto todo reposa sobre ideas de conveniencia y de equidad justificadas en casos particulares. Lo que evidencia y manifiesta la crisis del concepto de persona jurídica: solo la equidad, y no el derecho, cumplirá la exigencia de reprimir lo abusos de grupos que se creen son “sujetos netamente distintos de sus miembros”. De tal modo se llega al absurdo de que el Estado crease nuevos sujetos destinados a operar en su ámbito contrario a las finalidades perseguidas o tuteladas por el Derecho; a lo cual GALGANO observa que no ha sido solo el Estado sino la construcción de aquellos juristas que crearan estos “nuevos sujetos” los que ingresan en semejante contradicción.

Así vemos cómo, en otra senda, KELSEN continuaba sosteniendo que el jurista puede valerse del concepto de persona jurídica o restarlo a su placer, sin perjuicio de reconocer que dicho concepto es particularmente útil. Mientras que PLANIOL¹⁹ propuso que el mito de la personalidad jurídica fuese, en cada caso, sustituido por la noción de propiedad colectiva. A la vez que ASCARELLI²⁰ negaba que el uso del concepto de persona jurídica fuere siempre oportuno.

1826.

16 ob. cit. pág. 19

17 ob. últ. cit. pág. 20

18 “*Personalité morale et ses limites*”, pág. 30 cit. por GALGANO, ob. últ. cit. pág. 20 nota 36

19 *Traité élémentaire de droit civil*, I, pág. 262

20 cit. por GALGANO, ob. cit. pág. 21

6. DE LA NATURALEZA LINGÜÍSTICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En cambio HART²¹ sostiene la teoría de que los enunciados que refieren a la persona jurídica son abreviaciones engañosas de otros enunciados entorno a derechos y deberes de personas físicas. El hecho es que la paráfrasis, aún cuando compleja e ingeniosa, se entiende agrega poco en definitiva, aún cuando, en otro sentido, ella rinda mucho. Ella disuelve en realidad la unidad del simple enunciado “Smith & Co. contrata con Y”, en cuanto sustituye una miríada de derechos subjetivos, deberes y poderes jurídicos de numerosos individuos, en los cuales – desde que la institución toma y sintetiza en el signo- nosotros no hemos pensado, ni habremos podido pensar, al desarrollar el enunciado originario. Es por ello que quienes miran las cosas más de cerca se sienten defraudados; solo que ellos no deben por desesperación acogerse a las teorías de la ficción o de la realidad; ya que los elementos que se pierden en una traducción del tipo de la propuesta -en la analogía con los casos individuales, la unidad del enunciado originario y su directa aplicabilidad a los hechos- no pueden ser recuperados mediante el recurso que aquellas teorías nos proponen y menos aún mediante otra traducción del original. Si no que, a su criterio, solo puede ser satisfecha merced a una descripción detallada de las condiciones en base a las cuales un enunciado de aquella forma se puede considerar verdadero, y de la forma característica en que él viene utilizado para obtener la conclusión de ciertas reglas específicas en un caso particular.

Es así que se halla la verdadera naturaleza del fenómeno de las personas jurídicas en su naturaleza lingüística. Y por ello que no se puede definir qué es la persona jurídica, y no se puede por ausencia de una cosa que corresponda a dichas palabras en razón que la función primaria de dichas palabras no es la de designar o describir, sino que según el lenguaje de la filosofía analítica se trata de un símbolo incompleto, al cual no corresponde ningún ente. De un símbolo cuya función no es la de representar en el plano lingüístico objetos existentes, o seres, en el mundo sino la de permitir el enunciado de proposiciones capaces de condensar en sí complejos discursos entorno a aquellos objetos. De tal modo la persona jurídica deviene una entidad que limita su existencia solo en un ámbito jurídico verbal, mientras que sobre la escena existencial solo existe un sujeto de derecho: el hombre. Aquél hombre –“productor rural”- que junto a “otras personas físicas y/o jurídicas” constituye “sociedades” agrarias, y aquélla “persona física” que es titular “del derecho de propiedad sobre los inmuebles rurales y las explotaciones agropecuarias” en relación con aquellas “personas físicas” titulares de acciones nominativas en sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones “titulares de inmuebles rurales y de las explotaciones agropecuarias”. De modo que a través de estos textos, que se corresponden a los artículos 1 de las leyes 17777 y 18092 respectivamente, vemos cómo a través de la persona jurídica, y sus enunciados, se presentan, como dijera HART, abreviaciones engañosas de otros enunciados entorno a derechos y deberes de personas físicas. Los socios de dichas personas jurídicas, o, mejor dicho, de dichos grupos considerados como personas jurídicas.

21 cit. por GALGANO, ob. últ. cit. pág. 21

7. DE LA *CONVENIENTIA* DE LA ANALOGÍA ENTRE PERSONA FÍSICA Y PERSONA JURÍDICA

FOUCAULT²² nos dice que el sistema no está cerrado, en cuanto queda una abertura, por la que todo el juego de semejanzas correría el riesgo de escaparse de sí mismo o de permanecer en la noche si no fuera porque una nueva figura de la similitud viene a acabar el círculo, a hacerlo, a la vez, perfecto y manifiesto. Así, escribe, que *convenientia*, *aemulatio*, *analogía* y *sympathia* nos dicen cómo ha de replegarse el mundo sobre sí mismo, duplicarse, reflejarse o encadenarse, para que las cosas puedan asemejarse. Lo que nos lleva a recordar cómo TOMÁS MIERES²³ describía la equidad a través de la expresión "*Aequitas est convenientia rerum*, junto a la expresión "*est aequitas quod naturalis ratio suadet*"; así como también cómo SANTO TOMÁS DE AQUINO²⁴, al analizar la naturaleza de las cosas, a través de la naturaleza del hombre y la naturaleza del derecho, es encuadrada "en la reflexión acerca de la *adaequatio*, la *commensuratio*, la *comparatio*." Lo que lleva a que VALLET DE GOYTISOLO²⁵ escriba que, a través de ello, muestra el AQUITANENSE "cuan justamente, tan bien y precisamente ha visto el nivel del método." De tal modo apreciamos cómo la relación ante el signo, como la derivada de la naturaleza de las cosas, transita por la *convenientia* -en concreto la *rerum convenientia*-, que también marca la analogía, útil para aplicar los derechos subjetivos y las respectivas relaciones jurídicas a las personas jurídicas. Pero también FOUCAULT nos dice que las *convenientia*, *aemulatio*, *analogía* y *sympathia* nos dicen cuáles son los caminos de la similitud y por dónde pasan.

A su vez FOUCAULT escribe que no hay semejanza sin signatura, tanto como que el mundo de lo similar sólo puede ser un mundo marcado. Así, citando a PARACELSO, repite que "No es la voluntad de Dios que permanezca oculto lo que Él ha creado para beneficio del hombre y le ha dado... Y aun si hubiera ocultado ciertas cosas, nada ha dejado sin signos exteriores o visibles por marcas especiales -del mismo modo que un hombre que ha enterrado un tesoro señala el lugar a fin de poder volver a encontrarlo-." De tal modo FOUCAULT nos habla que "el conocer las similitudes se basa en el registro cuidadoso de estas signaturas y en su desciframiento. Tanto como CROLLIUS advertía que es inútil detenerse en la corteza de las plantas para conocer su naturaleza, FOUCAULT no dice que el sistema de signaturas invierte la relación de lo visible con lo invisible. La semejanza era la forma invisible de lo que, en el fondo del mundo, hacía que las cosas fueran visibles; sin embargo, para que esta forma salga a su vez a la luz, es necesaria una figura visible que la saque de su propia invisibilidad. Por eso -continúa FOUCAULT- el rostro del mundo está cubierto de blasones, de caracteres, de cifras de palabras oscuras -de "jeroglíficos, según decía TURNER-. Y el espacio de las semejanzas inmediatas se convierte en un gran libro abierto; está plagado de grafismos; todo a lo largo de la página se ven figuras extrañas que se entrecruzan y, a veces se repiten. Lo único que hay que hacer es descifrarlas. Y nuevamente de recuerda a CROLLIUS, quien afirmara que el gran espejo tranquilo en cuyo

22 "Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas", Siglo XXI editores, Buenos Aires-2010, pág. 44

23 Cit. por VALLET DE GOYTISOLO, "Metodología de la determinación del derecho" II (parte sistemática)", cit. pág. 140

24 Cit. por VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit. pág. 146

25 Ob. cit. pág. 146

fondo se miran las cosas y se envían, una a otra, sus imágenes, está en realidad rumoroso de palabras. Los reflejos mudos son duplicados por las palabras que los indican. Y gracias a una última forma de semejanza, que implica todas las demás y las encierra en un círculo único, el mundo puede compararse a un hombre que habla: “así como los movimientos secretos de su entendimiento se manifiestan por la voz, así parece que las hierbas hablan al médico curioso por medio de su signatura, descubriéndole...sus virtudes interiores ocultas bajo el velo del silencio de la naturaleza.”

Todo ello lleva a FOUCAULT a detenerse “un poco sobre este lenguaje mismo. Sobre los signos de los que está formado. Sobre la manera en que estos signos remiten a aquello que indican.” Para luego afirmar²⁶ que “el signo de la afinidad, lo que la hace visible es sencillamente la analogía; la cifra de la simpatía reside en la proporción.” Ante ello decimos que tanto como la afinidad se hace visible a través de la analogía, la proporción lo hace a través de la ponderación que nos lleva una regulación que sea “conforme con la cosa”; recordando cómo SIECKMANN²⁷ enseña que los principios son razones para las ponderaciones, y, por tanto, son argumentos normativos, así como²⁸ los problemas de ponderación con problemas de optimización en los que se trata de cumplir los principios en colisión en la medida óptima, es decir, en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Así FOUCAULT nos dice que reconocimiento de las similitudes más visibles se hace sobre el fondo de un descubrimiento que es el descubrimiento de la conveniencia de las cosas entre sí. Y, agrega, si se piensa que la conveniencia no está definida siempre por una localización actual, se requiere de un nuevo signo de conveniencia. Y, de este modo, se cierra el círculo. Aún cuando, se advierte por el mismo FOUCAULT²⁹, por medio de un sistema de duplicaciones. En cuanto las semejanzas exigen una signatura, ya que ninguna de ellas podría ser notada si no estuviera marcada de manera legible. Un signo significa algo en la medida en que tiene semejanza con lo que indica (es decir, una similitud). No obstante –continúa FOUCAULT–, no señala una homología, pues su ser claro y distinto de signatura se borraría en el rostro del cual es signo; es *otra* semejanza, una similitud vecina y de otro tipo que sirve para reconocer la primera, pero que es revelada, a su vez, por la tercera. Toda semejanza recibe una signatura, pero ésta no es sino una forma medianera de la misma semejanza. De modo que el conjunto de marcas hace deslizar, sobre el círculo de las similitudes, un segundo círculo que duplicaría exactamente y punto por punto el primero, si no fuera porque este pequeño desplazamiento hace que el signo de la simpatía resida en la analogía, en la analogía en la emulación, el de la emulación en la conveniencia, que requiere a su vez ser reconocida, la señal de la simpatía... Pero a ello FOUCAULT agrega que la semejanza no permanece jamás estable en sí misma; sólo se la fija cuando se la remite a otra similitud que, a su vez, llama otras nuevas; de suerte que cada semejanza no vale sino por la acumulación de todas las demás y debe recorrerse el mundo entero para que la menor de las analogías quede justificada y aparezca al fin como cierta.

26 Ob. cit. pág. 46

27 “El modelo de los principios del derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, pág. 26

28 Ob. cit. pág. 163

29 Ob. cit. pág. 47

8. DE LA CONSIDERACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA Y LA EQUIDAD

De ahí que ya podamos afirmar que el “tienen personería jurídica desde el momento de su constitución” se corresponde a un signo, la personería jurídica, marcado por “la conveniencia” y “la semejanza”, la conveniencia y la semejanza “consideradas las circunstancias del caso”. Ello en cuanto hallamos en “la personería jurídica” un signo que, como escribiera FOUCAULT, “significa algo en la medida que tiene semejanza”, y ésta necesariamente se marca en relación a la persona física. Semejanza y no identidad, solo analogía con la persona física, la que, como escribiera y enseñara VALLET DE GOYTISOLO³⁰, se liga a la equidad como fundamento de la interpretación, dando preferencia no solo a la *mens legislatoris* sobre los *verba*, sino también a la *mens* y a la *ratio legis* objetivas en concordancia con la *ratio iuris*.

Así VALLET DE GOYTISOLO nos dice que entre las funciones de la equidad se halla la de orientar la analogía, atendiendo a cual era la *rerum conveniencia*, tanto como la de utilizar la pauta de dar trato igual y respetar a cada cual lo suyo; pues “*Ius autem est aequitas, idest, aequalitas ius suum quique tribuens*”, y la de permitir “buscar la razón de la ley en lo ésta resultare dotada de buena razón y equidad, “*quia lex praesumiter iusta*”. De tal modo el “tienen personería jurídica” de nos habla el texto de la ley no se corresponde al ámbito del ser y al de una mecánica automática, sino al de la semejanza al ser y al de la conveniencia en la misma tarea de interpretación a través de la respectiva ponderación. De ahí que debemos acudir “al gran espejo tranquilo en cuyo fondo se miran las cosas” de que nos habla FOUCAULT y al concepto general-concreto de que nos habla ENGISCH³¹, quien escribe que contiene en sí “la totalidad de determinaciones de contenido”, que encontramos aquí y allá, con mayor o menor intensidad de contenido, en las estructuras individuales; y nos recuerda que LARENZ dice además “que el concepto general-concreto no vale del mismo modo para cada manifestación en él incluida, sino para cada una conforme a configuración o concreción determinadas”. En cuanto coincidimos con las enseñanzas de VALLET DE GOYTISOLO, ENGISCH y LARENZ, creemos que “el tienen personería jurídica” se concretará a través de diferentes niveles de intensidad en las respectivas esfera de aplicaciones en que la hallemos, conforme a las respectivas razones legales, y en concreto las “buenas razones”, debiendo mirar al “fondo” de “las cosas”, y a la respectiva situación. Así el “tienen personería jurídica” necesariamente se liga a la ponderación, atendiendo a que, como escribe SIECKMANN³², el fundamento de la ponderación es una colisión de razones para ponderar válidas. Lo que deriva en una necesaria estructura lógica de las razones ponderativas que se diferencie de la forma de proposiciones admitida en las fundamentaciones deductivas. Lo que SIECKMANN concreta en cuanto “esto es el objeto de la diferenciación de reglas y principios”, remitiéndonos a las enseñanzas de ESSER, quien encuentra la contraposición entre justificación y precepto y con ello, la bigraduación de la fundamentación normativa en ponderaciones.

30 “El razonamiento jurídico: la analogía y la equidad”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid-1997, pág. 94

31 “La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales”, COMARES, Granada-2004, pág. 378

32 “El modelo de los principios del derecho”, cit., pág. 60

9. DE LA PONDERACIÓN EN LA CONSIDERACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA

A ello debemos agregar que el modelo procedimental propuesto por ALEXY³³ determina el deber ideal por medio de la idea de optimización, el que enlaza tres implicaciones con la validez de un principio: un mandato de reconocimiento de una norma, un mandato de ponderación y un mandato de optimización. El mandato de reconocimiento de una norma exige de los juzgadores aceptar una norma como válida, norma que en nuestro caso se deriva de la disposición que establece que “las asociaciones y sociedades agrarias tienen personería jurídica desde el momento de su constitución”. Aceptada dicha norma como válida, acudimos a los mandatos de ponderación que, en tal metodología, son reglas procesales que exigen la ponderación de las normas colisionantes. Mientras que los mandatos de optimización ordenan que algo sea cumplido en la medida más grande posible, en lo relativo a las posibilidades reales y jurídicas. Los que SIECKMANN³⁴ nos dice expresan el contenido normativo definitivo de los principios. A lo que agrega³⁵ que los principios son razones para las ponderaciones; por tanto, son argumentos normativos. Así nos enseña³⁶ que los problemas de ponderación son problemas de optimización, tratándose de cumplir los principios en colisión en la medida óptima, es decir, en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Así a través de la consideración de una asociación o sociedad como persona jurídica, además de dicha norma, hallamos los principios implicados a través de ella; entre los que encontramos los de confianza y seguridad jurídica, tanto como la libre circulación de los bienes. Pero aún la técnica de la consideración de las asociaciones y sociedades agrarias como personas jurídicas colisionan con otras normas, como la protección del interés del menor que es denominado en nuestro Código de la niñez y de la adolescencia “interés superior del niño y adolescente” o la protección del cónyuge no administrador en la sociedad conyugal, lo que determinará siempre acudir a la técnica de la ponderación, en la que hallamos la orientación ética y axiológica de los principios generales del derecho, y así recurrimos al criterio de optimalidad de PARETO. El que, según SIECKMANN³⁷, manda realizar un estado óptimo relativo a los fines dados. Así, en los casos de colisión de principios, entre el de confianza y seguridad jurídica dinámica, ligados a la consideración como persona jurídica, con el de buena fe y de seguridad jurídica estática, por ejemplo, debemos atender a los fines presentes en ellos, para llegar a un estado óptimo en que se atiende a todos ellos. Ello a través de la ponderación, en la que será relevante la circunstancia del caso. Para así devenir de la ponderación hacia la optimización. Y óptimo, nos dice SIECKMANN, “es todo estado en el que no hay una alternativa de realizar uno de los fines en un grado más alto, sin que conduzca a un grado menor de realización de otro fin. Por lo que la optimización alcanzará su mayor plenitud –el óptimo PARETO- en la concreción de la solución al caso que permite el cumplimiento, en la mayor medida posible, de los principios presentes en el mismo. Por lo que, desde

33 Cit. por SIECKMANN, ob. cit. pág. 24

34 Ob. cit. pág. 24

35 Ob. cit. pág. 26

36 Ob. cit. pág. 163

37 Ob. cit. pág. 53

tal metodología, jamás aplicaremos la consideración de las sociedades y asociaciones agrarias como un todo que sepulte toda otra norma y cualquier principio con el que colisione. Así, la norma que se desprende de la disposición que señala que “las asociaciones y sociedades agrarias tienen personería jurídica” no se aplicará, como cualquier otra norma, a través de la imposición de todo o nada que denunciara DWORKIN; sino a través de la consideración de los principios implicados en el caso. Los que, según DWORKIN³⁸, en virtud de su competencia y su solapamientos continuados, resultan ser contenidos inestables necesitados de continua evaluación y ponderación. De ahí que no sea posible entender las leyes si no es recurriendo a los principios que expresan, aunque, como señala PÉREZ BERMEJO³⁹, tampoco es posible ni siquiera identificar los principios si no es recurriendo a las leyes donde se enuncian y de donde se infiere su peso y su potencial. Pero el sistema, como herramienta que permite “que haya entre todas sus partes la debida correspondencia y armonía” (artículo 21 del C.Civil), en cuanto propone un modelo coherentista, tiende a contemplar el derecho como “como un sistema de principios” en coherencia. Así se atiende a las enseñanzas de ALEXY, tanto como la de CANARIS⁴⁰, quien definiera el sistema como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho, donde con la nota del orden teleológico se alude más al elemento de la coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna.”

De modo que la aplicación de la consideración como persona jurídica de las asociaciones y sociedades agrarias se ha de aplicar en atención a los principios que ella implica, lo que determina necesariamente la atención a los fines presentes en ellos, su ponderación, y la aplicación en coherencia con los demás principios –fines y valores– que coexisten en la respectiva situación. Todo lo que descarta una aplicación mecánica y total de dicha consideración.

Frente a la distinción entre principios y normas que sirve de fundamento a los referidos modelos coherentistas, ÁVILA⁴¹ enseña que el intérprete tiene la función de medir y especificar la intensidad de la relación entre la disposición interpretada y los fines y valores que le son, potencial y axiológicamente, superiores, él puede realizar la interpretación jurídica de una disposición hipotéticamente formulada como regla o como principio. Todo depende de las conexiones valorativas que, por medio de la argumentación, el intérprete intensifica o deja de intensificar, así como de la finalidad que entiende que debe alcanzarse. A lo que agrega que en cualquier norma, aunque haya un supuesto seguido de una consecuencia, hay referencia a fines. Por lo que, desde la respectiva norma (que en nuestro caso surge de la disposición del artículo 10 de la ley 17777 que nos habla de que “las asociaciones y sociedades agrarias tienen personería jurídica desde el momento de su constitución) ya se puede hallar los fines presentes en la misma, los que, no veo, en el caso, cómo podemos hallar y medir si no es en atención a los principios generales del derecho en ella implicados, que, a su vez, nos permiten llegar a un sistema coherente en fines y valores a través de una lógica teleológica. La que se manifiesta, como viéramos

38 *“Taking Rights Seriously”*, London: Duckworth, pág. 36, cit. por PÉREZ BERMEJO, “Coherencia y sistema jurídico”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pág. 167

39 Ob.cit. pág. 167

40 “El sistema en la Jurisprudencia”, Fundación Cultural del Notariado, 1998, págs. 55-56

41 “Teoría de los principios”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2011, págs. 39-40

mos, en una coherencia conforma a la respectiva situación que determina una concreta colisión de fines y valores –principios-, la respectiva ponderación, y, por consiguiente, la correspondiente optimización.

Por lo que, como viéramos llegamos a una situación que se aproxima a la analogía. Si acudimos a la regulación de la analogía en nuestro Código Civil, hallamos que “Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”. Si acudimos a los significados de “circunstancia”, del latín *circumstantia*, en el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española⁴², hallamos los de “accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”, así como el de la locución adjetiva “de circunstancias que se corresponde al “Dicho de una cosa: Que de algún modo está influida por una situación ocasional”.

42 22ª edición

LA ECONOMÍA EN EL PUNTO DE MIRA

Visión general sobre posibles sanciones penales a las empresas desde el punto de vista alemán

INGO BOTT¹

A. Introducción y disección del problema

Una gestión rentable se obtiene por regla general actuando como empresa. Al igual que las personas jurídicas, estas también se desarrollan en el mercado como personas naturales de manera libre y flexible. Y no se pueden excluir conflictos a nivel jurídico. Esto también incluye el derecho penal.

Una empresa puede llegar a ser víctima de un delito. Cabe pensar, por ejemplo, en una denuncia por revelar secretos comerciales por parte de un antiguo empleado. Por el contrario, una empresa puede ser objeto de investigaciones administrativas cuando se cometen delitos contra el medioambiente. En este caso pueden recaer sanciones contra la empresa. Como resultado, en este punto coinciden varios sistemas jurídicos internacionales.² Si bien existe una “amplia variedad de formas”³ cuando se debate la cuestión de cuándo y cómo se impondrían dichas sanciones.

Tanto empresas como empresarios se encuentran ante el desafío de tener que adaptarse a sistemas nacionales de regulación muy diferentes al mantener transacciones comerciales internacionales. Esta tarea no es una nimiedad cuando se trata de negocios en o hacia Alemania. En el ámbito jurídico de sanciones gira en torno a una curiosa nación. Es verdad que se suele considerar a Alemania como uno de los países que más exporta.⁴ Las empresas alemanas sostienen relaciones económicas en todo el mundo.

Sin embargo, en cuanto al ámbito empresarial, el derecho alemán de sanciones encierra algunas trampas de las que es difícil zafarse. Por lo menos la aparente impenetrabilidad de la jungla teutónica de normas sorprende más que las amenazantes sanciones draconianas que podrían imponerse.

1 Información sobre el autor:

Dr. Ingo Bott, nacido en 1983, es abogado en Wessing & Partner, un bufete de ámbito internacional especializado en derecho penal con sede en Düsseldorf, Alemania. Tras sus estudios en Friburgo, Sevilla, Montevideo y Passau trabajó como docente, entre otras actividades, en España, México, Uruguay y Venezuela. Publica regularmente sobre cuestiones de derecho penal y derecho procesal penal en Alemania así como en varios países hispanohablantes.

Contacto: bott@strafrecht.de

2 A continuación aparecerá una visión general de la normativa legal extranjera: Heine, La responsabilidad penal de las empresas, 1995, p. 213 y siguientes; Quante, Posibilidades de sanción contra personas jurídicas y asociaciones de personas, 2004, p. 191 y siguientes.

3 Göhler, Ley de delitos administrativos, 15. Edición, 2009, sobre el artículo 29a Rn 15a.

4 www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/exportueberschuss-deutschland-spitzenreiter-bei-leistungsbilanz-saldo-a-1016265.html

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, este artículo desea orientar y ofrecer una primera visión general tanto sobre las características específicas de las normas legales alemanas como sobre las consecuencias jurídicas.

B. Actual situación jurídica en Alemania

Según la ley existente (*de lege lata*), el derecho penal alemán no conoce la punibilidad de las empresas. No es relevante el hecho de si la empresa está organizada como persona jurídica (ejemplo: AG⁵, similar a la S.A.) o como sociedad de personas (ejemplo: OHG⁶, sociedad colectiva).⁷ Se aplica el principio: Las empresas no son imputables.⁸

Basándonos en esto, tampoco hay ningún hecho sancionable propio contra las empresas, según el derecho alemán. Solo se puede castigar a las personas que están detrás de una empresa.⁹ Aunque es verdad que se puede transferir a la empresa el delito de una persona natural bajo determinadas condiciones.¹⁰ Una sanción contra una empresa es un hecho que está conectado siempre de manera complementaria a la actuación incorrecta de una persona relacionada con la empresa.

Una sanción contra la empresa y una sanción contra la persona natural unida a la empresa invoca respectivamente a un sujeto diferente. Las dos sanciones no se producen de manera alternativa sino acumulativa. No concurre ninguna dualidad punitiva improcedente.¹¹

Resumiendo: Si existe un delito subsecuente producido por sujeto subsecuente, es posible que haya una sanción contra la empresa, si bien no será en forma de pena. Normalmente se impondrá una multa empresarial según el artículo 30 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas (OWiG). Por lo que haremos especial referencia a esta ley.

C. El caso típico: Sanción a la empresa por multa empresarial

Una multa persigue varias finalidades. Por una parte, sirve para beneficiarse de las

5 Aktiengesellschaft (sociedad anónima), véase el artículo 1 I de la ley alemana de sociedades anónimas: "La sociedad anónima" es una sociedad con personalidad jurídica propia. Solo se responde con el patrimonio colectivo frente a los acreedores en el caso de que la sociedad tenga obligaciones".

6 Offene Handelsgesellschaft (sociedad colectiva), véase el artículo 105 I del código mercantil: "Una sociedad cuya finalidad se orienta a gestionar una actividad comercial bajo el amparo de una empresa comunitaria es una sociedad colectiva cuando no está limitada la responsabilidad frente a los acreedores sociales por parte de ninguno de los socios."

7 Aún más: También es posible imponer una multa frente a personas jurídicas de derecho público (véase Tribunal Regional Superior de Hamm NJW 1979, 1312; Tribunal Regional Superior de Francfort NJW 1976, 1276; Göhler, Ley alemana de delitos administrativos, 15.ª edición, 2009, § 30 Rn 2) o partidos políticos (HWSt/Achenbach, 3.ª edición, 2012, I 2 Rn. 3).

8 Véase MAH/Britz, 2.ª edición, 2014, § 5 Rn 2.

9 Véase Mitsch, Derecho alemán de infracciones administrativas, 2.ª edición, 2005, § 16 Rn 1.

10 Böttger/Brockhaus, WiPra, 2.ª edición, 2015, cap. 16 Rn 119.

11 Véase Tribunal Regional Superior de Hamm, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 1973, 1851, 1853; Mitsch, Derecho de infracciones administrativas, 2.ª edición, 2005, § 16 Rn 3; Tiedemann, Derecho penal económico, 1.ª edición, 2004, Rn 245.

ventajas que ha percibido la empresa por el delito cometido en su propio interés. Por otra parte, sirve para sancionar de manera represiva la injusticia cometida en el ámbito de la empresa. Además, aspira de manera preventiva a que los responsables de la empresa persistan para garantizar que no se vuelvan a producir infracciones dentro de este ámbito.¹² El hecho de que la actuación incorrecta de una persona dirigente pueda conllevar una responsabilidad de la empresa, hace que se evite que los responsables de tomar decisiones en la empresa se escondan detrás de la persona que actúa de manera incorrecta.¹³

La disposición del artículo 30 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas indica en el apartado 1 los requerimientos esenciales de una multa:

1. *Si alguien pertenece a una sociedad personalista como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tal órgano, como junta directiva de una asociación sin capacidad jurídica o como miembro de tal junta directiva,*
2. *como socio con derecho de representación de una sociedad personalista con capacidad jurídica,*
3. *como apoderado general o con un cargo directivo como procurador o como apoderado gerente de una persona jurídica o de una sociedad de personas nombrado número 2 o 3 o*
4. *como cualquier otra persona que actúe dirigiendo la explotación o la empresa como persona jurídica o como sociedad de personas nombrado número 2 o 3, incluyendo también en el cargo directivo la supervisión de la gerencia o que ejerza cualquier otra competencia de control,*
y ha cometido un delito de infracción administrativa por no cumplir con las obligaciones que corresponden a la persona jurídica o a la sociedad de personas, o se ha enriquecido o debería enriquecerse la persona jurídica o la sociedad de personas, en este caso se impondrá una multa contra esta persona.

En particular, una multa empresarial exige con ello:

- a) Una persona dirigente de una empresa que
- b) en el contexto de una función dirigente
- c) haya cometido un delito o infracción administrativa al incumplir con las
- d) obligaciones que corresponden a la empresa o por lo menos haya intentado enriquecer a la empresa

En los siguientes apartados vamos a profundizar en estos requerimientos.

D. Requisitos para imponer una multa a la empresa

¹² Göhler, Ley de delitos administrativos, 15. edición, 2009, sobre el artículo 29a Rn 11; Krekeler/Werner, Empresas y derecho penal, 1.ª edición, 2006 Rn 73; KK/Rogall, 4.ª edición, 2014, § 30 Rn 16; MAH/Britz, 2.ª edición, 2014 § 5 Rn 19; Mitsch, Derecho de infracciones administrativas, 2.ª edición, 2005, § 16 Rn 7.

¹³ Este es el propósito explícito del legislador alemán, BT-Drks. V/1269, S. 59; véase Tribunal Regional Superior de Hamm, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 1973, 1851, 1852; Göhler, Ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas, 15.ª edición, 2009, sobre el artículo 29a Rn 9; KK/Rogall, 4.ª edición, 2014, § 30 Rn 17.

1. Objeto subsecuente: Persona dirigente

Solo se impondrá una multa empresarial cuando alguien que ostente un cargo directivo haya actuado para la empresa. Una persona dirigente en el sentido del artículo 30 párr. 1 de la ley de contravenciones e infracciones administrativas es aquella que posee una cierta responsabilidad que afecte al destino de la empresa. Especialmente este es el caso en los órganos (por ej. gerentes de una GmbH (sociedad limitada) o los presidentes de una AG (sociedad anónima)) o los representantes designados (por ej. apoderados generales). Pero también es suficiente cuando una persona natural ha actuado para la empresa tan solo con responsabilidad real, § 30 párr. 1 N° 5 de la ley de contravenciones e infracciones administrativas. Ello incluye especialmente a los gerentes denominados “de hecho” pero también a los miembros de un organismo directivo de supervisión como, por ejemplo, el consejo de administración de una sociedad anónima.¹⁴

2. Suceso subsecuente: Acto al ejecutar una función dirigente

El autor del delito debe haber actuado como persona dirigente. En principio esto se deberá entender de manera amplia. Si uno de los miembros excede el límite interno de competencias en la dirección empresarial formada por varias personas, eso no evitará la imputación en tanto el proceso esté dentro del contexto del campo de actividades de la empresa.¹⁵ Ya no actúa “como” persona dirigente aquella que persiga solo los intereses propios como, por ejemplo, robar la cartera del socio sin ser visto.¹⁶

3. Delito subsecuente: Delito o infracción administrativa

Especialmente entran en consideración los delitos del derecho penal económico como delitos subsecuentes. Se suele tratar de delitos intencionales con un trasfondo empresarial como, por ejemplo, el fraude o la gestión desleal. También se consideran delitos subsecuentes las infracciones administrativas. Hay que considerar, por ejemplo, las infracciones contra la ley sobre trabajo temporal.

El delito o infracción administrativa tiene que haberse realizado de modo ilegal y doloso.¹⁷ No es preciso que haya constancia de la identidad del autor del delito.¹⁸ Es suficiente la seguridad de que hay una persona dirigente que ha realizado por completo el acto delictivo. Un ejemplo: Basta con que se determine que es culpable *un* miembro de una junta directiva compuesta por tres personas, incluso aunque no esté claro quién ha sido exactamente. Ya es posible ahora que se imponga un multa contra la empresa, independientemente de si los otros dos miembros de la junta directiva son posiblemente inocentes.

14 Göhler, Ley de contravenciones e infracciones administrativas, 15.ª edición, 2009, § 30 Rn 13 ff; HWSt/Achenbach, 3.ª edición, 2012, I 2 Rn 8; MAH/Britz, 2.ª edición, 2014, § 5 Rn 14.

15 Véase. Corte Federal de Justicia, Nueva revista de derecho penal alemán 1997, 30, 31; HWSt/Achenbach, 3.ª edición, 2012, I 2 Rn 12.

16 Göhler/König, Ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas, 15.ª edición, 2009, § 30 Rn. 24; HWSt/Achenbach, 3.ª edición, 2012, I 2 Rn 11; KK/Rogall, 4.ª edición, 2014, § 30 Rn 110.

17 Véase HWSt/Achenbach, I 2 Rn. 6.

18 Corte Federal de Justicia, Nueva revista de derecho penal alemán 1994, 346.

La cuestión de la prescripción queda cubierta en base a la naturaleza complementaria de la multa. Si prescribe la perseguibilidad de un delito consecuente de la persona dirigente, también prescribirá la posibilidad de imponer una multa a la empresa.¹⁹

La infracción administrativa de omisión de las responsabilidades de supervisión juega un papel esencial como punto de interacción para la multa empresarial según el artículo 130 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas. Se denuncia el hecho de que se hayan producido incumplimientos de las obligaciones que se hubieran evitado y dificultado considerablemente con la debida supervisión. Se suele tratar de errores que surgen porque falta un sistema de cumplimiento o no funciona correctamente.

El titular de la explotación con el que se equiparan los órganos de una persona jurídica, según el artículo 9 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas, deberá tener especial atención a la hora de nombrar, seleccionar y vigilar a las personas a las que ha conferido las correspondientes obligaciones de supervisión, § 130 párr. 1 p. 2 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas. La delegación de los responsables, por ejemplo, dentro del contexto de un sistema de cumplimiento, no tiene ningún efecto definitivo de exclusión de responsabilidad. Un sistema así también deberá ser vivido y cuestionado.

En total, el ámbito de responsabilidad de la empresa se amplía considerablemente con el artículo 130 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas: Ya la actuación incorrecta de un simple empleado puede desencadenar multas si la dirección de la empresa no lo ha evitado de manera efectiva.²⁰ Es una cuestión especialmente difícil el hecho de que también sea posible el incumplimiento de las obligaciones con negligencia según el artículo 130 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas.

4. Referencia subsecuente: Incumplimiento de las obligaciones que afectan a la empresa o por lo menos intento de enriquecimiento

Como fuentes de las obligaciones relacionadas con la explotación se suelen aplicar las disposiciones de carácter jurídico-administrativo. Por ejemplo, existen obligaciones relevantes para los titulares de instalaciones, titulares de vehículos o productores de mercancía.²¹ Además entran en consideración los deberes de protección específicos de la empresa como referencia subsecuente.²² Por ejemplo, también es posible multar a la empresa cuando no se protege debidamente a los trabajadores que están sujetos a peligros en sus puestos de trabajo. En este caso, el hecho puede conllevar una multa contra la empresa por una lesión negligente del trabajador.²³

19 Ver especialmente sobre excepciones en procesos independientes, HWSt/Achenbach, I 2 Rn. 21.

20 Véase v. Freier, crítica a la sanción impuesta a una federación, 1998, p. 42.

21 Minoggio, Defensa de la empresa, 2.^a edición, 2010, Rn 1070.

22 Göhler/König, Ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas, 15.^a edición, 2009, § 30 Rn. 19; Krekeler/Werner, Empresarios y derecho penal, 1.^a edición, 2006 Rn. 97 f; Kudlich/Oglakcioglu, Derecho penal económico, 1.^a edición, 2011, Rn. 94; crítico en cuanto a la falta de perfil de la definición de las obligaciones Kirch-Heim, Sanciones contra las empresas, 2007, p. 88.

23 Véase BT-Drks. V 1269, S. 60; HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 7.

Es especialmente riguroso el artículo 30 párr. 1 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas en cuanto a que ya es posible imponer una multa cuando tan solo se haya intentado un enriquecimiento de la empresa. El enriquecimiento no tiene por qué ser el único objetivo del autor del delito. Basta con el hecho de que el autor lo tuviera previsto como certera consecuencia.²⁴ Y por si esto no fuera suficiente: como no se llegó a conseguir el enriquecimiento, se puede evaluar el alcance.²⁵

E. Cuestiones procesales

En principio se impondrá una multa empresarial acumulativa en el procedimiento contra el autor del delito subsecuente. La empresa también estará implicada en el procedimiento como interesado secundario y tiene algunas atribuciones en el procedimiento penal o de infracción administrativa.²⁶

Excepcionalmente, también es posible imponer contra la empresa una multa aislada independiente del procedimiento individual según el artículo 30 párr. 4 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas. Hay que tener en consideración cuando se da por concluido el procedimiento en curso por delito subsecuente. En este contexto, una multa no está aislada sino que también es posible anónima cuando, por ejemplo, se determina en un delito que solo alguien del círculo de personas dirigentes ha podido actuar y además de la premeditación o negligencia también cuando no es dudosa la imputabilidad del comportamiento de ninguna de las personas dirigentes.²⁷

F. Alcance de la multa empresarial

Si bien consta cuándo es posible imponer una multa empresarial, queda por aclarar su alcance. Primero lo más importante es la advertencia de que la decisión que se plantea según el principio vigente de oportunidad recogido en el derecho alemán de infracción administrativa depende del debido arbitrio de las autoridades que persiguen los hechos.²⁸ Lo esencial son las circunstancias en cada caso específico.

Si las autoridades que persiguen los hechos - la autoridad administrativa en el caso del procedimiento administrativo, el tribunal en el caso de procedimiento penal - deciden imponer una multa, se deberá tener en cuenta primero el componente represivo de la sanción: En el caso de haber un elemento subsecuente al delito intencionado, el alcance de la multa puede ser de hasta 10 millones de euros. En el caso de un delito con negligencia, la multa puede llegar hasta los 5 millones de euros según el artículo 30 párr. 2 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas.

24 MAH/Britz, 2.^a edición, 2014, § 5 Rn 15.

25 Bohnert, § 30 Rn 43; Eidam, Wistra 2003, 447, 454; Göhler, § 30 Rn 22 xxx; Krekeler/Werner, *Empresarios y el derecho penal*, 1.^a edición, 2006 Rn 101.

26 Ver HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 16; Minoggio, *La empresa comercial como interesado accesorio en la instrucción de la causa*, 2003.

27 Véase Corte Federal de Justicia, *Nueva revista de derecho penal alemán* 1994, 346; Tribunal Regional Superior de Hamm, wistra 2000, 433; HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 18; Krekeler/Werner, *Empresarios y derecho penal*, 1.^a Edición, 2006 Rn 105; Minoggio, *Defensa de la empresa*, 2.^a edición, 2010, Rn 1068; Tiedemann, *Derecho penal económico*, 1.^a edición, 2004, Rn 246

28 HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 12.

Además existe el concepto de hacer que el acto criminal no deba merecer la pena, por lo que se saca del beneficio lo que se ha obtenido de manera ilegítima. En este punto, la decisión sobre la imposición de la multa para la empresa se suele convertir en una cuestión muy delicada ya que la multa deberá superar el beneficio económico que la empresa hubiera obtenido del delito, según los artículos 30 párr. 3, 17 párr. 4 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas. El beneficio obtenido por el delito deberá ser solo el límite más bajo. Se llega a una flexibilización del “tope de la multa”.²⁹

El cálculo se realiza según el llamado principio neto. A la hora de determinar el beneficio que se obtiene se tendrán en cuenta las expensas del autor del delito así como las prestaciones de indemnización de derecho civil como cargas deducibles.³⁰ Con ello la multa es menor cuando la empresa obtiene los beneficios resultantes pagando un alto coste.

En principio, el importe de la multa no tiene límite hacia arriba. Aquí las consecuencias suelen ser dramáticas: La fiscalía de Múnich I decretó la imposición de una multa de 395 millones de euros a Siemens AG en diciembre de 2008 por el incumplimiento de las obligaciones de supervisión según el artículo 130 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas debido a una estructura deficiente de cumplimiento en relación con un asunto de cajas B que se emplearon para el pago de sobornos. El componente de la sanción era solo de 250.000 euros.

Es evidente que en el cálculo de una multa juega un papel esencial cuando la empresa se esfuerza en evitar infracciones gracias a mecanismos de control y medidas de cumplimiento.

G. Otras posibilidades de sanción y medidas contra las empresas

En especial, la invalidación juega un importante papel en la práctica jurídica como otra medida contra las empresas. Se trata de un instrumento muy peculiar que solo sirve para aprovecharse de manera ilegítima de las ventajas conseguidas. No deberá quedar nada que implique elementos delictivos.³¹ Como la invalidación conlleva un componente parcial de multa, no es posible junto con la multa según el artículo 30 párr. 5 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas.³²

En el caso de los delitos subsecuentes se traspasa al Estado la propiedad del objeto inválido o el derecho que se pierde según el artículo 73e del código penal alemán. Si el objeto no se invalida debido a sus características, se aplica en este caso el valor sustitutorio en dinero según el artículo 73a del código penal alemán. En el caso de delitos subsecuentes con infracciones administrativas siempre cae en comiso un importe por valor de lo adquirido injustamente según el artículo 29a de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas.

29 HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 15.

30 MAH/Britz, 2.^a edición, 2014 § 5 Rn 23.

31 Véase HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 26.

32 Corte Federal de Justicia, Nueva revista de derecho penal alemán-RR 2008, 13.

Con la invalidación no se asocia ningún efecto sancionador.³³ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal la medida no debería ser represiva ni con represalias sino que debería tener un carácter regulador y preventivo.³⁴ Debería ser mucho más rentable y ventajosa la invalidación para la empresa desde el punto de vista del valor de indicio en un posible procedimiento civil que la multa empresarial sancionadora.

No obstante, se debe tener en cuenta que el volumen de exacciones es más amplio que en el caso de una multa. Mientras que en ese caso es válido el principio neto, en el caso de invalidación según el principio bruto se podrá beneficiar de todo lo que el beneficiario “tenga” después del hecho sin tener en cuenta los costes que conlleve.³⁵

Se suele producir una invalidación contra la empresa como tercero desde el punto de vista del delito (§ 73 párr. 1, 3 del código penal alemán) o una infracción administrativa (§ 29a párr. 1, 2 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas) de un órgano. También aquí es posible una orden independiente (§ 76a del código penal alemán; § 29a párr. 4 de la ley alemana de contravenciones e infracciones administrativas).

Además, como consecuencias secundarias se ciernen sobre la empresa la prohibición industrial o la exclusión de la participación en licitaciones públicas.³⁶ Incluso se pueden retirar o inutilizar los objetos que se han producido gracias al delito o se han utilizado para su comisión.³⁷

H. Discusión sobre el derecho de sanción impuesta a una empresa *de lege ferenda*

Propongamos en este apartado una breve visión general sobre el derecho alemán de sanciones a las empresas. Podemos determinar que hay varias posibilidades de castigar a una empresa desde el punto de vista económico, ya sea dentro del contexto de una sanción o (por lo menos) en el contexto de una invalidación. Ambas regulaciones tienen en común que parecen complejas y son complejas.

Esto se aplica en mayor medida al comprobar la situación fuera de las fronteras alemanas. Mientras que actualmente se registra una tendencia de implantación de penas criminales a nivel europeo e incluso a nivel mundial para asociaciones y también para empresas, el derecho alemán se sigue encontrando en una vía obligatoria con la detención en el caso de estructuras jurídicas con infracciones administrativas. Por lo que el ministro de justicia de Renania del Norte/Westfalia critica el hecho diciendo que “Alemania debate y el resto de Europa actúa”.³⁸ Su ministerio presentó al fin un primer bo-

33 Corte Constitucional Federal, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 2004, 2073; MAH/Britz, 2.^a edición, 2014, § 5 Rn 3.

34 Corte Constitucional Federal, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 2004, 2073.

35 Véase Corte Federal de Justicia, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 2002, 3339; Corte Federal de Justicia, Nueva revista de derecho penal alemán 1994, 123; HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn 30; Minoggio, Defensa de la empresa, 2.^a edición, 2010, Rn 1073. No es discutible el principio como tal pero sí su interpretación según la jurisprudencia de dos senados de la Corte Federal de Justicia, véase Corte Federal de Justicia, Nueva Revista Semanal Jurídica de Alemania 2006, 925 (5.^o senado), Corte Federal de Justicia Nueva, Revista de derecho penal alemán 2009, 275 (1er senado).

36 Ver Kirch-Heim, Sanciones contra las empresas, 2007, p. 27 y siguientes.

37 Ver sobre las diferentes medidas muy parecidas en su esencia HWSt/Achenbach, 3.^a edición, 2012, I 2 Rn. 23 y siguiente.

38 Kutschaty, DRZ 2013, 16.^o

rrador del código penal para empresas en septiembre de 2013.³⁹

Desde entonces ha pasado mucho y poco a la vez. Mientras que la teoría del derecho mantiene un intenso debate sobre el sentido y la aplicabilidad de un borrador (y en especial este) de derecho penal para empresas, siguen sin producirse cambios reales. Será interesante observar cómo se desarrollará el debate y qué decidirá el legislador en el futuro.

I. Resumen

Para finalizar nuestra visión general sobre las posibilidades de sancionar a las empresas desde la perspectiva del derecho alemán, mostraremos el resumen con los siguientes resultados:

- En Alemania (todavía) no hay un derecho penal para empresas. Sin embargo, es posible sancionar a las empresas. En ese caso, se atribuirá de manera complementaria a la empresa la actuación incorrecta de una persona natural.
- Es posible sancionar a la empresa además de sancionar a una persona natural como, por ejemplo, a un gerente. Como se trata de sujetos diferentes, no hay ninguna dualidad punitiva impropia.
- La sanción a la empresa se suele realizar en forma de multa. Dicha multa consta de un componente sancionador y otro de exacciones. Por lo menos debe incluir lo que la empresa ha recibido de manera ilegítima.
- En principio, la multa empresarial va ligada a una actuación incorrecta de alguna persona dirigente. Esta actuación incorrecta también puede ser un incumplimiento del deber de supervisión en relación con los trabajadores.
- Una medida alternativa es la invalidación de terceros beneficiarios en el caso de la empresa. Aquí solo se compensará lo que se haya recibido de manera ilegítima. No se sancionará a la empresa.
- Desde hace algún tiempo se viene discutiendo, tanto en Alemania como en otros países, la posibilidad de introducir un derecho penal a las personas jurídicas. Actualmente sigue el debate. Pero merece la pena estar al corriente de los acontecimientos.

³⁹ Borrador de una ley para la introducción de responsabilidad en derecho penal para empresas y demás asociaciones, presentado el 18.9.2013.

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

The environmental protection in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI¹
GUSTAVO DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA²

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo comprender las interrelaciones entre la protección internacional del medio ambiente y los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como las aportaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fortalecer la protección de los derechos civiles y políticos en los casos relativos a cuestiones ambientales.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Medio Ambiente; Sistema interamericano; Defensa por la vía refleja; Ecologización; *Greening*; Reverdecimiento; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ABSTRACT: This paper aims to understand the interrelationships between the international environmental protection and the human rights protection systems, as well as the contributions of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to the strengthening of the civil and political rights protection in cases involving environmental issues.

KEYWORDS: Human rights; Environment; Inter-American System; environmental protection through the reflex pathway; Ecologización; American Convention on Human Rights.

Sumario: 1. Introducción; 2. El sistema interamericano de derechos humanos y las cuestiones ambientales: 2.1 La protección internacional del medio ambiente y de los derechos humanos; 2.2 La ecologización de la Comisión y de la Corte Interamericanas; 3. El “escribir recto en renglones torcidos” del sistema interamericano de derechos humanos: 3.1 La defensa del medio ambiente por la vía refleja; 3.2 Efectos de la ecologización de la Corte; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

1 Post-Doctor en Ciencias Jurídico-Políticas por la Universidad Clásica de Lisboa (Portugal). Doctor summa cum laude en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Rio Grande del Sur (Brasil). Máster en Derecho por la Universidad Estadual de San Pablo (Brasil). Profesor Adjunto (Licenciatura y Máster) en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Miembro de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI) y de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD). Abogado y Consultor Jurídico

2 Máster en Derecho Agroambiental por la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Cuiabá (Brasil). Abogado en el Estado de Mato Grosso (Brasil). Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Internacional Público – GEDIP/UFMT.

Summary: 1. Introduction – 2. The Inter-American human rights system and the environmental issues: 2.1 The environment and the human rights international protection; 2.2 Greening the Inter-American Commission and the Inter-American Court – 3. “Writing straight with crooked lines” in the Inter-American human rights system: 3.1 The environmental protection through the reflex pathway technique; 3.2 Effects of the Inter-American Court greening – 4. Conclusions – 5. Bibliography

1. Introducción

A pesar de la falta de disposición expresa en los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) – así también como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) –, lo cierto es que la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos ha demostrado que en el contexto regional interamericano es posible apoyar (y, por lo tanto, proteger) las cuestiones relacionadas con el medio ambiente de manera eficaz, cuya influencia se ejemplifica por el fenómeno llamado de ecologización (*greening* o “reverdecimiento”) del derecho internacional de los derechos humanos.³

Por tanto, el *greening* es la técnica para proteger el medio ambiente en los sistemas regionales de protección que, *a priori*, no tienen protección específica sobre este tema. En este sentido, es necesario entender los efectos de este “reverdecimiento” de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones para la mejora de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos.

2. El sistema interamericano de derechos humanos y las cuestiones ambientales

Estructurado por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sistema interamericano de derechos humanos, desde su creación, ha participado en los debates sobre los grandes temas del derecho internacional público.

Cabe destacar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es ocho meses más joven que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, del 10 de diciembre 1948; y que cuando la Carta de la OEA de 1948, en su art. 106, ha previsto un futuro Convenio orientado al establecimiento de las normas de funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha también anticipado a la propia ONU en las discusiones sobre la creación de un sistema de protección de los

³ Por lo tanto, es necesario desarrollar estrategias y técnicas para vincular los temas ambientales a los dispositivos de la Convención Americana, como los relacionados con el juicio justo, la libertad de expresión, los derechos de propiedad, entre otros. Sobre el tema, v. SANDS, Philippe (ed.). *Greening international law*. London: Earthscan Publications Limited, 1993; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011; y MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening the Inter-American human rights system*. *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 33 (2013), p. 299-313.

derechos humanos.⁴

El dicho Convenio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos – también conocido como *Pacto de San José* –, además de regular el funcionamiento de la Comisión Interamericana también creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un órgano consultivo y contencioso del sistema regional interamericano.

Para los Estados Partes de la Convención que reconocen su competencia contenciosa, la Corte Interamericana actúa como el organismo responsable por el análisis de las acciones de responsabilidad internacional presentadas por los Estados Partes o por la Comisión Interamericana (con base en denuncias individuales) contra los Estados que tengan, en tesis, violado los dispositivos de la Convención Americana.⁵ Mientras que nunca (hasta ahora) un Estado Parte ha demandado contra otro Estado Parte ante la Corte, el envío de casos a la Corte ha sido señalado por la actuación de la Comisión Interamericana, tras el análisis de las peticiones individuales que les sean presentados de conformidad con los artículos 44, 46 y 47 de la Convención. Mientras la construcción del sistema de protección de los derechos humanos de la OEA, en los años del 60 y del 70 el tema ambiental se destacó como un problema mundial importante, sobre todo después del período de la descolonización de África. Dados los dramas acerca de la degradación del medio ambiente, tanto en la Conferencia Internacional sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) como en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), el derecho de acceso al medio ambiente sano fue insertado en la lista de las garantías fundamentales de la persona humana que deben ser protegidas.⁶

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, confirmó que la lógica de decir que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.⁷ Por lo tanto, Estocolmo, Río y Viena contribuyeron a la “globalización”⁸ del derecho ambiental, fenómeno consistente en una mayor comprensión de la interconexión entre los mecanismos de protección de los derechos humanos y las cuestiones ambientales.

4 De los 34 miembros activos de la OEA, sólo Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas nunca han ratificado la Convención. Para estos Estados, así como para aquellos que no reconocen la competencia de la Corte, la Comisión actúa como un órgano general que debe publicar informes anuales a la Asamblea General de la OEA sobre el desempeño de los mismos Estados en el establecimiento de políticas de los derechos humanos. V. General Information of the American Convention on Human Rights. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-32.html> (Último acceso el 18-04-2015). Cf. también: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 360-363; y FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p.164.

5 De los 24 Estados Partes en la Convención, sólo tres – Dominica, Granada y Jamaica – aún no se someten a la jurisdicción de la Corte.

6 SOARES, Guido. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 45-49.

7 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, ano I, vol. 1, abril 2005, p. 56. Cf. ainda: SOUSA SANTOS, Boaventura de. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, vol. 39 (1997), p. 105-201; y HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 1994: Events of 1993*. New York, 1994, p. 17.

8 V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993, p. 41-45.

2.1 La protección internacional del medio ambiente y de los derechos humanos

La protección jurídica del medio ambiente, desde la Conferencia de Río-92, está estructurada por una “nueva ingeniería”, consistente en acelerar la aplicación de las normas internacionales relativas al medio ambiente a través de la adopción, en los tratados “más emblemáticos”, de anexos, apéndices y términos generales, que tienen el propósito de formar un amplio espacio normativo que se complementará con futuras decisiones derivadas de cumbres regulares de los Estados Partes: las llamadas *Conferencias de las Partes* o COPs.⁹

Estas estrategias desarrolladas por el derecho internacional del medio ambiente contemporáneo, sin embargo, no están libres de inconvenientes. Si, por un lado, las reglas ambientales son aplicadas en un ritmo más rápido, por otro, hay que señalar que esa “ingeniería” trae graves preguntas sobre la eficacia de sus decisiones, ya que los compromisos asumidos por los Estados en cuestiones ambientales constituyen reglas de *soft law*, o sea, son normas que, en principio, no tienen fuerza vinculante y que, por lo tanto, si no son cumplidas, no establecen sanciones directamente aplicables a los Estados.¹⁰

La fragilidad o “eficacia relativa de los tratados internacionales sobre el medio ambiente”¹¹ demuestran que las cuestiones ambientales aún no alcanzaron su madurez en las relaciones internacionales contemporáneas. Dinah Shelton y Alexander Kiss, sin embargo, creen que esta madurez radica en el creciente establecimiento de interrelaciones entre las cuestiones ambientales y la protección de los derechos humanos.¹² Esto nos permite afirmar que los sistemas de protección de derechos humanos, en el final del siglo XX, pasaron por un proceso de reverdecimiento: *a*) la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) insertaron dispositivos que expresamente reconocieron el derecho de vivir en un medio ambiente sano y equilibrado¹³; y *b*) el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) – a pesar de la ausencia de disposiciones relativas a la protección del medio ambiente – ha sido utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuestiones ambientales.¹⁴

9 SOARES, Guido. Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburgo, 2002). In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueneu (orgs). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. Cuiabá: Cathedral, 2009, p. 12.

10 SOARES, Guido. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003, p. 101. V. también: MITCHELL, Ronald B. Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements. *Global Environmental Politics*, vol. 6, n° 3, Cambridge, August 2006, p. 72-89.

11 MITCHELL, Ronald B. Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements, cit., p. 72-89; y BOYLE, Alan. Human rights and the environment: a reassessment. *UNEP Human Rights and Environment*, 2010, p. 2-3.

12 V. KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *Guide to international environmental law*. Koninklijke Brill, NV, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007; KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *Judicial handbook on environmental law*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2005; y SHELTON, Dinah. Environmental rights and Brazil's obligations in the Inter-American human rights system. *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 733-777.

13 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1001-1003.

14 V. Tribunal Europeo, Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido. Sentencia de 21 de febrero de 1990, Aplicación 9310/81; Caso López Ostra vs. España. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación 16798/90; Caso Ana Maria Guerra y otros vs. Italia. Sentencia de 19 de febrero de 1998, Aplicaciones 116/1996/735/932; Caso Hatton y otros vs. Reino Unido. Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97; Caso Moreno Gómez vs. España. Sentencia del 16 de noviembre 2004,

Aunque incipiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado un proceso de reverdecimiento marcado por el establecimiento de interrelaciones entre temas ambientales y los dispositivos del Convenio Europeo relacionados con los derechos a la vida, la privacidad, la propiedad y otros. Dos casos relativos a la interconexión entre la contaminación acústica causada por el aeropuerto de Heathrow, en las afueras de Londres, y la violación de disposiciones del Convenio Europeo relativos a los derechos de propiedad, la privacidad y la protección judicial efectiva, son emblemáticos: *Powell y Rayner vs. Reino Unido* y *Hatton y otros vs. Reino Unido*.¹⁵

En 1990, el Tribunal Europeo, al analizar el caso *Powell y Rayner vs. Reino Unido*, a pesar de tener reconocido que el Estado británico tendría el deber de tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar a los peticionarios la protección conferida por el art. 8.1 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada y familiar), consideró que “la operación de un gran aeropuerto internacional es un objetivo legítimo [del Estado] y el consiguiente impacto negativo sobre el medio ambiente no puede ser totalmente eliminado”.¹⁶ Sin embargo, once años después, en 2001, en el caso *Hatton y otros vs. Reino Unido*, también relativo al aeropuerto de Heathrow, el Tribunal Europeo concluyó que, en clara violación del art. 8.1 del Convenio Europeo, el Estado “no logró un justo equilibrio entre el bienestar económico del Reino Unido y el efectivo derecho de los peticionarios gozaren de sus hogares y de sus vidas privadas y familiares”.¹⁷

Es de destacar que el período de once años entre los dos casos Heathrow¹⁸ contribuyó al fortalecimiento de la comprensión de las interrelaciones entre los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las cuestiones ambientales en Europa. Después de todo, a lo largo de los años 90, sobre todo después de la Conferencia de Río-92, las cuestiones ambientales habían surgido como un tema de claro interés global.

En este contexto, otro caso decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aplicación 4143/02; Caso Giacomelli vs. Italia. Sentencia del 2 de noviembre 2006, Aplicación 59909/00; Caso Fadeieva vs. Rusia. Sentencia del 9 de junio 2005, Aplicación 55723/00; Caso Önerildiz vs. Turquía. Sentencia del 18 de junio 2002, Aplicación 48939/99; Caso Taskin y otros vs. Turquía. Sentencia del 10 de noviembre 2004, Aplicación 46117/99; y Caso Tatar vs. Rumanía. Sentencia del 27 de enero 2009, Aplicación 67021/01. Disponible en: <http://www.echr.coe.int> (Último acceso el 18/04/2015).

15 Tribunal Europeo, Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido. Sentencia de 21 de febrero de 1990, Aplicación 9310/81; y Caso Hatton y otros vs. Reino Unido. Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97.

16 “The operation of a major international airport pursued a legitimate aim and that the consequential negative impact on the environment could not be entirely eliminated” (Tribunal Europeo, Caso Powell y Rayner vs. Reino Unido, cit., pars. 40-42).

17 “The State failed to strike a fair balance between the United Kingdom’s economic well-being and the applicants’ effective enjoyment of their right to respect for their homes and their private and family lives” (Tribunal Europeo, Caso Hatton y otros vs. Reino Unido. Sentencia del 2 de octubre 2001, Aplicación 36022/97, par. 107).

18 Hay que señalar, sin embargo, que los resultados de los dos casos relacionados con el ruido del aeropuerto de Heathrow fueron similares. En *Hatton y otros*, frente a la decisión desfavorable para el Reino Unido, el gobierno británico apeló al Tribunal en Pleno y la Gran Sala decidió que los intentos de las autoridades locales para reducir el ruido en el aeropuerto fueron suficientes para no haber violación del derecho a la intimidad de los demandantes. El Tribunal Europeo es formado por: a) los Comités, formados por tres jueces responsables por el análisis de admisibilidad de las peticiones presentadas a la Corte; b) las Secciones (las Salas), integradas por siete jueces encargados por el examen de la admisibilidad y del fondo de una petición; y c) el Pleno del Tribunal (la Gran Sala), integrado por diecisiete jueces responsables por el examen de las remisiones de un asunto pendiente ante una Sala sobre una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos (arts. 30 y 43, § 3º del Convenio Europeo). V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 913-915; y GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. vol III. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2010, p. 183.

– *Caso López Ostra vs. España*, de 1994 – se ha convertido en uno de los más emblemáticos para las futuras decisiones del Tribunal. Al constatar la molestia de la familia López Ostra con las emisiones de azufre de una planta de tratamiento de agua en la ciudad española de Lorca, el Tribunal Europeo entendió que la contaminación del medio ambiente implica daños al derecho a la vida privada y familiar, y por lo tanto, el Estado tiene el deber de proporcionar un equilibrio justo entre sus medidas y el bienestar del medio ambiente y de las personas. Por entender que, en el caso analizado, el Estado no ha cumplido con su deber de conciliar los intereses colectivos con los intereses particulares de los vecinos de la planta de tratamiento de residuos, el Tribunal condenó a España a pagar 40.000 pesetas por los daños a la salud y la calidad de vida de la familia López Ostra.¹⁹

López Ostra vs. España también dio lugar a una segunda fase del reverdecimiento del Tribunal Europeo: el aumento de las interrelaciones entre los casos que involucran cuestiones ambientales y la protección de los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En *Anna María Guerra y otros vs. Italia* (1998) el Tribunal Europeo concluyó que al no proporcionar la información necesaria sobre una fuga de productos químicos de la fábrica en Manfredonia, las autoridades locales habían cometido una violación al art. 10 del Convenio Europeo sobre el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información. En 2004, el derecho a la vida privada y familiar, garantizado por el art. 8.1 de la Convención Europea, fue una vez más interrelacionado con un tema ambiental, esta vez en el caso *Moreno Gómez vs. España*, sobre la contaminación acústica causada por un club nocturno construido sobre la licencia ilegal a las afueras de Valencia.²⁰

A lo largo de la primera década de este siglo, otros dos casos han sido emblemáticos a la ecologización del Convenio Europeo: a) *Öneryıldız vs. Turquía* (2002), sobre violaciones de los arts. 2, 8 y 13 del Convenio Europeo, relativos respectivamente a los derechos a la vida, a la vida privada y familiar y a la protección judicial efectiva de las víctimas de una explosión de gas metano en el relleno sanitario de Umraniye (Estambul)²¹; y b) *Tatar vs. Rumanía* (2009), sobre un desastre ecológico resultante de las instalaciones de descarga de una mina de oro en Río Sasar, donde el Tribunal Europeo concluyó que el Estado rumano había violado el Convenio al no proporcionar un deber de prevención e información sobre los riesgos de instalaciones de mina de oro.²²

Las diversas situaciones en que la defensa del medio ambiente por la vía refleja se hizo presente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – del interior de Rumanía al aeropuerto de Heathrow, de la molestia de discotecas en el centro de Valencia a tragedias de un vertedero de basura en las afueras de Estambul – muestran que el tema del

19 Tribunal Europeo, *Caso López Ostra vs. España*. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, Aplicación 16798/90, pars. 51 y 58.

20 V. *Caso Ana María Guerra y otros vs. Italia*. Sentencia de 19 de febrero de 1998, Aplicaciones 116/1996/735/932; y *Caso Moreno Gómez vs. España*. Sentencia del 16 de noviembre 2004, Aplicación 4143/02.

21 V. *Caso Öneryıldız vs. Turquía*. Sentencia del 18 de junio 2002, Aplicación 48939/99.

22 “La Cour rappelle qu’en droit roumain le droit à un environnement sain est un principe ayant valeur constitutionnelle. Ce principe a été repris par la loi n° 137/1995 sur la protection de l’environnement, qui était en vigueur à l’époque des faits (voir pp. 16-17, a et b). Par ailleurs, le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l’environnement en l’absence de certitude scientifique ou technique (voir p. 27, h)” (Tribunal Europeo, *Caso Tatar vs. Rumanía*. Sentencia del 27 de enero 2009, Aplicación 67021/01, par. 109).

medio ambiente tiene la potencial vocación de servir como parámetro para otros sistemas regionales de protección de los derechos humanos.²³

En este sentido, merece ser estudiado como la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han estado lidiando con cuestiones ambientales, así como el papel de sus posiciones en lo reverdecimiento o ecologización cada vez más eficaz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.2 La ecologización de la Comisión y de la Corte Interamericanas

En comparación con el sistema europeo, la ecologización del sistema interamericano ha pasado lejos de cuestiones tales como la contaminación acústica causada por un club nocturno o un aeropuerto. De hecho, la gran mayoría de los casos ambientales del sistema interamericano surgen del uso constante de las zonas forestales y de las zonas rurales en la búsqueda por materias primas, alimentos, agua, combustible y hacia el uso zonas de disposición de basura. En este contexto, los más vulnerables a la desregulada explotación económica de los recursos naturales han sido los indígenas, los pueblos cimarrones y las comunidades campesinas de las Américas.²⁴

Este hallazgo es confirmado por el informe de la Secretaría General de la OEA sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, de 4 de abril de 2002,²⁵ que destaca dos ejemplos de protección del medio ambiente en el sistema interamericano: a) La Resolución N° 12/85 del pueblo *Yanomami vs. Brasil*,²⁶ que se ocupa de las interrelaciones entre la construcción de una carretera en una zona del territorio amazónico habitada por la etnia Yanomami y el rápido proceso de violación de los derechos a la vida, la salud, la libertad, la seguridad y el derecho de residencia del grupo indígena afectado; b) y el caso de la *Comunidad Indígena Awas Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicaragua*,²⁷ sobre la concesión irregular de madera en tierras indígenas. Estos son los primeros casos de cuestiones ambientales examinados por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

Después de la Resolución N° 12/85, la Comisión tuvo que hacer frente, en particular, con otros ocho casos relacionados con temas ambientales. Tres de ellos – en eventos similares en Chile, Panamá y Brasil – involucran la construcción de represas hidroeléctricas en zonas indígenas y/o tradicionales sin el consentimiento de las comunidades afectadas y las consecuentes violaciones de disposiciones de la Convención Americana en

23 V. GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*, cit., p. 163-205.

24 Sobre el progreso del poder económico en las áreas de los pueblos indígenas y tradicionales, v. GARFIELD, Seth. A nationalist environment: indians, nature and the construction of the Xingu National Park in Brazil. *Luso-Brazilian Review*, vol. 41, n° 1 (2004), p. 139-167; SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem do conhecimento*. Trad. Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 23-29; y VARVARIGOS, Dimitrios. Environmental degradation, longevity and the dynamics of economic development. *Environmental and Resource Economics*, vol. 46, issue 1 (2010), p. 59-73.

25 En el cumplimiento de AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), aprobada en la tercera sesión plenaria de la OEA, celebrada el 5 de junio 2001. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 1001.

26 Resolución 12/85, Caso No. 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, en Informe Anual de la CIDH 1984-85, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev.1, 1 de octubre de 1985, 24, 31 (Caso Yanomami).

27 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n° 79. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (Último acceso el 18-04-2015).

relación con la garantía a la vida, la dignidad humana y la protección judicial efectiva.²⁸

En este sentido, en el caso de *Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana estableció interrelaciones entre la concesión por el Estado de las tierras indígenas a la tala sin el consentimiento previo de los grupos étnicos afectados, con violaciones de los derechos de propiedad de los pueblos tradicionales.²⁹ A su vez, en el caso *San Mateo de Huanchor vs. Perú*, donde se utilizó un minero en las afueras de las comunidades rurales como un vertedero de residuos tóxicos, y en el análisis de la Solicitud Inicial N° 1413/05 del Pueblo Inuit contra los Estados Unidos sobre las responsabilidades del gobierno de E.E.U.U en relación con los impactos del calentamiento global en el modo de vida de los esquimales, la Comisión se enfrentó a situaciones relacionadas con la degradación del medio ambiente y sus consecuencias sobre los medios de vida de los pueblos tradicionales, en particular en el acceso de estos pueblos a los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la residencia y el acceso a la cultura.³⁰

De nueve casos importantes sobre cuestiones ambientales discutidos o en análisis por la Comisión, sólo dos – Informe N° 84/03 del *Parque Natural Metropolitano de Panamá*, sobre el supuesto daño ambiental causado por la construcción de una carretera en una reserva ambiental, y *Comunidad de La Oroya vs. Perú*, en relación con hechos perjudiciales de la contaminación del aire de un complejo metalúrgico en la población de 30.000 habitantes de La Oroya, ubicada a 175 km de Lima – no han tratado sobre temas relacionados con los pueblos indígenas o con comunidades tradicionales.³¹

La Corte Interamericana, a su vez, después del análisis del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se enfrentó con otros seis casos sobre temas ambientales, y de éstos, cinco están relacionados con violaciones de derechos de los pueblos tradicionales de las Américas; un caso – caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador* – es vinculado a la concesión estatal de tierras indígenas para la exploración petrolera sin el consentimiento de los *Kichwas*³²; y los otros cuatro son relativos a los impactos adversos de la falta de demarcación de las tierras de los pueblos indígenas y cimarrones en Paraguay y en Surinam en los siguientes episodios: a) caso *Moiwana vs. Surinam*; b) caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*; c) caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*; y d) caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*.³³ Estos casos revelan posiciones

28 Sobre casos de cuestiones ambientales analizados por la Comisión Interamericana, v. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira, *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*, cit., p. 163-227. Cf. CIDH. Informe N° 30/04, Solución Amistosa Mercedes Julia Huentes Beroiza, 11 de marzo de 2004; CIDH. Informe N° 40/04, Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice, 12 de octubre de 2004; y Medida Cautelar MC-382/10, en favor de las comunidades tradicionales de la cuenca del río Xingu, Pará, Brasil, el 11 de noviembre, 2009.

29 CIDH. Informe N° 40/04, Caso de Las comunidades indígenas Mayas de Toledo vs. Belice, 12 de octubre de 2004.

30 V. CIDH. CIDH. Informe N° 69/04, Caso San Mateo Huanchor vs. Peru, OEA/Ser.L/V/II.122, Doc.5, rev.1, octubre de 2004; y Inuit People Petition 1413/05 vs. the United States, December 7, 2005. Cf. OSOFSKY, Hari M. Inuit petition as a bridge? Beyond dialectics of climate change and indigenous people's rights. *American Indian Law Review*. vol. 31 (2007), p. 675-698.

31 V. CIDH. Informe N° 84/03, Parque Natural Metropolitano de Panamá, 22 de octubre 2003; y Informe n° 76/09, Caso Comunidad de La Oroya vs. Perú, 5 de agosto 2009. Cf. SPILLER, Paula. The La Oroya case: the relationship between environmental degradation and human rights violation. *Human rights brief*. vol 18, issue 1, Washington D.C: Washington College of Law, fall 2010, p. 19 y 22; y CEDERSTAV, Anna K; BARANDIARÁN G., Alberto. *La Oroya cannot wait*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2002.

32 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2013. Série C, n° 245.

33 Sobre casos de cuestiones ambientales analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. TEIXEIRA,

que, inevitablemente, se desarrollaron a partir del análisis de casos que difícilmente se pueden abordar de manera rutinaria en un sistema de protección que no se inserta en las especificidades regionales de las Américas.

A modo de ejemplo, los casos de violaciones de derechos de los pueblos indígenas y tradicionales llaman la atención. En éstos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han consolidado el entendimiento de que el concepto del derecho a la propiedad privada previsto en el art. 21 de la Convención Americana no se limita al concepto occidental – que es en particular marcado por el ejercicio de derechos mercadológicos, como los derechos a la alienación, la división, la exclusión, la hipoteca y el uso y el disfrute de un bien –, pero también cubre los elementos que componen la propiedad comunal de los pueblos tradicionales.³⁴ Reconociendo el concepto indígena de la propiedad, la Corte fortalece una óptica en la que el derecho de propiedad garantizado por la Convención Americana también se ejerce por asegurar a los pueblos tradicionales el uso de los recursos naturales en sus tierras como una forma de mantener sus hábitos culturales, como la religión, las prácticas agrícolas, la caza, la pesca y el modo de vida de su comunidad.³⁵

Desde la perspectiva indígena de propiedad – inherente al fuerte enlace de los pueblos indígenas con la naturaleza – las decisiones de la Corte han demostrado que los dispositivos de la Convención Americana tienen un amplio alcance. De hecho, en el caso *Moiwana vs. Surinam*, después de señalar que los miembros de una comunidad cimarrona (expulsados de sus tierras tradicionales después de una masacre organizada por el ejército surinamés) vivían bajo un intenso sufrimiento psicológico debido a la lejanía de sus hábitos culturales y religiosos, intensamente relacionados con el contacto con la naturaleza y sus tierras tradicionales, la Corte consideró que las disposiciones de la Convención Americana sobre derechos de propiedad, de circulación y residencia, y libertad de conciencia y de religión estaban siendo violados.³⁶

A su vez, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* la Corte fortalece el entendimiento de que el derecho a la vida no se limita al derecho a la supervivencia en sí, sino que se extiende a la promoción de una vida con dignidad, ejercida de forma completa con el acceso a los beneficios de la cultura, la salud, la alimentación, educación y un medio ambiente sano. En *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y en *Saramaka vs. Surinam*, la ineficacia o la ausencia de mecanismos judiciales capaces de asegurar a los pueblos tradicionales el derecho

Gustavo de Faria Moreira, *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*, cit., p. 229-286. Cf. Caso *Moiwana vs. Surinam*. Sentencia del 15 de junio 2005. Serie C, n° 124; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia 17 de junio 2005. Serie C, n° 125; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo, 2006. Serie C, n° 146; y Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre 2007. Serie C, n° 172.

34 V. ANKERSEN, Thomas T. & RUPPERT, Thomas K. Defending the polygon: the emerging human right to communal property. *Oklahoma Law Review*, vol. 59, n° 4 (2006), p. 716-719; MAGRAW, Daniel Barstow & BAKER, Lauren. Globalization and communities: community-based property rights and prior informed consent. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 35, n°s 3 y 4, 2007/2008, p. 416-418; KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *Judicial handbook on environmental law*, cit., p. 105; SHELTON, Dinah. Environmental Rights and Brazil's Obligations in the Inter-American Human Rights System, cit., p. 759-760; y SHELTON, Dinah. Human rights, health and environmental protection: in Law and practice. *Health and human rights working paper series n° 1*. Ginebra: World Health Organization, 2002, p. 16.

35 "Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" (Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, cit., par. 149).

36 V. Caso *Moiwana vs. Surinam*, cit., par. 87.

de propiedad sobre sus tierras ancestrales hicieron la Corte considerar que los Estados demandados estaban violando el art. 3 de la Convención Americana, relativo a la protección del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.³⁷

En la Corte Interamericana, la única decisión (aún) en torno a cuestiones ambientales no relacionadas con los grupos indígenas o tradicionales es el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sobre la negativa del Estado de Chile para proporcionar datos sobre un proyecto de deforestación a tres ciudadanos chilenos. En este caso el derecho a la libertad de expresión prevista en el art. 13 de la Convención tuvo su alcance ampliado a afirmar la necesidad de garantizar el acceso a la información, en particular sobre temas ambientales.³⁸

3. El “escribir recto en renglones torcidos” del sistema interamericano de derechos humanos

Hay que señalar que la incipiente (aunque creciente) presentación de cuestiones ambientales en el sistema interamericano sólo es posible a través de la estricta observancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Informe N° 84/03 del Parque Metropolitano de Panamá es un gran ejemplo de que el incumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana implica fatalmente la inadmisibilidad de la petición.

El 11 de agosto de 1995 el Sr. Rodrigo Noriega envió la petición N° 11.533 a la Comisión Interamericana, sobre presuntas violaciones de interés de “grupos ecológicos, cívicos y científicos” y de los derechos de propiedad de los “ciudadanos de la República de Panamá” como consecuencia de la autorización del gobierno de construir una carretera a través del Parque Metropolitano, un área de reserva ecológica, científica y cultural de Panamá.³⁹ Mediante el análisis de la petición, la Comisión señaló que el art. 44 de la Convención establece que “cualquier persona o grupo de personas” tiene la autoridad para presentar una petición ante la Comisión. A pesar, sin embargo, de la expresión “cualquier persona o grupo de personas” ser amplia, la jurisprudencia interamericana establece que una petición es admisible cuando hay víctimas concretas, individualizadas y determinadas, no siendo admitido peticiones “en abstracto”.⁴⁰ De hecho, la naturaleza de la víctima se requiere que esta sea un individuo, ya que la Comisión no tiene jurisdicción sobre los derechos de las personas jurídicas de derecho privado o público.⁴¹

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Comisión señaló que la Petición N° 11.533, representando “a todos los ciudadanos de Panamá”, no cumplió con el requisito de elegibilidad para la determinación de los individuos o grupos. Al afirmar que las obras afectan a “grupos ecológicos, cívicos y científicos,” la Petición N° 11.533 introdujo

37 V. ANKERSEN, Thomas T. & RUPPERT, Thomas K. Defending the polygon: the emerging human right to communal property, cit., p. 726-732; y SHELTON, Dinah. Environmental Rights and Brazil's Obligations in the Inter-American Human Rights System, cit., p. 764-770; Cf. Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., pars. 161-162; y 242; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, cit., par. 248; y Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam, cit., pars. 167 y 175.

38 V. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre 2006. Serie C, n° 151.

39 CIDH. Informe N° 84/03, Parque Natural Metropolitano do Panamá, cit., pars. 1-2.

40 CIDH. Informe N° 84/03, cit., pars. 28-32.

41 CIDH. Informe N° 84/03, cit., par. 33.

personas jurídicas – y no individuos – en la lista de víctimas, en consecuyente violación a la Convención Americana. Por lo tanto, la Comisión señaló su ausencia de competencia *ratione personae* para analizar el caso del Parque Natural Metropolitano.⁴²

El resultado del caso Parque Metropolitano, según Dinah Shelton, deja la lección de que cuánto más amplio o abstracto es la indicación de las víctimas de violaciones de derecho garantizados por la Convención Americana – y esto ocurre comúnmente en cuestiones de daños ambientales –, menores son las posibilidades de admisibilidad de un caso ante la Comisión Interamericana.⁴³

En otras palabras, la protección del medio ambiente en el sistema interamericano ocurre por una vía refleja, indirecta, ejercida por la estricta observancia de los dispositivos de la Convención Americana; surge del ejercicio de “escribir recto en renglones torcidos”,⁴⁴ es decir, no surge de la preocupación ambiental en sí mismo, pero de la necesidad pragmática de proteger las disposiciones de la Convención Americana, como, por ejemplo, las relacionadas con las garantías judiciales (art. 8.1), la libertad de religión (art. 12) y de expresión (art. 13), o incluso el derecho a la propiedad (art. 21), sino también a las disposiciones relativas a los requisitos de admisibilidad de un caso en el sistema interamericano (arts. 46 y 47).

3.1 La defensa del medio ambiente por la vía refleja

La técnica de la protección del medio ambiente por la vía refleja se desarrolla a partir de la idea de que en el marco del actual derecho internacional del medio ambiente la protección de la biosfera es eficaz a través de la indirecta y necesaria protección de los seres humanos.⁴⁵

La protección del medio ambiente por la vía refleja se deriva del análisis de tres concepciones sobre el medio ambiente observadas por Alan Boyle:

a) la primera utiliza los mecanismos de protección de los derechos civiles y políticos existentes como herramienta en apoyo a las causas ambientales, especialmente cuando se trata de los derechos a la información, a la participación y al desarrollo de medidas legales de protección jurídica;

b) el segundo enfoque vincula el derecho de acceso a un ambiente “saludable”, “equilibrado” y “decente” a la lista de los derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos al desarrollo o el acceso a la salud; y

c) la tercera percepción considera “la calidad ambiental”, por si mismo, un derecho

42 CIDH. Informe N° 84/03, cit., pars. 34-37.

43 “Unfortunately, the Commission’s analysis suggests that the more widespread the violations – which can occur in many contexts where environmental harm is the origin of the complaint- the less likely the Commission will find the complaint admissible” (SHELTON, Dinah. *Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American human rights system*, cit., p. 775).

44 Según Carla Amado Gomes la protección ambiental en los sistemas regionales de derechos humanos es un ejercicio de “escrever verde por linhas tortas” (*Textos dispersos de direito do ambiente*, vol III, cit., p. 163-205).

45 V. KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. *Judicial handbook on environmental law*, cit., p. 30-31.

colectivo, de solidaridad, capaz de garantizar más a la comunidad que a los individuos el derecho de determinar cómo los bienes ambientales deben ser protegidos y manejados.⁴⁶

Según Alan Boyle, a pesar de que las tres percepciones siguen siendo válidas, la idea de que el medio ambiente en sí mismo ya se establece como un derecho a ser protegido se demuestra ineficaz a nivel internacional, porque los llamados derechos de solidaridad están envueltos en un sistema de control muy débil. Este diseño hace que se compruebe que “hay derechos que simplemente no pueden ser reclamados ante un tribunal por sus sujetos activos (titulares)”.⁴⁷ Por lo tanto, para que una situación de este tipo no venga a perjudicar la protección al medio ambiente, el enfoque más adecuado es lo que busca un reverdecimiento (o un *greening*) de los ya existentes mecanismos de protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁴⁸

Así, el derecho al medio ambiente adquiere dos dimensiones: una *individual* y una *colectiva*. A nivel individual, lo que garantiza un ambiente sano está presente en las relaciones verticales y horizontales. Por garantías ambientales obligatorias en las relaciones verticales debemos entender las que implican las relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos. Por lo tanto, la relación vertical implica la interacción de un individuo o grupos de individuos con instrumentos jurídicos estatales que se ocupan de la protección de los recursos naturales y de garantizar los derechos civiles y políticos, como el acceso a la información y participación en la gestión de los bienes ambientales.⁴⁹

En el plano horizontal, la protección del medio ambiente surge de la aplicación del “*Drittwirkung*” o “*third party effect*”. El *Drittwirkung* implica la efectividad de los derechos fundamentales, no sólo en la relación entre los individuos y el Estado, sino también en las relaciones jurídicas que involucran sólo a los individuos. El reverdecimiento o la “ecologización” de los derechos civiles y políticos, por lo tanto, implica en un *Drittwirkung* del medio ambiente, es decir, en lo que Cançado Trindade explica cómo el “*Drittwirkung* de la doctrina alemana, aplicada a la protección de los derechos humanos y la protección del medio ambiente”, capaz de imponer, en las relaciones entre los individuos de naturaleza contractual, laboral o de derecho civil, la observancia de normas que garanticen a las partes implicadas el derecho fundamental de contacto con un medio

46 “First, existing civil and political rights can be used to give individuals, groups and NGOs access to environmental information, judicial remedies and political processes. (...) A second possibility is to treat a decent, healthy or sound environment as an economic or social right, comparable to those whose progressive attainment is promoted by the 1966 UN Covenant on Economic Social and Cultural Rights. (...) The third option would treat environmental quality as a collective or solidarity right, giving communities (‘peoples’) rather than individuals a right to determine how their environment and natural resources should be protected and managed” (BOYLE, Alan. *Human rights and the environment: a reassessment*, cit., p. 1).

47 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (org). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p. 187.

48 “The first approach is essentially anthropocentric (...) it amounts to a ‘greening’ of human rights law, rather than a law of environmental rights. The second comes closer to seeing the environment as a good in its own right, but nevertheless one that will always be vulnerable to tradeoffs against other similarly privileged but competing objectives, including the right to economic development. The third approach is the most contested. Not all human rights lawyers favour the recognition of third generation rights, arguing that they devalue the concept of human rights, and divert attention from the need to implement existing civil, political, economic and social rights fully” (BOYLE, Alan. *Human Rights and the environment: a reassessment*, cit., p. 1-2).

49 V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os direitos humanos e o meio ambiente, cit., p. 187-188.

ambiente sano.⁵⁰

En la dimensión colectiva de la protección del medio ambiente se convierte en bien común, resultado de la ecologización de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta dimensión se ha implicado en la tendencia de proteger a los grupos y comunidades que se encuentran en vulnerabilidad debido a la degradación del medio ambiente.⁵¹

En el sistema interamericano, la defensa por la vía refleja está garantizada por el art. 19(6) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales – el *Protocolo de San Salvador*, de 17 de noviembre de 1988 –, que establece que la presentación de casos relativos a violaciones de sus dispositivos⁵² al sistema interamericano sólo es posible por la demostración de sus interconexiones con las disposiciones de la Convención Americana.⁵³

Así, para que cuestiones relativas al derecho de acceso a un ambiente sano, protegido por el art. 11 del Protocolo de San Salvador, sean analizadas por la Comisión y por la Corte Interamericanas, es necesario demostrar que el presunto caso de degradación del medio ambiente implica en violaciones de los dispositivos de la Convención Americana.

Las disposiciones de la Convención que más se relacionan estrechamente a las cuestiones ambientales, son: *a*) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º); *b*) el derecho a la vida (art. 4º); *c*) las garantías judiciales (art. 8.1); *d*) la tutela judicial efectiva (art. 25); y *e*) el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de cualquier índole de discriminación (art. 1.1).⁵⁴

3.2 Efectos de la ecologización de la Corte

La estricta observancia de los dispositivos de la Convención Americana para que una cuestión ambiental sea amparada por el sistema interamericano es de hecho un obstáculo a la protección internacional del medio ambiente. Sin embargo, es necesario destacar que dentro del actual marco normativo internacional, marcado por la fragilidad o por normas de “eficacia relativa” que protegen el medio ambiente por sí mismo, la técnica de la protección ambiental por la vía refleja o indirecta parece ser una vía importante de maduración y mejora de los mecanismos destinados a defender no sólo el medio ambiente sino también los derechos humanos,⁵⁵ que son, sin duda, dos de los temas más importantes de la posmodernidad jurídica.

50 V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Idem, p. 187-188. Cf. también: ENGLE, Eric. Third party effect of fundamental rights (*Drittwirkung*). *Hanse Law Review*, vol. 5, n° 2, Bremen: Hanse Law School, p. 165-173.

51 V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio-ambiente...*, cit., p. 89-112.

52 Excepto en casos de violaciones a el párrafo “a” del art. 8 y del art. 13 del Protocolo (relativos, respectivamente, a los derechos sindicales y al derecho a la educación).

53 “Se um peticionário simplesmente sustenta que uma decisão por um tribunal nacional foi errada em termos da legislação interna, sem alegar violação da Convenção, a petição será rechaçada” (RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego & MARTÍN, Claudia. *A proibição de tortura e maus-tratos pelo sistema interamericano: um manual para vítimas e seus defensores*. Trad: Regina Vargas. Ginebra: World Organization Against Torture, 2006, p. 68-69).

54 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening the Inter-American human rights system*, cit., p. 309.

55 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os direitos humanos e o meio ambiente*, cit., p. 191.

En el sistema interamericano, el hecho de que la mayoría de los casos ambientales se ocupan de violaciones de los derechos de las comunidades indígenas y tradicionales, llevó a la adopción por la Comisión y por la Corte Interamericana de posiciones que difícilmente se pueden abordar de manera rutinaria en un sistema de protección de los derechos humanos que no es insertada en las especificidades regionales de las Américas. Por cierto que percibimos en estas posiciones la presencia cada vez más frecuente de los elementos del “derecho posmoderno”, como el reconocimiento del pluralismo, de la comunicación intercultural, de la valoración de los sentimientos humanos y de las normas narrativas.⁵⁶

El reconocimiento del pluralismo se verifica desde el entendimiento de que el alcance de los dispositivos Convención Americana no se limita a los valores culturales occidentales. A modo de ejemplo, la Corte Interamericana, en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, al concluir que los derechos de propiedad de comunidades indígenas fueron violados por los daños ambientales causados por la explotación forestal irregular de sus tierras tradicionales, se ha demostrado que la protección de los derechos de propiedad garantizada por el art. 21 de la Convención Americana se extiende (a) a la percepción occidental de los derechos de propiedad, de forma similar a una especie de “*commodity de mercado*”⁵⁷ relacionada con el derecho de un individuo “usar, gozar y disponer de sus bienes”, y también (b) al concepto de propiedad comunal de los pueblos indígenas, ejercido para garantizar a estos pueblos el uso de los recursos naturales de sus tierras tradicionales como una forma de mantener sus hábitos culturales, como la religión, las prácticas agrícolas, la caza, la pesca y las formas la vida de sus comunidades.⁵⁸

La Corte Interamericana también ha expresado su preocupación por el llamado “retorno del sentimiento humano”, porque en el caso *Moiwana vs. Surinam*, la constatación de que el sufrimiento psicológico de los cimarrones que estaban lejos de sus tierras tradicionales – porque se sentían perturbados por la “ira de los espíritus de los muertos” de una masacre promovida por las fuerzas armadas de Surinam contra la comunidad N’djuka – hizo a la Corte desarrollar el concepto de daño “espiritual”, debido a las violaciones de dispositivos de la Convención Americana relacionados con el derecho a la integridad personal, garantías judiciales y la protección, los derechos de propiedad y

56 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), p. 9-267; y MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199-212.

57 ANKERSEN, Thomas T. & RUPPERT, Thomas K. Defending the polygon: the emerging human right to communal property, cit., p. 684.

58 “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua, cit., par. 149). Cf. MAGRAW, Daniel Barstow & BAKER, Lauren. Globalization and communities: community-based property rights and prior informed consent, cit., p. 416-418. Cf. también: GARFIELD, Seth. A nationalist environment: indians, nature and the construction of the Xingu National Park in Brazil, cit., p. 146-147; MAYZOLER, Marcel & ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à cise contemporânea*. Trad. Cláudia F. Fallhuh Balduino Ferreira. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: NEAD, 2010, p. 245-250; SHIVA, Vandana. *Bio-pirataria: a pilhagem do conhecimento*, cit., p. 18-21; y SHELTON, Dinah. Environmental Rights and Brazil’s Obligations in the Inter-American Human Rights System. *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 756-768.

el derecho de circulación y residencia. Más que una expresión, la preocupación por el “daño espiritual” causado a los demás indica que el entendimiento o comprensión de los sentimientos humanos es un elemento importante en la búsqueda de la mejor solución a un conflicto judicial.⁵⁹

Al analizar el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sobre la negativa del gobierno de Chile para proporcionar información sobre un proyecto de deforestación a cuatro ciudadanos, la Corte reforzó el entendimiento de que el término “libertad de pensamiento y de expresión”, contenido en el art. 13 de la Convención Americana, también incluye el “derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.⁶⁰ Este punto de vista se basa en particular en la conclusión de que el Estado chileno debe observar el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que asegura a “todo individuo” el “acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan autoridades públicas”.⁶¹

En otras palabras, la Corte Interamericana, en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, se utilizó de la valoración de las normas narrativas, es decir, la idea de que los valores contenidos en las normas de *soft law* (Principio 10 de la Declaración de Río) pueden ayudar a entender el alcance de las normas del *hard law* (art. 13 de la Convención Americana). Este es el fenómeno de la “emergencia de las normas narrativas”, explicada por Erik Jayme como la necesidad de la búsqueda de la comprensión de la ley no sólo desde la comprensión de la función de una norma, sino también desde los valores insertados en ella.⁶² En este sentido, las normas de *soft law* pueden cumplir esta función como la composición de los códigos de conducta, principalmente estructurados por principios como la buena fe, que guían las relaciones jurídicas estructuradas por las normas tradicionales del *hard law*.

La comunicación intercultural – otro elemento de la posmodernidad – se muestra en decisiones marcadas por el “diálogo de las fuentes”, es decir, la búsqueda de la solución de un caso no sólo por la aplicación de una *única* fuente del derecho, sino por la apli-

59 “Se ha demostrado claramente que los miembros de la comunidad tienen la convicción de que no podrán regresar a su territorio ancestral mientras no obtengan justicia por los hechos de 1986. Andre Ajintoena declaró que después del ataque visitó el área junto con otras personas sólo para recolectar información y sacar fotos del lugar. Una vez que el grupo hubo terminado, algunos de sus integrantes se sintieron enfermos; según el señor Ajintoena, se dieron cuenta de que ‘las cosas no estaban bien, no era apropiado, porque de acuerdo con nuestra cultura uno no puede regresar al lugar sin haber hecho arreglos’. Al haber regresado sin ‘aplicar las reglas religiosas [y] culturales’ – es decir, realizar los rituales mortuorios necesarios y alcanzar reconciliación con los espíritus de quienes fallecieron en el ataque de 1986 (*supra* párrs. 86.7 a 86.9) – el señor Ajintoena y quienes le acompañaban creían haber ofendido seriamente a esos espíritus y, como consecuencia, empezaron a sufrir enfermedades físicas y psicológicas. Todos los miembros de la comunidad que testificaron ante la Corte expresaron temores similares con respecto a espíritus vengadores, y afirmaron que sólo podrían vivir en la aldea de Moiwana nuevamente si se purificaran primero sus tierras tradicionales” (Caso Moiwana vs. Surinam, cit., par. 113).

60 Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., par. 76).

61 “(...) En la última Resolución de 3 de junio de 2006 la Asamblea General de la OEA “instó a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva. (...) En igual sentido se debe destacar lo establecido en materia de acceso a la información en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo” (Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, cit., párs. 78-81). Cf. Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada del 3 a 14 junio 1992.

62 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration...*, cit., 87.

cación de la fuente *más favorable* a la protección los derechos humanos, independientemente de que dicha norma esta presente en un tratado internacional o en la legislación nacional.⁶³

En el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, el diálogo de las fuentes fue utilizado cuando la Corte Interamericana, para decidir sobre la demarcación de las tierras indígenas, analizó las disposiciones de la Convención Americana, de la Convención 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales y las normas constitucionales e infra-constitucionales del derecho interno paraguayo.⁶⁴ La misma técnica se utilizó en el caso *Saramaka vs. Surinam*, cuando la Corte consideró que a pesar de la ausencia en las leyes nacionales surinamesas de cualquier protección de los derechos de propiedad comunal de los pueblos tribales, el Estado demandado había incorporado a su ordenamiento jurídico los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, que garantizan los derechos fundamentales (como los derechos de propiedad) a “todos los pueblos”,⁶⁵ sin ningún tipo de discriminación. Por lo tanto, la Corte concluyó que la falta de reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria de los cimarrones de Saramaka implicaba violación del art. 21 de la Convención Americana, relacionado al derecho de propiedad.⁶⁶

El diálogo entre los artículos de la Convención Americana y las normas de otros tratados internacionales y de la legislación nacional, con miras a la aplicación de la más beneficiosa al ser humano, está garantizado en el art. 29, *b*, de la Convención Americana, que no permite ninguna interpretación con el objetivo de limitar el alcance de los dispositivos no sólo de la propia Convención, así como de otros tratados internacionales ratificados por Estado-parte.

La técnica de la interpretación *pro homine* garantizado por cláusulas dialógicas como el art. 29, *b*, de la Convención, es una alternativa al “monismo clásico”, incapaz de diferenciar “normas internacionales por su contenido”, una vez que cuando entra en juego la temática de los derechos humanos, hay que ceder el paso al “diálogo” entre las fuentes de protección internacional y nacional con el fin de elegir “la mejor” o “la más beneficiosa norma” que se aplicará al caso que se analiza.⁶⁷

La adopción de un monismo más *dialógico*⁶⁸ es una gran contribución del sistema interamericano al fortalecimiento del derecho posmoderno, ya que el diálogo entre las fuentes más heterogéneas, de los convenios internacionales a los sistemas nacionales, permite a los “jueces coordinar estas fuentes y escuchar lo que dicen”.⁶⁹

63 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-177; y GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, cit., p. 206-207.

64 V. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., par. 140.

65 V. art. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art.1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

66 V. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.cit., par. 93;

67 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, cit., p. 90.

68 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Monismo internacionalista dialógico. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, vol. 14, n° 324, p. 50-51.

69 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration...*, cit., p. 259.

Otro efecto del “diálogo de las fuentes del derecho” es reforzar la percepción de que el trabajo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es complementario y de apoyo al derecho interno. Es decir, el sistema interamericano asume que la primacía de la defensa de los derechos humanos pertenece a los Estados; por lo que los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos en ningún momento son rivales de la jurisdicción de los Estados, pero les ayudan indicando principios que deberán adoptarse a nivel nacional, con miras a la promoción de un propósito común a los Estados de la comunidad internacional: la protección más rápida y efectiva de estos derechos.⁷⁰

Por lo tanto, en la misma forma que el art. 29, *b*, de la Convención Americana, establece que sus disposiciones deben ceder el paso a la legislación nacional o de otros tratados ratificados por un Estado cuando estos dispositivos resultan *más beneficiosos* para los seres humanos, también deben aplicar los Estados, en su contexto nacional, las disposiciones de la Convención Americana cuando estas se prueban *más efectivas* a la protección de los derechos humanos que las normas de la legislación interna.⁷¹ En otras palabras, la utilización por la Comisión y por la Corte Interamericanas del “diálogo de las fuentes del derecho” en temas ambientales es una importante contribución del sistema interamericano, no sólo a la solución de casos a nivel internacional, pero sobre todo a las relaciones jurídicas internas ya que el estudio y el análisis de dichas técnicas interpretativas debería proporcionar un incentivo a los Estados Partes de la Convención sobre la adopción en sus respectivos sistemas jurídicos de actitudes más eficaces para la solución de conflictos y la protección del medio ambiente y de los derechos humanos.

4. Conclusiones

La protección jurídica del medio ambiente a nivel internacional, garantizado por los principios de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972) y la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro (1992), está estructurada por un sistema de conferencias que, si por una parte, permite la aceleración de la entrada en vigor de sus decisiones a través de la adopción de normas de *soft law*, por otra, no tiene el poder de imponer sanciones a los Estados incumplidores de tales normas. Sin embargo, desde otro ángulo, las Declaraciones de Estocolmo y Río permiten interrelaciones entre las cuestiones ambientales y cuestiones de derechos humanos que ya son amparadas por sistemas de protección más desarrollados.

Así, la percepción de que el acceso a un ambiente “saludable”, “equilibrado” y “decente” es una forma de protección de los derechos civiles y políticos (como el derecho a la información, la participación política y el desarrollo de medidas legales de protección), o, por otra parte, de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (como los derechos al desarrollo y el acceso a la atención médica), ha hecho con que cuestiones ambientales sean incorporadas a los asuntos relacionados con la protección

70 V. AYALA CORAO, Carlos M. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, nov. 2004, p. 27.

71 GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 209.

de los derechos humanos de la primera dimensión. Por lo tanto, la inclusión de las cuestiones ambientales en el sistema interamericano sólo es posible mediante la vinculación de estos a los dispositivos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hay que reconocer que la estricta observancia de las disposiciones de la Convención Americana para que una cuestión ambiental sea introducida a la sistemática de la Comisión y de la Corte Interamericanas es un obstáculo a la celeridad de la protección internacional del medio ambiente. Sin embargo, también hay que señalar que en la actual estructura normativa internacional, marcada por la debilidad o por normas de “eficacia relativa” de protección del medio ambiente por sí mismo, la protección ambiental por la vía refleja o indirecta se demuestra como importante ruta de maduración y de mejora de los mecanismos de protección no solo del medio ambiente, sino también de los derechos humanos.

Sin embargo, el sistema interamericano no puede ser visto como una tabla de salvación a la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, en sustitución del papel de los Estados Partes de la OEA. Por el contrario, su papel es *complementario* a los Estados, que tienen, estos sí, la primacía de la defensa de los derechos humanos. Por lo tanto, el propósito del sistema interamericano es inducir o fomentar conductas internas compatibles con el objetivo común de la comunidad internacional: la mejora de las políticas destinadas a garantizar los derechos fundamentales.

En este sentido, el estudio de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre el acceso a un medio ambiente sano y sus interconexiones con la garantía de los derechos fundamentales no sólo permite una mejor comprensión del alcance de las cuestiones ambientales, pero especialmente indica que las técnicas interpretativas de la Comisión y de la Corte Interamericanas contribuyen a la mejora de la protección del medio ambiente y de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados Partes.

5. Bibliografía

ANKERSEN, Thomas T.; RUPPERT, Thomas K. Defending the polygon: the emerging human right to communal property. *Oklahoma Law Review*, vol. 59, n° 4 (2006), p. 681-757.

AYALA CORAO, Carlos M. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. *Revista del Tribunal Constitucional*, n° 6, Sucre, nov. 2004, p. 27.

BOYLE, Alan. Human rights and the environment: a reassessment. *UNEP Human Rights and Environment*, 2010, p. 1-39.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os direitos humanos e o meio ambiente.

In: SYMONIDES, Janusz (org). *Direitos humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO Brasil/Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003, p. 162-203.

CEDERSTAV, Anna K; BARANDIARÁN G., Alberto. *La Oroya cannot wait*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, setembro de 2002.

ENGLE, Eric. Third party effect of fundamental rights (Drittwirkung). *Hanse Law Review*, vol. 5, n° 2, Bremen: Hanse Law School, p. 165-173.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Protección jurídica de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

GARFIELD, Seth. A nationalist environment: indians, nature and the construction of the Xingu National Park in Brazil. *Luso-Brazilian Review*, vol. 41, n°1, Madison: University of Wisconsin Press, 2004, p. 139-167.

GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos de direito do ambiente*. vol III. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 1994: Events of 1993*. New York: Human Rights Watch, 1994.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit international privé post-moderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 9-267.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to international environmental Law*. Koninklijke Brill, NV, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Judicial handbook on environmental Law*. Nairobi: United Nations Environment Programme, 2005.

MAGRAW, Daniel Barstow; BAKER, Lauren. Globalization and communities: community-based property rights and prior informed consent. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 35, n°s 3 e 4, 2007/2008, p. 413-428.

MAYZOLER, Marcel; ROUDART, Laurence. *História das agriculturas no mundo: do neolítico à crise contemporânea*. Trad. Cláudia F. Fallhuh Balduino Ferreira. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: NEAD, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Monismo internacionalista dialógico. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, vol. 14, n° 324, p. 50-51.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 199-212.

_____; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney (orgs). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*. Cuiabá: Cathedral, 2009.

_____; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Greening the Inter-american human rights system. *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 33 (2013), p. 299-313.

MITCHELL, Ronald B. Problem structure, institutional design, and the relative effectiveness of international environmental agreements. *Global Environmental Politics*, vol. 6, n° 3 (2006), p. 72-89.

OSOFSKY, Hari M. Inuit petition as a bridge? Beyond dialectics of climate change and indigenous people's rights. *American Indian Law Review*, vol. 31 (2007), p. 675-698.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, ano I, vol. 1, abril 2005, p. 49-76.

RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; MARTÍN, Claudia. *A proibição de tortura e maus-tratos pelo sistema interamericano: um manual para vítimas e seus defensores*. Trad: Regina Vargas. Genebra: World Organization Against Torture (OMTC), 2006.

SANDS, Philippe (ed.). *Greening international law*. London: Earthscan Publications Limited, 1993.

SHELTON, Dinah. Environmental rights and brazil's obligations in the inter-american human rights system. *George Washington International Law Review*, vol. 40 (2008), p. 733-777.

SHELTON, Dinah. Human rights, health and environmental protection: linkages in Law and practice. *Health and human rights working paper series*, n° 1. Genebra: World Health Organization, 2002, p. 3-22.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem do conhecimento*. Trad. Laura Cardellini Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOARES, Guido. *Direito internacional do meio ambiente: emergências, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas: 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, vol. 39 (1997), p. 105-201.

SPILLER, Paula. The La Oroya case: the relationship between environmental degradation and human rights violation. *Human rights brief*, vol. 18, issue 1, Washington D.C:

American University of Washington College of Law, fall 2010, p. 19-23.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *O greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

VARVARIGOS, Dimitrios. Environmental degradation, longevity and the dynamics of economic development. *Environmental and Resource Economics*, vol. 46, issue 1 (2010), p. 59-73.

EJECUCIÓN FORZADA ESPECÍFICA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

MARCELA TABAKIAN

El cumplimiento forzado específico tiene un régimen de excepción en los Estados Unidos, siendo el remedio por excelencia el resarcimiento de daños y perjuicios. Esta solución, responde a motivos históricos, culturales y a políticas legislativas que serán analizadas en del presente trabajo.

La opción normativa que ha hecho Estados Unidos, presenta, al decir de sus propios actores del Derecho, un aparente estado de indiferencia moral, al permitir, e incluso alentar, a un promitente al incumplimiento y a compensar dicho incumplimiento en dinero.¹ Es interesante la cita a Oliver Wendel Holmes, hecha por Epstein para afirmar que no existe en el Derecho Contractual, ningún componente de tipo moral: “En ninguna otra área, la confusión entre moral y Derecho es tan manifiesta como en el Derecho contractual. Entre otras cosas, aquí los llamados derechos y deberes se invierten con un significado místico, más allá de lo que puede ser asignado y explicado. La obligación de mantener un contrato en el Derecho Anglosajón, implica una predicción de que se debe pagar daños y perjuicios en caso de incumplimiento, - y nada más [...] Pero esa forma de mirar al problema apesta entre aquellos que piensan que es importante introducir lo más posible la ética en el Derecho.”²

Este enfoque que fue introducido desde los orígenes de este sistema de Derecho, se alinea con una corriente de pensamiento mucho más actual, que incorpora el análisis económico a la solución de los problemas legales.³ El fin último de esta doctrina, es promover desde el Derecho una disposición eficiente y ágil de los recursos materiales. En consecuencia, la decisión racional de una parte en cuanto a cumplir el contrato o incumplirlo está afectada por las preferencias del promitente y por las consecuencias que siguen al incumplimiento contractual. Los economistas entienden que el cometido de los remedios debe ser el de inducir a las partes a actuar eficientemente, y se alienta o desalienta el cumplimiento contractual, simplemente mediante el monto de daños que se impongan a quien incumpla, sin que sea necesario obligar a las partes a cumplir con

1 Marvin A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, Seventh Edition, Foundation Press, St. Paul, 2013, p. 196.

2 David G. Epstein, Bruce A. Markell y Lawrence Poronoff, *Cases and Materials on Contracts: Making and Doing Deals*, Third Edition, West, St. Paul, 2011, p. 686 y 687. Citando a Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897), 462. “Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained.

The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, - and nothing else. [...] But such a mode of looking at the matter stinks in the nostrils of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can.

3 E. Allan Farnsworth y William Young, *Contracts, Cases and Materials*, Fifth Edition, Foundation Press, New Yoork, 1995, p. 20 y 21.

el contrato.⁴ Aun en el caso de que el promitente al incumplir haya actuado deliberadamente, obteniendo beneficio personal en dicho acto por salirse del contrato (por ejemplo vender a mejor precio su mercadería); los partidarios de ésta doctrina entienden que el fin social se cumple igual, ya que por medio de la indemnización, nadie queda en peor situación como consecuencia del incumplimiento.⁵ A la luz del análisis realizado por quienes se encuentran a favor aplicar la economía al Derecho, la ejecución forzada específica, que obliga al promitente a cumplir el contrato, al poner el énfasis en que el acreedor reciba el objeto al que el deudor se obligó a entregar, conduce a un resultado ineficiente, produciendo una demora en la circulación de bienes y recursos.⁶

Yendo ahora a los orígenes, para identificar las verdaderas razones que han llevado a la excepcionalidad de este remedio, debemos remontarnos a Inglaterra del siglo XIII; y más específicamente a la forma de administración de justicia elegida en aquel entonces por dicho país. Durante muchos siglos existieron en Inglaterra dos sistemas de justicia paralelos, que aplicaban dos cuerpos de leyes diferentes. Por un lado, existían los Tribunales que aplicaban el “Common Law”, con jurisdicción en las denominadas “Acciones de Derecho” (“Actions at Law”), en éste tipo de acciones, el derecho que se aplicaba era el “Derecho Común”.⁷ Por otro lado, existían las Cortes de Equidad denominadas también Cancillerías, con competencia en “juicios de equidad”, que aplicaban un conjunto de principios denominados también “de equidad”.⁸ Ésta división tan extraña en la administración de justicia es única del sistema Anglosajón e impone desentrañar adecuadamente el sentido de dos vocablos, por un lado el concepto de “Derecho” que se utiliza en un sentido amplio para referir a principios para la administración de justicia, que incluye tanto “Common Law” o “Derecho Común” y “la equidad”, por otro lado en un sentido más restrictivo significa principios de Derecho aplicados por los Tribunales con competencia en Acciones de Derecho. En cuanto al concepto de “Equidad” en un sentido amplio implica buena fe y en un sentido más restringido principios establecidos para ser aplicados por un conjunto de Tribunales con competencia específica.⁹

La división tiene su origen en la gran depresión del Derecho Anglosajón del siglo XIII, con consecuencias directas en el Poder Judicial. En dicha época, las insuficiencias generales del sistema se traducían en fallos en los que se apreciaban graves injusticias en los ciudadanos. Éstos usuarios del sistema, presentaron sus quejas al Rey, solicitándole que tomara posición.¹⁰ Es interesante que pese a que en Inglaterra existía una cultura

4 Id. Ver además Kornhauser, An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies, 57 U.Colo.L.Rev. 683 (1983).

5 Marvin A. Chirelstein, ob. cit. p. 196.

6 Sobre la situación de la Ejecución Forzada específica ver además Laycock, The Death of Irreparable Injury Rule, 103 Harv.L.Rev. 687 (1990). Ver también Farnsworth, Ob. Cit. p. 37.

7 Id.

8 Id. De acuerdo con el Black's Law Dictionary, Second Pocket Edition, Brayan A. Garner, St. Paul, Minn, 2001, “*action in equity*. An action that seeks equitable relief such as an injunction or specific performance, as opposed to damages.” Puede observarse de la definición que la opción natural en el sistema que se comenta es la de los daños y perjuicios y la de excepción el cumplimiento forzado. Sin embargo puede apreciarse, que dentro de las soluciones en equidad, la ejecución forzada específica es más común.

9 Fuller, ob.cit. p. 367, ver también John P. Dawson, William Brunet Harvey y Stanley D. Henderson, Contracts, Cases and Coments, Seventh Edition, Foundation Press, New York, 1998, p.153.

10 Dawson, Ob. Cit. p. 153.

Parlamentaria de peso, el primer recurso de la ciudadanía haya sido el Rey. Sin embargo, en un análisis más detenido de la historia, se puede observar que en éste país el Poder Judicial surge en el Siglo XII a Iniciativa del Rey Henry II, y que en su origen fueron funcionarios del Rey y no jueces los encargados de la administración de justicia. Tomando en cuenta estos antecedentes históricos, es natural que se haya recurrido al Rey y no al Parlamento para resolver la situación.¹¹ Por su parte el Rey encargó al Canciller¹², a que diera respuesta a estas cuestiones (por ello se habla de Cancillerías para referirse a los juzgados de equidad). Se les atribuye a los Cancilleres haber traído al Derecho Anglosajón un conjunto de innovaciones y reformas, que impactaron especialmente en el Derecho de los Contratos. La innovación se dio justamente en el área de los remedios.¹³ La participación de los Cancilleres tuvo influencia directa sobre los jueces, que se vieron obligados a expandir los remedios disponibles en el Derecho Anglosajón.¹⁴ Los métodos desarrollados por los Cancilleres en la ejecución de los contratos, se diferenciaban sustancialmente de las condenas monetarias que imponían los jueces de Derecho. La formación religiosa de éstos funcionarios, imprimieron la moral en la ejecución de los contratos, por ello a diferencia de los jueces sus fallos dieron preferencia a la ejecución forzada específica, obligando a las partes a mantener sus promesas (con este propósito fueron investidos del poder de obligar a las partes a hacer o dejar de hacer).¹⁵

Los Cancilleres nunca se propusieron desarrollar un sistema que desplazara al “Common Law”, su función fue la de complementarlo y mejorarlo. Las reglas emanadas de los Tribunales de Equidad fueron pensadas únicamente para llenar los vacíos del “Common Law”.¹⁶ Desde el punto de vista de sus atribuciones, puede decirse que carecían de competencia general y devenían competentes únicamente cuando “el remedio legal de los Tribunales de Derecho se consideraba inadecuado para el actor de la contienda”, es decir no conferían una reparación integral al damnificado.¹⁷

Otro antecedente histórico relevante, a los efectos de encontrar el motivo por el cual el cumplimiento forzado específico, es un remedio de los Tribunales de Equidad, es el hecho de que los Tribunales de Derecho, excepto en casos muy puntuales, carecían de competencia para ordenar que el demandado hiciera o dejara de hacer alguna cosa. Por este motivo, es que frente a un incumplimiento contractual, los Tribunales de Derecho no podían ordenar el cumplimiento del contrato, su facultad se restringía a fallar fijando una suma monetaria que indemnizara a la parte damnificada por los daños que hubiere causado el incumplimiento del otro promitente.¹⁸ A diferencia de los Tribunales de Derecho, los Tribunales de Equidad, podían ordenar a la parte demandada, en especial en

11 GERALD J POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, 3 Oxford U. Commw. L.J. 1 (2003) y *Classical Common Law Jurisprudence (part II)*, 2 Oxford U. Commw. L.J. 155 (2002).

12 El Canciller era el Primer Ministro de la época, la cabeza de la secretaría de Estado y el protector del Sello de la Corona. Eran además obispos, otra de las razones que hacía natural recurrir a ellos como administradores de justicia. Finalmente eran Magistrados en el ámbito de la justicia real.

13 Motivados por su afán de hacer justicia, ya hacia el siglo XIV los Cancilleres ejecutaban promesas que carecían de las formalidades exigidas por la Ley a las que los Tribunales de Derecho no hubieran hecho lugar.

14 Dawson, Ob. Cit. p. 154 y 155.

15 Id.

16 Dawson, Ob. Cit. p. 156.

17 Id.

18 L. Fuller, ob. cit. p. 368.

temas de compraventa de inmuebles, a que cumplieran con el contrato, en caso de que no cumpliera con la orden judicial, el juez, podía declararlo en desacato al Tribunal, fijar una fianza u ordenar su procesamiento con prisión.¹⁹ En relación a estas potestades de los Cancilleres, luego jueces de equidad, es que se dice que el demandado tiene “las llaves de la libertad en su bolsillo”, en otras palabras, cuando tome la decisión de obedecer el mandato judicial puede liberarse a sí mismo.²⁰

La relación entre el Derecho y la Equidad en la actualidad

En la actualidad, en Estados Unidos, recaen sobre un mismo juez la competencia en materia de “equidad” y en materia de “Common Law”, ya en la mayoría de los Estados se ha unificado la competencia de los Tribunales de Equidad y de Derecho, en el mismo Tribunal. Sin embargo, tanto los jueces como los abogados tienen muy presente la distinción y existencia de ambos cuerpos normativos, de hecho cuando se presenta un juicio de equidad, en la carátula, se lo titula como de juicio que habrá de resolverse de acuerdo a los principios de equidad.²¹

En lo que tiene que ver con la acción de ejecución forzada específica, se considera un remedio que proviene de los principios de equidad y se exige a la parte actora que pruebe el hecho de que una reparación monetaria resultaría inadecuada. En este sentido, en nota introductoria al capítulo de la ejecución forzada específica²², los redactores del Restatement Segundo de Contratos, establecen las bases de su concepción respecto del cumplimiento forzado, lo conciben, como medio para hacer cumplir contratos, como una medida alternativa a la indemnización, sujeta a una serie de limitaciones (§§ 359-69), siendo la más significativa la regla de que no se concederán si el resarcimiento en daños y perjuicios es un recurso adecuado (§ 359).²³

Fuera del ámbito del Derecho Contractual, en el área de la Responsabilidad Civil, la regla es también que el daño sea reparado pero medio del pago de una indemnización monetaria, sin embargo, frente a situaciones como la de ingreso ilegal a la propiedad inmueble o “Trespass to Land”; actividad continua que afecta el goce de la propiedad (contaminación sonora o ruidos molestos), “Nuisance”; o violación continuada de libertades civiles; el Juez debe exigir al demandado que interrumpa su actividad o que realice una actividad diferente. En estos casos, para satisfacer adecuadamente a los intereses de la parte demandada, no basta con una indemnización monetaria sino que se impone una sentencia cuyo contenido sea tendiente a reequilibrar la situación, obligando al demandado a hacer o dejar de llevar adelante cierta actividad. A este tipo de acciones se les

19 Id. De acuerdo con O’Connell, ob. cit. p. 24, el juez de equidad dispone de este remedio no solo en el área contractual sino también en los casos de responsabilidad. En ambos casos, el juez puede disponer que una persona haga o deje de hacer alguna cosa. En los dos ámbitos la potestad es absolutamente discrecional y los jueces en general la aplican con mucho cuidado por el poder que tiene sobre las personas y el efecto que aparece sobre sus bienes.

20 O’Connell, Ob. Cit. p. 114.

21 Id.

22 “Specific Performance and Injunction” serían los vocablos que utilizan para referirse a las acciones que tienen que ver con acciones judiciales cuyo contenido sea el de imponer un mandato de “hacer o no hacer” a la parte demandada. “Specific Performance” es un vocablo de uso exclusivo en el área de los contratos, la segunda puede utilizarse en muchas áreas del Derecho (los tribunales competentes para imponerlas son los Tribunales de Equidad o aquellos haciendo sus veces). Puede adoptar muchas formas, entre ellas las medidas de no innovar.

23 Restatement Volume 3 Sec. 316-End, 162, 1981.

denomina "Injunction".²⁴

Volviendo nuevamente a la ejecución forzada específica, la doctrina sostiene que reviste el carácter de discrecional, por lo que independientemente de que la parte actora demuestre, que la reparación económica es inadecuada, no es garantía de que el Tribunal, la conceda.²⁵ Para concederla, el juez toma en cuenta los siguientes factores: el cumplimiento impondría una carga excesiva a la parte demandada o al Tribunal; el cumplimiento es contrario al orden público; o el contrato que se pretende ejecutar es desmedidamente irracional o unconscionable.²⁶ El Restatement Segundo (en sede de restituciones) § 370²⁷ establece además que para que proceda, los términos del contrato deben ser claros, la obligación asumida por cada parte y las condiciones bajo las cuales puede reclamarse el cumplimiento debe estar determinada en detalle.²⁸ Se exige además, que quién presente la demanda de ejecución forzada específica, se encuentre en condiciones de cumplir con su parte de la obligación o haya ya cumplido.²⁹

Los contratos de arrendamiento de servicios o de empleo, presenta cierta particularidad en relación con este remedio. Se señala, que no corresponde el cumplimiento forzado específico de este tipo de contratos de acuerdo con lo dispuesto por la Enmienda Decimotercera, que establece la prohibición de que se cumplan servicios en contra de la voluntad de quien los presta³⁰, el Restatement Segundo de Contratos, también reguló en § 367 (1). En el caso del Restatement, no se promueve el cumplimiento específico, por entenderse que no resultaría sabio, tratar de extraer, de un promitente incumplidor, un cumplimiento que involucra relaciones humanas.³¹ Sin embargo, si la obligación involucra una obligación de no hacer, puede pedirse el cumplimiento forzado específico. El ejemplo que se utiliza es el siguiente: si el servicio de que se trata reviste el carácter de único, y el contrato así lo establece el Juez de Equidad puede intervenir para que un empleado deje de prestar servicios para cierta persona.³² El caso más claro, es el del futbolista, el juez no puede exigirle que trabaje para su cuadro de fútbol, pero puede pedirle que no juegue para cierto equipo.³³ Pero no se hará lugar a la petición de cumplimiento forzado específico, que involucra una obligación de no hacer (§ 367 (2) del Restatement Segundo), si el prohibir que el promitente incumplidor trabaje para la competencia, de-

24 L. Fuller, ob. Cit. p. 368. Torts - Injunction, en Contracts – Specific Performance.

25 Id.

26 De acuerdo con C.D. Rhower et all, ob. Cit. p. 463, este tipo de acción se presenta en la órbita jueces actuando por equidad y aplicando principios de equidad. Ello lleva a que el juez que considera la cuestión, analiza la realidad contractual en su conjunto, para hacer lugar a la acción, el contrato debe respetar todos los principios de equidad. El juez actuando bajo la competencia de equidad hace justicia (lo cual no es típico del juez anglosajón que simplemente falla de acuerdo a lo que las partes han probado), por lo que aquellos contratos que no respetan el resto de los principios de este cuerpo normativo, ya sea porque se han sido obtenidos por adhesión, de mala fe, o utilizando prácticas abusivas, quedan fuera del ámbito de la justicia de equidad.

27 § 370. Requirement That Benefit Be Conferred. A party is entitled to restitution under the rules stated in this Restatement only to the extent that he has conferred a benefit on the other party by way of part performance or reliance.

28 O'Connell, Ob. Cit. p. 117.

29 O'Connell, Ob. Cit. p. 130.

30 Id.

31 Fuller, Ob. Cit. p. 381.

32 O'Connell, Ob. Cit. p. 126.

33 O'Connell, Ob. Cit. p. 127.

termina que el único empleo posible sería el de volver a prestar servicios para la parte actora.³⁴

Los contratos de compraventa de inmuebles tienen un régimen de excepción en punto a la ejecución forzada específica, está laudado que el comprador puede obtener una sentencia que obligue al vendedor a entregar y escriturar el bien en su favor, del mismo modo, el juez puede ordenar al comprador a que pague el precio.³⁵ En estos contratos, el actor no tiene la carga de probar que el bien reviste las características de ser un objeto único.³⁶ La justificación que se ha utilizado para eximir de dicha prueba al actor, reposa sobre dos aristas, por un lado el hecho de que el valor de la tierra es, en cierta medida incierto, ya que la tierra por lo general no tiene un precio de mercado claramente definido; en segundo lugar el hecho de que cada parcela es, en cierto punto única, y por lo tanto el comprador no puede con una indemnización monetaria salir al mercado y comprar un terreno exactamente igual al prometido por el vendedor incumplidor por lo tanto el resarcimiento de daños y perjuicios sería un remedio inadecuado. Actualmente, en ciertos Estados, se han aprobado leyes estableciendo acciones ejecutivas, en las que presentado el contrato de compraventa inmobiliaria, se procede al traspaso de la propiedad e inscripción en el Registro de Inmuebles³⁷. Frente al incumplimiento, el acreedor (al igual que en nuestro derecho), se le presenta la opción de solicitar el cumplimiento forzado del contrato (principios de equidad) o solicitar la indemnización en daños y perjuicios (“Common Law”).³⁸ Actualmente se ha cuestionado en algunos fallos, la consideración de la tierra como un bien único en sí mismo, se citan en este sentido los siguientes casos: *Semelhago v. Paramadewan*³⁹, un caso decidido por la Suprema Corte de Canadá, frente a un incumplimiento de una compraventa de un inmueble con destino casa habitación, donde si bien no se solicita la ejecución forzada específica, la Corte destaca que no todo inmueble reviste la calidad de único.⁴⁰ Otro caso, en el que sigue la misma tendencia, es el de *Watkins v. Paul*⁴¹, en el que se denegó el cumplimiento forzado de una compraventa de inmuebles, teniendo en cuenta que la compra se había hecho como un negocio simplemente para revender luego el bien a un mejor precio, de acuerdo con la Suprema Corte de Idaho, ese fin determinaba que para el comprador el bien inmueble no revestía el carácter de único, elemento esencial para la acción.⁴²

Frente a la demanda de cumplimiento de contrato el demandado puede oponer las defensas siguientes defensas (muy similares también a las de nuestro derecho): caducidad, falta de cualquier solemnidad requerida legalmente (que el contrato esté por escrito

34 § 367 (2) “A promise to render personal service exclusively for one employer will not be enforced by an injunction against serving another if its probable result will be to compel a performance involving personal relations the enforced continuance of which is undesirable or will be to leave the employee without other reasonable means of making a living.”

35 Fuller, Ob. Cit. p. 380, ver además Restatement Second § 360, Comment e.

36 O’Connell, Ob. Cit. p. 113, sostiene que en general se confiere en los casos de propiedad inmueble porque éste tipo de objetos son únicos, ningún terreno es igual a otro. En el caso de los contratos que no involucran la propiedad inmobiliaria, el actor debe probar que el objeto del contrato es único (colección de estampillas o de monedas, etc.).

37 Fuller, Ob. Cit. p. 380.

38 Id.

39 136 D.L.R. (4th) 1, (1996).

40 Fuller, Ob.Cit. p. 380.

41 95 Idaho 499 (1973).

42 Fuller, Ob. Cit. p. 381.

si el monto de la transacción supera los U\$S 500), error, dolo o fraude.⁴³

Situación luego del Código Uniforme de Comercio y del Restatement Second of Contracts

En la actualidad, es firme la postura de la jurisprudencia en cuanto a que tanto para las relaciones contractuales reguladas por el UCC cómo las reguladas por los principios del Derecho Común, la solución de principio es la condena en daños al promitente que incumple un contrato, siendo la ejecución forzada específica, un remedio disponible al destinatario de la promesa incumplida, solamente si el contrato hubiera involucrado un objeto de carácter “único” (que se limita casi exclusivamente a la propiedad inmueble).⁴⁴

Sin embargo, se habla de una incipiente tendencia, a partir de del Restatement Segundo de Contratos § 359⁴⁵ y del Código Uniforme de Comercio en sección 2-716 a “liberalizar la concesión de la ejecución forzada específica, ampliando los casos en que el resarcimiento de daños y perjuicios, no se consideran un remedio adecuado.”⁴⁶ El moderno enfoque, de acuerdo con el Restatement, es realizar una comparación entre condenar al pago de daños y perjuicios o al cumplimiento forzado del contrato para determinar qué solución es más justa.⁴⁷

En cuanto al Código de Comercio Uniforme el artículo 2-716 ha recogido la tendencia que se señala estableciendo que el cumplimiento del contrato puede garantizarse cuando “los objetos son únicos o en cualquier otra circunstancia que se considere más apropiado éste remedio”. Se ha entendido, que ésta última parte del artículo es un concepto que se ha dejado abierto al desarrollo jurisprudencial. Los autores citados destacan que el UCC, ha habilitado a la jurisprudencia a condenar por ejemplo, el cumplimiento de contratos de suministro en momentos de escases. Ejemplo de éste tipo de contratos de distribución son los contratos de compraventa de petróleo, pese a que el objeto no es único, si el actor demuestra la imposibilidad de encontrar otro proveedor que lo abastezca por el mismo período y por la misma cantidad de petróleo, los Tribunales han fallado concediendo la ejecución específica del contrato. La tendencia, luego del artículo 2-716 del UCC, ha sido de expansión en cuanto a las circunstancias en las que puede exigirse

43 O’Connell, Ob. Cit. p. 135 y ss.

44 Marvin A. Chirelstein, ob. cit. p. 197.

45 Restatement Sec. of Contracts § 359. Effect of Adequacy of Damages (1) Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party. (2) The adequacy of the damage remedy for failure to render one part of the performance due does not preclude specific performance or injunction as to the contract as a whole. (3) Specific performance or an injunction will not be refused merely because there is a remedy for breach other than damages, but such a remedy may be considered in exercising discretion under the rule stated in § 357.

Es interesante también el siguiente artículo que establece las situaciones en las cuales se considera más conveniente la ejecución forzada específica: Restatement Sec. § 360. Factors Affecting Adequacy of Damages In determining whether the remedy in damages would be adequate, the following circumstances are significant: (a) the difficulty of proving damages with reasonable certainty, (b) the difficulty of procuring a suitable substitute performance by means of money awarded as damages, and (c) the likelihood that an award of damages could not be collected.

46 Rest. Sec. 359, Comment a. Ver también Bishop, The Choice of Remedy for Breach of Contract, 14 J. of Legal Studies 299 (1985); Shavell, The Design of Contracts and Remedies for Breach, 99 Q.J.Econ. 121 (1984); MacNeil, Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky, 69 Va.L.Rev. 947 (1982); Schwarts, The Case for Specific Performance, 89 Yale L.J. 271 (1979); Compare Kronman, Specific Performance, 45 U. Chi.L.Rev. 351 (1978); Fransworth, Legal Remedies For Breach of Contract, 70 Columbia L. Rev. 1145 (1970), citados por Chirelstein en ob. cit., p. 197.

47 Chirelstein en ob. cit., p. 197.

el cumplimiento del contrato.⁴⁸

Jurisprudencia

Para comprender el análisis de los Tribunales en cuanto a conferir o no el cumplimiento forzado específico, en los casos jurisprudenciales a tratar, es pertinente partir de las diferentes definiciones que del remedio se han sugerido por la doctrina. Para John F. O'Connell, el cumplimiento contractual forzado "Se trata de un remedio en equidad, que tiene por objeto obligar al demandado a hacer aquello que prometió al demandante. Aunque su aplicación es discrecional, se utiliza sobre todo en los contratos inmobiliarios... o en los contratos cuyo el objeto reviste la característica de ser único".⁴⁹ Por su parte, Lon L. Fuller, entiende que "Por este remedio, el Tribunal, en lugar de ordenar a quién incumple el contrato que pague los daños generados por su incumplimiento, le solicita que se cumpla con el contrato."⁵⁰

La jurisprudencia ha hecho lugar a este tipo de acciones, desde muy larga data en los siguientes casos *Pusey v. Pusey* (1684), 1 Vern. 273 (el problema en éste caso tenía que ver con la posesión de un cuerno muy antiguo que el rey Danés Canute le había obsequiado a la familia Pusey); el segundo caso reportado fue el de *Duke of Somerset v. Cookson* (1735), 3 P.Wms. 389 (el caso en análisis tuvo que ver con una disputa en relación a un objeto también de carácter único, se trataba de una antigüedad Romana una "Patera" dedicada a Hércules, en cuestión en la sucesión de Duke). En *Fells v. Read* (1796), el proceso tenía que ver con una caja de cigarrillos de una marca de renombre que había pertenecido a un club.⁵¹ Se señala por la doctrina que en todos estos casos el reclamo tenía que ver con objetos de escaso valor, sin embargo los tribunales en todos ellos se hizo lugar a la pretensión teniendo en cuenta el "pretium affectionis".⁵² Agregándose que el mero sentimiento o deseo personal respecto de un objeto no genera el derecho para una acción en equidad; sin embargo cuando el sentimiento se basan en hechos o circunstancias que otorgan al bien cierto valor, al extremo de generar un "pretium affectionis", se considera que no puede haber reparación monetaria satisfactoria.⁵³

Más recientemente, uno de los casos citados con mayor frecuencia por la doctrina⁵⁴ en punto al cumplimiento forzado específico, es el caso *Walgreen vs. Sara Creek Property Co.*⁵⁵ Walgreen una de las cadenas de farmacias más grandes de Estados Unidos, había arrendado un local en el shopping de la demandada. En el contrato de arrendamiento se prohibía que el shopping arrendara otro local en el mismo predio a otra farmacia. Durante la vigencia del contrato, el arrendatario del predio más grande del Shopping, se presenta a concordato y luego quiebra, quedando dicho espacio vacío. Frente a esa situación los dueños de Sara Creek, se presentan a Walgreen y le comunican que pese a

48 C.D. Rhower et all, ob. Cit. p. 463.

49 John F. Connell, Remedies in a Nutshell 2d. Edition, West Group, St. Paul Min. 1985, p. 24 y 113.

50 Lon. L. Fuller, Melvin Aron Eisenberg y Mark Gergen, "Basic Contract Law", p. 367.

51 O'Connell, Ob. Cit. p. 113.

52 Id.

53 O'Connell, Ob. Cit. p. 114.

54 Ver Epstein, Ob. Cit, p. 693 y ss.; Chirlestein, ob. Cit., 197 y ss; Fuller, Ob. Cit. p. 372 y ss.

55 966 F.2d 273 (7th Cir. 1992).

la prohibición del contrato que las vincula, del que quedan todavía 10 años, va a firmar un arrendamiento con Phar-Mor, otra farmacia de gran porte para que ocupe el local vacío. Advertida Walgreen de las intenciones del Shopping, presenta en primer lugar una medida cautelar tendiente a prohibir que se instale Phar-Mor en el local vacío. Sara Creek, se presenta en el proceso argumentando que coincide con Walgreen en que arrendar a Phar-Mor sería un incumplimiento contractual pero que no puede solicitarse el cumplimiento forzado del mismo ya que éste no sería adecuado para resolver el problema, el remedio adecuado sería la condena en daños y perjuicios basados en un estimativo de pérdida ganancias futuras. En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar prohibiéndose que se arrendara el local vacío a Phar-Mor mientras estuviera vigente el contrato con Walgreen. El Tribunal Federal del 7mo Circuito confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus términos, el razonamiento del Tribunal fue que correspondía que se exigiera el cumplimiento por la dificultad que planteaba el caso de estimar adecuadamente las pérdidas futuras de Walgreen en un contrato que todavía tenía un plazo de vigencia de 10 años.

Un caso, también reciente, en el que no se hace lugar a la pretensión de cumplimiento forzado, es el de *Van Wagner Advertising Corp. v. S & M Enterprises*⁵⁶. Tiene que ver también con un arrendamiento, pero de un espacio para proyectar publicidad. En diciembre de 1981, la actora arrendó a Bárbara Mitchaels, por un período de tres años renovables hasta un total de siete años, un espacio en la pared exterior (este del edificio) de la calle 36 de Manhattan. Por medio del contrato, los propietarios del edificio, permitirían a la parte actora, colocar una cartelera para que ésta colocara una cartelera para proyectar propaganda. El lugar arrendado revestía un carácter único, ya que se encontraba justo enfrente a la salida del túnel que conecta Midtown con Manhattan, todo vehículo que ingrese a Manhattan se enfrentaría a cualquier imagen que se proyectara en dicha cartelera. En 1982, Van Wagner luego de colocar la cartelera iluminada, suscribe un contrato de arrendamiento por un período de tres años con Asch Advertising, efectivo desde el 1° de marzo de 1982. Por acuerdo de 22 de enero de 1982, Bárbara Michaels, vende el edificio a los demandados S & M Enterprises, informándole dicha venta a Van Wagner, a principios de agosto de 1982. El 19 de agosto de 1982, S & M envían una carta a Van Wagner informándole que dejan sin efecto el contrato de arrendamiento a partir del 18 de octubre, de acuerdo con lo previsto por la sección 1.05 del contrato. Tanto en Primera como en Segunda Instancia, se entendió, que la carta de S & M por la que se dejaba sin efecto el contrato de arrendamiento, constituye un incumplimiento contractual. En Primera Instancia, teniendo en cuenta la ubicación del inmueble (frente a la salida del túnel de ingreso a Manhattan), se entendió que el espacio revestía las características de único, declarando que el contrato debía cumplirse. Sin embargo, en segunda instancia se entendió que si bien había habido un incumplimiento, la indemnización económica a Van Wagner, constituía un remedio adecuado para dicho incumplimiento por lo que no correspondía que se confiriera la el cumplimiento forzado específico. El Tribunal destacó en el razonamiento de la sentencia, que conferir el remedio de la ejecución forzada específica es discrecional del Tribunal.⁵⁷ Con esta afirmación, el Tribunal quiere significar que en no se encuentra atado por ningún precedente. Marca también una cuestión de

56 67 N.Y.2d 186 (1986).

57 "... rests in the discretion of the Trial Court".

Política Legislativa, ya que distingue el régimen aplicable a los contratos de compraventa de inmuebles donde el remedio del cumplimiento forzado específico es casi de precepto, con los contratos de arrendamiento de inmuebles donde el juez tiene mayor discrecionalidad.

A modo de resumen, puede decirse que en general, el juez ordena la ejecución de la convención cuando la solución a la que podrían arribar los Tribunales de Derecho (indemnización monetaria) no contempla adecuadamente los intereses del actor. Sin embargo, existen ciertos supuestos en los que pese a que la indemnización económica no contempla adecuadamente los daños sufridos por la parte actora, los Tribunales de Equidad no otorgan el cumplimiento forzado por entender que la solución no sería la más ajustada.⁵⁸ La situación de hecho en la que por excelencia se otorga este tipo de remedio es en aquellas circunstancias en las que se demuestra que el objeto del contrato es único y en general en los casos de compraventa de inmuebles con las excepciones que hemos señalado.⁵⁹

58 Id. Ver además, Claude D. Rohwer y Anthony M. Skrocky, *Contracts in a Nut Shell*, West Nutshell Series, 5th Ed., St. Paul Min. p. 462 y 463.

59 C.D. Rhower et all, ob. Cit. p. 462.

EN EL OCASO DEL PARADIGMA LEGALISTA

Metodología de referencias jurisprudenciales en América Latina

FERNANDO M. TOLLER¹

*At the sunset of the legalism paradigm
Methodology of case-made law references in Latin America*

Abstract:

El trabajo expone las principales fuentes de doctrina judicial en diversos países de Latinoamérica (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay), desarrollando la metodología correcta de referencia de cada una de ellas, en un contexto en que, con un mundo cada vez más interrelacionado, es más acuciante el conocimiento del Derecho extranjero. Como fundamento de lo anterior, se parte de una reflexión sobre la importancia del Derecho judicial como fuente del Derecho, y las funciones que tiene la cita del mismo en los escritos jurídicos.

Palabras clave:

Jurisprudencia – Derecho comparado – Latinoamérica – Escritos académicos – Escritos profesionales.

Keywords:

Case-made law - Comparative law - Latin America - Academic writing - Professional writing.

Sumario:

1. La relevancia del Derecho pretoriano.
2. Funciones del recurso a la jurisprudencia en los escritos de Derecho.
3. Objeto de este artículo.
4. Tres reglas generales que no conviene olvidar.
5. Las citas de jurisprudencia en Argentina.
 - 5.1. Reglas generales.
 - 5.2. Año de la sentencia y fecha de la misma.
 - 5.3. Sentencias inéditas.
 - 5.4. “Pinpoint reference”, concurrencias y disidencias.
6. Referencias a las sentencias en Brasil.
 - 6.1. Reglas generales.
 - 6.2. Los repertorios.
 - 6.3. “Ementa” y texto completo de la decisión.
 - 6.4. La jurisprudencia estadual.
7. La cita de fallos nacionales en Colombia.
 - 7.1. Diversidad de sistemas.
 - 7.2. Citas de las decisiones de la Corte Constitucional.
 - 7.3. Referencias a fallos de la Corte Suprema.
 - 7.4. La jurisprudencia local.
8. La jurisprudencia en Chile.
9. Citas de decisiones judiciales en México.
 - 9.1. Ausencia de reglas definidas y superación del legalismo.
 - 9.2. Las referencias

¹ Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina) y Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director General de Posgrados, Facultad de Derecho de la Universidad Austral. *Visiting Scholar*, Stanford Law School. ftoller@ius.austral.edu.ar.

a la Corte Suprema. 9.3. Tribunales de apelación.

10. Citación de fallos en Paraguay.
11. Referencias de sentencias en Perú.
12. Las citas jurisprudenciales en Uruguay.
 - 12.1. Repositorios electrónicos y repertorios.
 - 12.2. Referencias a sentencias de la Suprema Corte.
 - 12.3. Tribunales de Apelación y Juzgados de Primera Instancia.²

1. La relevancia del Derecho pretoriano

Aristóteles explicaba algo primordial, que antecede en siglos del moderno derecho a la tutela judicial efectiva. Decía el maestro griego:

“Siempre que los hombres disputan entre sí, recurren al juez. Ir al juez es ir a la Justicia, porque el juez quiere ser como una Justicia animada. (...) La sentencia judicial es el discernimiento de lo justo y de lo injusto (...) y el magistrado es el guardián de la Justicia”³.

El hecho de que ya en los escritos bíblicos se denunciara que, en la práctica, no siempre se da que este recurso al juez implique estar cara a cara con la Justicia, señalando al juez inicuo, que escatima la protección que le reclaman la viuda y el huérfano, el inmigrante y el jornalero⁴, no debe hacer perder la fe en encontrar lo justo en la palabra de aquellos que, desde Roma, tienen la *iurisdictio*, la función de “decir el Derecho”.

Un viejo adagio del Derecho anglosajón dice que *bad cases make bad law*. Los casos malos generan mal Derecho, o, como dicen algunas variantes, los casos importantes o difíciles producen mal Derecho⁵. Es claro que los casos malos generan reglas o principios irrazonables o inequitativos, pero no necesariamente todos los casos relevantes o difíciles provocan reglas inadecuadas, aunque pueden hacerlo⁶. La contracara de esto es que incuestionablemente *los buenos casos generan un buen Derecho* —sean casos grandes u ordinarios, difíciles o sencillos—, porque en ellos se refleja la *prudentia iuris* de aquellos que tienen la potestad de señalar lo equitativo entre los justiciables.

Los jueces no son los únicos que hacen el Derecho, pero claramente forman parte del

2 Para este trabajo he recurrido a la experiencia de juristas que trabajan o han trabajado *in situ* en los distintos países. Por esto, quiero dar las gracias por ejemplos, precisiones y aclaraciones —hasta exposiciones completas de varias páginas, de las que se han tomado muchos elementos— que me hicieron llegar los profesores y abogados Alejandro Perotti (con referencia a Brasil, Paraguay y Uruguay), Frederico Bonaldo y Flávio Melo Monteiro (Brasil), Jorge Oviedo Albán, Gabriel Mora Restrepo y Diana María Gómez Hoyos (Colombia), Hernán Corral Talciani (Chile), Roberto Moreno Rodríguez Alcalá (Paraguay), Juan Carlos Barrios (México), Luis Castillo Córdova y Percy García Clavero (Perú) y Diego Velasco Suárez (Uruguay).

3 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 4, 1132 a y 6, 1134 a.

4 Cfr. *Deuteronomio* 10, 18; 24, 17; 27, 19; *Isaías* 1, 17.23; 10, 1-2; *Lucas*, 18, 1-8.

5 Cfr. *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 364 (1904), Holmes, J., *dissenting*: “Great cases, like hard cases, make bad law”.

6 En concordancia con lo que se señala en el texto, en un interesante libro publicado recientemente, *Do Great Cases Make Bad Law?*, Oxford University Press, New York, NY, 2014, el profesor Lackland H. Bloom, Jr., tras analizar veinticinco de las decisiones más célebres de la Corte Suprema de Estados Unidos, dictadas indudablemente en el medio de atención generalizada y en contextos históricos particulares, concluye que aunque la relevancia del caso haya producido en ocasiones doctrinas negativas y malas reglas de Derecho, en general esto no es así.

coro que produce tal melodía. En efecto, además de poseer indudables elementos naturales, el Derecho es una inconmensurable obra colectiva que, más allá de matices que esto tenga en sistemas de Derecho continental o de *Common Law*, pertenece tanto a los magistrados, como a los legisladores y a los doctrinarios, que han ido cincelandolo con sus sentencias, sus leyes y sus libros⁷.

Esa función de decir qué es lo justo en los casos concretos da una relevancia especial a la apelación a la fuente judicial del Derecho, sea jurisprudencia nacional, comparada o internacional.

Debe notarse que la razón para subrayar la importancia de la jurisprudencia es que se trata de una fuente material, y a veces también formal, fundamental para el avance y desarrollo del Derecho. No es óbice para esto que no se aplique en nuestros países un sistema como el del *stare decisis* inglés y estadounidense. En efecto, las decisiones de los jueces pueden ser fuente, aun sin un sistema de seguimiento obligatorio. Por tanto, la referencia a la jurisprudencia por parte de los operadores del Derecho, coadyuva, de alguna manera, a mejorar tanto la comprensión del fenómeno de justicia envuelto tras el Derecho, como a vitalizar y renovar el sistema judicial de los países que se rigen por el sistema del Derecho continental.

No obstante lo dicho, y contrastando con la importancia vital de la jurisprudencia en jurisdicciones de Derecho anglosajón, donde el *case-made law* es una fuente principalísima de Derecho, la misma ha estado injustamente relegada como fuente del Derecho por más de un siglo en diversos países de Iberoamérica. No ha sido así en todos ellos, pues en algunos, como excepción, siempre ha tenido mucha importancia, pero la regla general ha sido más bien el legalismo, que desde el siglo xix nutrió muchas de estas jurisdicciones, que la apertura al Derecho pretoriano. Así, se ha podido ver en algunos países una desatención a la jurisprudencia, con sentencias breves y poco elaboradas, con escasa fundamentación, junto a un recurso ínfimo al Derecho judicial, a sentencias dejadas inéditas, o sólo publicadas en resumen, exponiendo su doctrina abstracta, sin sus hechos ni su argumentación...

Afortunadamente, con el ocaso del legalismo y formalismo jurídicos y el auge de las doctrinas judicialistas, del neoconstitucionalismo y de las teorías de la interpretación y de la argumentación, la jurisprudencia va cobrando cada vez mayor interés, ocupando de a poco el puesto que merece, en toda América Latina.

Junto a este mayor interés en la jurisprudencia nacional que puede observarse en distintos ordenamientos, debe subrayarse la relevancia de conocer la jurisprudencia doméstica de países extranjeros. El gran interés que siempre ha tenido el Derecho comparado para la búsqueda de soluciones superadoras para problemas jurídicos propios, se ve ahora incrementado enormemente por el fenómeno de la globalización en la esfera internacional, en general, y de la regionalización e integración latinoamericanas, en particular. El acercamiento a los demás países, que impacta cada vez más en todos los órdenes de la existencia humana, hace entonces más y más conveniente, cuando no necesario,

7 Cfr. van Caenegem, R. C., *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, *passim*.

mirar a las soluciones que los tribunales de otros países han dado a diversas cuestiones.

2. Funciones del recurso a la jurisprudencia en los escritos de Derecho

La relevancia del Derecho judicial, según se ha expuesto, lleva a remarcar la importancia de su utilización en los escritos jurídicos, sean estos académicos o sean profesionales.

Una de las principales ocupaciones de quien ejerce el Derecho estriba en indagar y en escribir textos jurídicos, de la más diversa índole, ya que buena parte del poder del Derecho está en el poder de las palabras. Esto conlleva la necesidad de inmersión en el mundo de las fuentes del Derecho, sabiendo dónde están y cómo conocerlas mejor, con el objeto de utilizarlas de modo adecuado y eficaz en la interpretación, el razonamiento y la argumentación que todo escrito jurídico lleva consigo⁸.

En consecuencia, en los escritos de Derecho la apelación a autoridades jurisprudenciales, como cita específica o comentando su doctrina, cumple diversas funciones, que esquemáticamente pueden exponerse del siguiente modo⁹:

1. realizar un comentario propio, exponiendo sobre una sentencia que, aunque relacionada con la discusión principal, no merece ir en el cuerpo de la escritura, o es colateral o incidental al tema central, o resulta una profundización en un elemento del problema tratado;
2. transcribir o parafrasear textos de sentencias, como “notas de ilustración”;
3. dar cuenta del lugar exacto donde una decisión judicial ha expuesto una doctrina que apoya lo que se sostiene;
4. mostrar que se ha tenido en cuenta decisiones anteriores sobre el punto tratado, como “notas de acribia científica”;
5. remitir, como contrapunto, a sentencias que mantienen la opinión contraria a la propia;
6. evitar incurrir en una suerte de plagio, al presentar con claridad el origen en una decisión judicial de una contribución e idea.

3. Objeto de este artículo

En este contexto, este trabajo se propone exponer cuáles son las principales fuentes de doctrina judicial en diversos países de Latinoamérica, explicando la metodología co-

8 Sobre esto cfr. Toller, Fernando M., *Sistema de citas y redacción en Derecho: Manual hispanoamericano*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2015, en especial pp. 31-44.

9 Sobre algunas de las funciones de las notas y citas que se explican, expuestas en general y no sólo con relación a la jurisprudencia, me baso en Sierra Bravo, R., *Tesis Doctorales y Trabajos de Investigación Científica. Metodología general de su elaboración y documentación*, 5ª ed., Editorial Paraninfo, Madrid, 2002, pp. 423-427; Corral Talciani, Hernán, *Cómo hacer una tesis en Derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008, pp. 160-162; y Herrera, Enrique, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 246, 251 y 255-257.

recta de referencia de cada una de ellas. Se explica el sistema de citas de jurisprudencia de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, expuestos en orden alfabético.

Es de esperar que este aporte coadyuve, en alguna medida, a que en el futuro en todas las Américas haya un sistema completo y complejo de acceso a las fuentes judiciales nacionales del Derecho, a la vez que una apertura al conocimiento y uso de la jurisprudencia extranjera.

4. Tres reglas generales que no conviene olvidar

Sobre las referencias a la jurisprudencia de los tribunales de los países mencionados, es preciso señalar, antes de abocarnos a cada uno de ellos, que no es posible dar reglas generales de referencia aplicables, sin más, a todos. La norma general es que, más allá de algunas sugerencias aquí y allá para simplificar las citas, no se debe “nacionalizar” la referencia a sentencias extranjeras, sino respetar el modo de citar las sentencias —y los repertorios que las contengan— que sea usual en el sistema donde cada sentencia se ha emitido, incluyendo el idioma original en que figura el nombre del tribunal y de la decisión¹⁰.

No debe olvidarse, asimismo, la regla general de que toda sentencia editada debe ser citada por una publicación, y no únicamente por los datos de la resolución, como si fuera un fallo inédito.

Debe aquí también mencionarse algo sobre el modo de citar repertorios en general: siempre que ya esté publicado el tomo correspondiente, conviene hacer la cita de las sentencias con remisión al volumen, con páginas concretas, y no, como es frecuente en varias de estas publicaciones, al diario o separata que lo precedió.

5. Las citas de jurisprudencia en Argentina

5.1. Reglas generales

La costumbre ha consagrado algunas reglas generales de citas de jurisprudencia en Argentina. La referencia debe iniciarse con la abreviatura del tribunal que dictó la decisión, indicando así la instancia de que se trata, agregando en su caso la sala o el número de juzgado. Luego se introduce el nombre del caso, que es el nombre de las partes —o de la parte, en los casos en que en la carátula no haya un demandado—, y tras lo anterior se escribe el repertorio, el número de tomo, la página donde comienza la publicación de la decisión y el año de dictada la sentencia.

Veamos varios ejemplos:

C.S.J.N., “Rey c/ Rocha”, Fallos 112:384 (1909).

¹⁰ Una exposición integral de reglas generales de citación de jurisprudencia, en Toller, *Sistema de citas...*, cit., cap. IX, pp. 137-147.

C.S.J.N., “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos 315:1492 (1992).
CApelCiv y Com Mar del Plata, Sala II, “Ramos c/ Salazar”, E.D. 168-372 (1996).
CNCiv, Sala H, “Rossetti c/ Dun y Bradstreet S.R.L.”, L.L. 1995-E-293.
CNCom, Sala B., “Yusin c/ Organización Veraz S.A.”, J.A. 1997-I-45.
CNCont-Adm Fed, Sala I, “Bacre c/ Estado Nacional”, E.D. 139-443 (1989).
Juzg 1ª Inst Mar del Plata, “Pouyssegur”, J.A. 1966-II-506.
Juzg Nac 1ª Inst Crim y Corr, “Muruzueta”, L.L. 117-497 (1965).

En los casos referidos se han citado por sus respectivas abreviaturas la *Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* y los principales repertorios, *Jurisprudencia Argentina* (1918-...), *La Ley* (1936-...) y *El Derecho* (1961-...). Se omiten variadas publicaciones regionales y provinciales y de revistas impresas y en Internet, que también publican sentencias, que sería demasiado prolijo exponer aquí.

Se ha seguido en cada caso el orden y modo de separar los datos de tomo y página con guiones o con dos puntos, de acuerdo al sistema que utiliza cada repertorio o la propia Corte Suprema al citar sus sentencias.

Se han escrito los nombres de las partes sin cursivas y con comillas, como es el modo más usual en el país. También es correcto —y muchos siguen ese sistema— hacerlo sin comillas y en cursiva, como es costumbre en el mundo anglosajón. La letra “c”, con la barra, alude a “contra”. En causas penales y en algunos supuestos específicos sólo figura una parte en la carátula.

Conviene también señalar que la carátula de los procesos suele ser más extensa que la mención escueta que termina dándole nombre a la sentencia. Así, el famoso caso “Siri”, Fallos 239:459 (1957), relativo a la creación pretoriana de la acción de amparo, tiene en realidad por nombre completo “Siri, Ángel s/interpone recurso de habeas corpus”. Todos esos datos no suelen ser necesarios, aunque en ocasiones se los incluya, lo cual, en todo caso, no es incorrecto.

Debe notarse que muchas veces la Corte Suprema, o tribunales inferiores, sólo citan un caso por la mención de la colección oficial (por ejemplo, “Fallos 234:345, 245:34 y 278:567”) o del dato de publicación en un repertorio (así, “CNCiv, L.L. 1995-E-293”), sin señalar el nombre de las partes y a veces otros datos. Sin embargo, es más correcta y completa la opción que aquí se hace, colocando el nombre y otros elementos. En este sentido, es importante remarcar que recientemente la Corte Suprema ha dispuesto que los escritos de las partes que se presenten ante la misma deben citar obligatoriamente las sentencias del máximo tribunal por el nombre de las partes y por su publicación oficial en la colección de Fallos, con alusión al tomo y página ¹¹.

5.2. Año de la sentencia y fecha de la misma

En cuanto al año de la decisión, buena parte de los autores y tribunales no lo escriben. Esto no es problemático cuando el número de tomo de una publicación incluye el año, como *Jurisprudencia Argentina* o buena parte de *La Ley*. Sin embargo, muchos

11 Cfr. Acordada de la Corte Suprema N° 4/2007, art. 9, publicada en B.O. N° 31.120, 21 de marzo de 2007, pp. 7 ss.

repertorios no citan sus propias referencias de ese modo. En estos casos conviene indicar siempre el año del tomo en que figura la sentencia, para facilitar la identificación temporal del fallo por parte del lector. Éste, en efecto, pocas veces podrá relacionar mentalmente con años, o aun con décadas, el número de un volumen de sentencias de la Corte, o de una referencia de los antiguos tomos de *La Ley* —en cuyo número de tomo no se incluía el año— o de los tomos de *El Derecho* —que, si bien siempre incluyeron el año en el lomo de sus volúmenes, por costumbre dicho dato es generalmente omitido cuando se los cita—. Por tanto, es importante ponerlo entre paréntesis, dando rápidamente al interesado una referencia clara del período histórico, social, económico y jurídico en que fue resuelto el caso.

No parece necesario poner la fecha concreta de cada sentencia —dato que se publica en los repertorios, encabezando la decisión—, ya que con el año es suficiente. La excepción a esto se encuentra cuando el caso no ha sido publicado en un repertorio, situación en la cual debe manifestarse, además de su carácter de inédito, la fecha concreta en que se lo dictó, de modo de facilitar su localización en la oficina de jurisprudencia del tribunal correspondiente.

Otra salvedad sobre fechas y años es que, en el caso de que el año del tomo del repertorio no coincida con el año en que se dictó el fallo —en muchas ocasiones aquél es del año siguiente—, se puede agregar este último entre paréntesis, luego del nombre del caso. De todos modos, incluir el año en estos casos es infrecuente y no parece necesario, ya que la decisión será muy cercana al dato del repertorio y su localización será muy sencilla sin ese dato.

5.3. Sentencias inéditas

En el caso de la colección de *Fallos* de la Corte, no se publican allí todas las sentencias, que con frecuencia superan las quince mil por año, sino una selección de las más relevantes, que suman varios centenares e implican cerca del 5% del total. Asimismo, hay un lapso de tiempo entre la emisión de una sentencia, y la fecha en que está disponible el tomo correspondiente. No obstante, se puede localizar todas las decisiones del tribunal desde 1994, en formato original en .pdf, en el sitio *web* de la Corte Suprema ¹².

Por tanto, si se desea citar alguna decisión no publicada, se debe referir el nombre del fallo, junto al número del expediente, integrado por una letra relativa al actor, un número arábigo y el número de tomo en caracteres romanos, y la fecha:

C.S.J.N., “Serradilla”, S. 2790. XXXVIII, del 12-VII-2007.

C.S.J.N., “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp S.R.L.”, A. 910. XXXVII, del 10-VI-2010.

Algunos autores, en casos importantes, así como de otros tribunales, hacen una citación paralela, es decir, anotan no sólo una colección que lo incluye, oficial, sino los distintos repertorios donde se lo publicó:

12 Ver www.csjn.gov.ar/ (consulta: 1-IX-2015). Para sentencias de otras instancias cfr. www.pjn.gov.ar, el *website* general del Poder Judicial (consulta: 2-IX-2015).

C.S.J.N., “Siri”, Fallos 239:459 (1957), L.L. 89-531 y J.A. 1958-II-476.

Es correcto hacerlo, pero no es necesario. Sí debe ponerse atención en que, en las sentencias de la Corte Suprema, como de todo tribunal que publique su propio repertorio, siempre que se pueda debe citarse la colección oficial de Fallos, y no referirlo sólo por la publicación en repertorios privados.

5.4. “Pinpoint reference”, concurrencias y disidencias

Si se quiere referir un punto concreto de la sentencia —*pinpoint reference*—, usualmente se remite directamente al considerando o, en su caso, al apartado de la sentencia, en una suerte de *neutral citation* —sin referencia a repertorio concreto, pudiendo ser localizado un punto con independencia de dónde esté publicado— sin que viene utilizándose hace décadas, como ocurre ahora internacionalmente con las sentencias de la Corte Europea o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, a nivel nacional, con las decisiones de los tribunales ingleses. Usualmente no se remite a la página, puesto que la decisión puede estar publicada en varios repertorios distintos, en bases de datos o en la *web*. De esta manera, el lector que lo desee podrá, con cierta facilidad, encontrar la referencia concreta en una publicación distinta. Así, debería procederse como seguidamente se indica:

C.S.J.N., “Camacho Acosta c/ Grafi Graf S.R.L.”, Fallos 320:1631 (1997), consid. 6 a 12.

CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, “Servini de Cubría”, E.D. 148-646 (1992), consid. 9.
Juzg. Nac. 1ª Inst. Cont.-Adm. Fed. N° 6, “Bacre c/ Estado Nacional”, E.D. 134-554 (1989), consid. 4.

En Argentina la palabra “considerando” tradicionalmente se ha abreviado como “consid.”, aunque hubiese sido más correcto, de acuerdo a las reglas generales de abreviatura, hacerlo como “cons.”. Por la tradición que tiene en ese país, aquí se ha seguido esa costumbre.

A diferencia de cómo estructura las sentencias la Corte Suprema en considerandos, si el tribunal de que se trate no ha usado números arábigos para separar su escrito, sino letras o números romanos, corresponderá usar las expresiones sección o apartado, que pueden abreviarse como “secc.” o “apart.”, junto al número o letra correspondiente.

Cuando el tribunal usa tanto letras como números, que recomienzan desde cada sección, hay que situar la referencia concreta que se quiere hacer sumando ambos, con un punto y sin espacio, para remitir al lector a la porción de texto más pequeña posible, para facilitarle que pueda localizar el punto concreto al que se está aludiendo. En consecuencia, se aludirá a la “secc. A.4”, al “apart. III.c”, etc.

Cuando se debe aludir a una opinión de un juez de la Corte Suprema o de tribunales inferiores que ha sido dictada “en concurrencia” con el resultado, pero por sus propios fundamentos —llamada también “por su voto”—, a una disidencia, o aun a una decisión mayoritaria, cuando existen también votos particulares y se desea remarcar que se alude

a la resolución que resultó adoptada por el tribunal, conviene hacérselo de los siguientes modos, todos correctos:

C.S.J.N., “Servini de Cubría”, Fallos 315:1961 (1992), juez Belluscio, por su voto, consid. 8.

C.S.J.N., “Vera Barros c/ Estado Nacional (Armada Argentina -Dirección General de Personal Naval-)”, Fallos 316:3043 (1993), jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez, en concurrencia, consid. 9.

C.S.J.N., “S., V. c/ M., D. A.”, Fallos 324:975 (2001), voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez, consid. 29 a 33.

C.S.J.N., “San Miguel”, Fallos 216:607 (1950), voto del juez Casares, en disidencia, consid. 10.

C.S.J.N., “Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A.”, Fallos 306:1892 (1984), voto de la mayoría, consid. 8.

6. Referencias a las sentencias en Brasil

6.1. Reglas generales

En Brasil el modo de citar en trabajos científicos, y por tanto también las citas de jurisprudencia y de legislación, ha sido recientemente normalizado por las reglas de la Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)¹³. Sin embargo, sus reglas difieren mucho de las que ha consagrado el uso diario de abogados y tribunales, y han quedado relegadas del foro y confinadas sólo al uso exclusivo de algunos pocos escritos científicos. Por esto, incluso en el ámbito académico, donde las reglas de citación bibliográfica de la ABNT están difundidas entre los juristas, sus pautas no suelen usarse para citar jurisprudencia y legislación, sino las reglas de la práctica forense.

En la práctica jurídica las decisiones judiciales son identificadas primordialmente por el número de la causa. Debido a esto, el nombre del caso, es decir, las partes que han litigado, es un dato poco relevante, que no suele ser consignado.

Las decisiones de tribunales colegiados son citadas habitualmente por medio de la sigla del tribunal. Para esto hay que tener en cuenta el sistema de división de competencia judicial de acuerdo a criterios territoriales y materiales.

Es muy similar la manera para la citación de las sentencias del Supremo Tribunal Federal, del Superior Tribunal de Justiça y de los Tribunais Regionais Federais —cinco en la actualidad, con competencia de segunda instancia, que abarcan cada uno regiones comprensivas de varios Estados—. Cada uno de esos tribunales tiene, por otro lado, distintas secciones según áreas del Derecho.

Se dan aquí, respectivamente, ejemplos de cada uno de estos tribunales:

¹³ Su página *web* es www.abnt.org.br (fecha de consulta: 30-VIII-2015). Las mencionadas reglas, que valen para todas las ciencias y no sólo para Derecho y Humanidades, se denominan *NBR 10520, 2002: informação e documentação – citações em documentos – apresentação*, y están publicadas por ABNT, Rio de Janeiro, 2002, 7 pp. Las mismas están disponibles en www.cch.ufv.br/revista/pdfs/10520-Citas.pdf (acceso el día 30-VIII-2015).

STF, 1ª T., AC 9.593/RS, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 23.07.1953, Arquivo Judiciário, vol. 107, p. 255.

STJ, 4ª T., REsp 101571/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14.05.2002, DJ 05.08.2002, p. 343, RSTJ 162/312.

STJ, 3ª T., REsp 623775/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.10.2005, DJ 20.02.2006, p. 332.

TRF 1ª Região, 2ª T., AI 12.168/PE, Rel. Juiz Petrucio Ferreira, rel. 16.12.1997 (DJU 25.02.98, p. 354).

Se alude allí en primer lugar a las iniciales del tribunal interviniente —en el caso de los Tribunales Regionales Federales, va seguida del número de la región—, y a la Sala (*turma*: T.) que intervino. Si se trata de una decisión del Pleno, se debe poner dicha palabra.

Luego de lo anterior, debe incluirse una abreviatura para la clase de proceso, es decir, el tipo de recurso o de acción: p.ej., debe ponerse REsp para significar Recurso Especial. Existe al respecto una nomenclatura de unas cincuenta abreviaturas, debidas a un sistema procesal complejo. Tras la abreviatura de la clase de proceso se introduce el número del proceso.

Sigue a lo anterior el nombre del juez relator del caso, abreviando antes su posición: Rel. Min., para *Relator Ministro*, en los tribunales superiores; Rel. Des. o Rel. Juiz, significando *Relator Desembargador* o *Juiz* en los tribunales colegiados inferiores. Continúa la fecha de la sentencia, antecedida normalmente por la letra j., por *juízo*.

Finalmente, se consignan los datos de la publicación en un repertorio o en varios, que se abrevian todos sin puntos en cada letra. Así, en algunos de los ejemplos, el DJU, *Diário Judicial da União*, que puede tener hasta 400 páginas diarias, con la referencia de la página exacta donde comienza la transcripción de la sentencia; en otros, el DJ, *Diário da Justiça*, o la RSTJ, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*.

Si existió disidencia —*Rel. p/acórdão*— se coloca tal circunstancia en la cita, como por ejemplo:

STF, Pleno, RE 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Rel. p/acórdão Min. Cunha Peixoto, 01.06.1977 (RTJ 83/809).

6.2. Los repertorios

La publicación oficial más común es el DJU, en el cual se publica el sumario del fallo —*ementa*— y en ocasiones las decisiones completas —*decisão monocrática*—.

Existe también una recopilación selecta de fallos, que en el caso del Supremo Tribunal Federal se denomina *Revista Trimestral de Jurisprudência*, abreviada RTJ, y, en el supuesto del Superior Tribunal de Justiça *Revista del Superior Tribunal de Justiça*, conocido como RSTJ.

Otros repertorios oficiales comúnmente citados son el *Diário Oficial da União* (DOU), el *Diário da Justiça* (DJ), el *Diário Oficial do Estado* (DOE), el *Diário Oficial do Município* (DOM), el *Repositório de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (RJ-TJESP), y el *Repositório* del Tribunal Regional Federal de la Primera Región (RTRF-1ª Região), al cual siguen los correspondientes a las otras regiones.

Asimismo, hay diversos repertorios privados, entre los que se destaca la famosa *Revista dos Tribunais* (RT). Si un caso comienza su publicación en la página 15 del tomo 350 de dicha revista, los datos de publicación en la misma se citan así: RT 350/15. Otros repertorios —*repositórios de jurisprudência*— son la *Revista Forense* (RF), el LEX STF y el LEX STJ.

6.3. “Ementa” y texto completo de la decisión

En Brasil es muy común citar la *ementa*, el resumen de la doctrina que establece el tribunal, y no tan corriente aludir a pasajes específicos de una sentencia o de un voto en disidencia. En este sentido, en ocasiones aun sentencias trascendentes del Supremo Tribunal Federal son publicadas inmediatamente a ser emitidas sólo en su sumario, y el texto íntegro se publica recién algunos años después. Así, por ejemplo:

STF, Pleno, HC 72.131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Moreira Alves, 22.11.1995 (DJU 1.8.2003).

En este supuesto, a pesar de que la resolución data de noviembre de 1995, el fallo completo no fue publicado en el DJU hasta ocho años después, 1 de agosto de 2003.

En la actualidad todos los fallos y decisiones del Supremo Tribunal Federal que datan desde 1950 a la fecha se encuentran a texto completo en su página en Internet¹⁴, los del Superior Tribunal de Justicia en la suya¹⁵ y las de los Tribunales Regionales Federales en sus respectivos sitios. Si se ha accedido a la sentencia por dichos *sites*, se suele poner, como dato de publicación, “disponible en...”, con el lugar exacto de su localización.

Como contrapeso a esta falta de publicación inmediata y completa del texto de las sentencias, es dable destacar que Brasil posee algunos elementos de transparencia muy interesantes. Así, por ejemplo, al igual que en México existe un canal de televisión dirigido por el Supremo Tribunal Federal, denominado *TV Justiça*, en el cual es posible ver —en vivo y en directo— las discusiones de casos trascendentes en el momento mismo en el que los ministros del Supremo Tribunal deciden una sentencia.

En esta línea, es de alabar también que desde Internet sea posible conseguir la mayoría de las sentencias que se dictan en el país, desde la primera a la última instancia.

El Supremo Tribunal Federal tiene otras herramientas de difusión, como el *Informativo do STF*, de edición semanal, que se encuentra en versión electrónica en la página del Tribunal. Cuenta también con el admirable *Sistema-Push* —de suscripción gratuita en la

14 Cfr. www.stf.gov.br (fecha de consulta: 31-VIII-2015).

15 Ver www.stj.jus.br (fecha de consulta: 1-IX-2015).

página del Tribunal—, que permite hacer un seguimiento regular y automático de todos los movimientos de un expediente en particular. El Superior Tribunal de Justicia también utiliza ambas herramientas.

6.4. *La jurisprudencia estadual*

En el ámbito de los estados los tribunales de segunda instancia se denominan Tribunais de Justiça. A ellos se los cita de los siguientes modos:

TJRS, 1ª Câmara Cível, AC 59.519.9597, Rel. Des. José Velinho de Lacerda, j. 29.05.1996 (Jurisprudência do TJRS, Câmaras Cíveis, 1998, vol. 3, tomo 74, p. 244).
TJDF, 2ª T., AI 1999.00.20.03833-8, Rel. Des. Jair Soares, DJU 02.08.2000, p. 321.

En estos casos, a la abreviatura TJ, correspondiente a Tribunal de Justiça, se le agrega la sigla o código de identificación del Estado al cual pertenece. Así, por ejemplo: TJSP (São Paulo), TJPR (Paraná), TJRJ (Rio de Janeiro), TJAM (Amapá), TJMG (Minas Gerais), TJRS (Rio Grande do Sul), etc.

Muchos de estos Tribunales tienen su propio repertorio de publicación (*Revista*); en su defecto la publicación se realiza en el *Diário Oficial del Estado* al cual pertenecen (DOE-RJ, DOE-RS, etc.) en sus respectivos sitios *web*.

En cuanto a las decisiones de jueces de primera instancia, la cita de sus decisiones no sigue una regla precisa, pero podría señalarse como la costumbre quizá más arraigada el hacerlo del siguiente modo:

Processo nº 2007.61.82.002425-2, 9ª Vara das Execuções Fiscais Federais de São Paulo/SP, juiz Paulo César Conrado, j. 28.09.07, DOU 27.12.2007, p. 327.

Se alude ahí al número de registro del proceso, a la indicación del tribunal que interviene —*vara*— y la comarca judicial, el juez interviniente, la fecha de la sentencia y los datos de la publicación.

7. La cita de fallos nacionales en Colombia

7.1. *Diversidad de sistemas*

En Colombia existen las “Normas Técnicas Colombianas”, elaboradas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación – ICONTEC, que ha establecido criterios uniformes para la elaboración de las mismas en los trabajos científicos¹⁶. Sin em-

16 El Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC), organismo internacional de carácter privado de gran relevancia en Colombia, ha elaborado una serie de normas técnicas para la confección de trabajos científicos, incluyendo los criterios de citación. Se han dado ya a publicidad siete Normas Técnicas Colombianas (NTC) sobre investigaciones científicas, con diversas actualizaciones, dedicadas a la regulación de los distintos aspectos de la presentación de trabajos. A la fecha las vigentes son las siguientes: NTC 1486 (*Sobre presentación de tesis, trabajos de grado y otros trabajos de investigación*), NTC 1075 (*Sobre numeración de divisiones y subdivisiones en documentos escritos*), NTC 1487 (*Sobre citas y notas de pie de página*), NTC 1160 (*Sobre referencias bibliográficas para libros, folletos e informes*), NTC 1308 (*Sobre referencias bibliográficas para publicaciones seriadas*), NTC 1307 (*Sobre referencias bibliográficas para normas*) y NTC 4490 (*Sobre fuentes de información electrónicas*). Al respecto, cfr. ICONTEC, *Compendio. Tesis y otros trabajos de grado*, ICONTEC, Bogotá, 2006.

bargo, en dicho país no se sigue una normativa específica para referir la jurisprudencia. Por ello, las diversas instituciones y distintos autores suelen utilizar su propio sistema, discordantes entre sí, algunos cortos, otros largos.

Aclarado lo anterior, se expondrán aquí las reglas más utilizadas.

7.2. *Citas de las decisiones de la Corte Constitucional*

Las sentencias de la Corte Constitucional suelen citarse del siguiente modo:

Sentencia C-647 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán.
Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. Jaime Araújo y Clara Inés Vargas.
Sentencia T-033 de 2001, M. P. Alejandro Martínez.
Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez.

Lo anterior alude a lo siguiente, de acuerdo a los criterios adoptados por la propia Corte: la “clase” o “naturaleza” del fallo, de acuerdo al tipo de proceso, su número correlativo, el año correspondiente y el Magistrado que ofició de Ponente de la decisión.

Las sentencias precedidas de la letra “C” se refieren a procesos de constitucionalidad; las precedidas de la letra “T” son aquellas que resuelven una acción de tutela o amparo; las precedidas de las letras “SU”, finalmente, son aquellas que unifican la jurisprudencia en materia de tutela o amparo. La alusión a que se trata de la Corte Constitucional se induce de la misma referencia al tipo de Sentencia.

Algunos realizan la referencia de manera algo distinta:

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 622 de noviembre 27 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara.

No parece, sin embargo, necesario poner todos esos datos, ni hacerlo con mayúsculas sostenidas. Es innecesario señalar el país, p.ej., salvo que se esté citando esa sentencia desde otro ordenamiento, caso en el cual tampoco es elegante incluirlo dentro de la referencia y en mayúsculas, sino fuera de la misma, de otra manera, al señalar la jurisdicción que es fuente de la doctrina judicial o de los hechos del caso a que se aludirá.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se publica en la *Gaceta Constitucional*, pero no es frecuente que se cite su jurisprudencia por dicho repertorio.

La jurisprudencia completa de la Corte Constitucional colombiana puede ser consultada en línea en su sitio oficial¹⁷. También se la localiza en Notinet, un portal de Información Jurídica y Jurisprudencia de Colombia¹⁸.

7.3. *Referencias a fallos de la Corte Suprema*

Si se trata de una decisión de la Corte Suprema de Justicia, que funciona como tribu-

17 Cfr. www.corteconstitucional.gov.co/ (acceso: 21-VII-2015).

18 Cfr. www.notinet.com.co (última fecha de acceso: 22-VII-2015).

nal de casación de los tribunales locales en las materias que toman las distintas Salas — Civil, Agraria y de Familia, Penal y Laboral—, las referencias suelen hacerse de acuerdo a algunos de los siguientes modos:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 31 de 1938, M.P. Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial*, Tomo XLVI, 1938, pág. 565 y ss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de septiembre 24 de 1998, M.P. José Roberto Herrera Vergara, en www.notinet.com.co (consultada el 2-XII-2014).

La *Gaceta Judicial* es la publicación oficial de la jurisprudencia de casación de la Corte Suprema, aunque muchos autores omiten la referencia a la misma, la fecha, agregando el número de expediente y consignando al juez que ofició de ponente. Cuando una sentencia no ha sido publicada en dicho repertorio, ni se encuentra en Internet, se indica este dato entre paréntesis: “(sin publicar)”.

Al igual que con relación a la Corte Constitucional, algunos realizan la referencia poniendo varios datos en mayúsculas, sobre lo cual vale remitirse a lo dicho antes sobre la misma costumbre relativa a la Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de septiembre 24 de 1998. Expediente 10993. M.P. José Roberto Herrera Vergara. En: www.notinet.com.co (consultada el 2-XII-2014).

Algunos autores, por otro lado, citan las decisiones de la Corte Suprema de modo muy diverso, que es también correcto, aunque algo impreciso para el lector no habituado. En el siguiente ejemplo se indica que se trata de una decisión de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia, que actúa como máximo tribunal en la justicia ordinaria, la fecha en que fue emitida la sentencia, y, en números romanos se indica el tomo de la *Gaceta Judicial*, indicándose finalmente la página:

Cas., de 20 de mayo de 1936, XLIII, 44.

Antes de pasar a los tribunales inferiores, merece la pena observar que en el sitio Rama Judicial de Colombia, la página oficial del Poder Judicial de ese país ¹⁹, pueden encontrarse las actividades y resoluciones de los cuatro órganos superiores de la administración de justicia del país: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado —el cual, como las Gacetas de los otros tribunales, cuenta con unos *Anales del Consejo de Estado*— y el Consejo Superior de la Judicatura.

7.4. La jurisprudencia local

En cuanto a los tribunales locales, existen Jueces Municipales que actúan en un Circuito Judicial, luego Tribunales Departamentales y, finalmente, los Tribunales Superiores de cada distrito. En Colombia no se suele citar las decisiones de estas instancias judiciales inferiores, salvo que sean realmente importantes. En dicho caso, el modo de

19 Cfr. www.ramajudicial.gov.co (acceso: 26-VII-2015).

referir las decisiones de dichos tribunales es el siguiente:

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 11 de enero de 1996. Ref. Ordinario Aseguradora Grancolombiana Contra María Elvira Olmos Valenzuela. M.P. Humberto A. Niño Ortega.

Para citar los tribunales inferiores, por tanto, se escribe primero el nombre del tribunal que profirió la decisión y el de la sala que intervino. A continuación de la palabra "Sentencia" se anota el día, mes y año en el que se emitió la sentencia. Luego se escribe el nombre del caso antecedido de la abreviatura Ref. y, por último, el nombre del magistrado ponente antecedido de la abreviatura M.P.

Muchos aluden al tribunal y sala con mayúsculas corridas, pero ya se ha expuesto la falta de necesidad y la inconveniencia de esto.

Antes de concluir, conviene señalar que al hacer referencia a la jurisprudencia se usan en Colombia diversas abreviaturas. Las más usadas son: Exp., para expediente, Rad., para indicar el número con que un expediente ha sido "radicado" en un tribunal, y Ref., en los tribunales inferiores, para indicar referencia, es decir, la identificación del fallo por su nombre.

8. La jurisprudencia en Chile

En Chile se citan las sentencias indicando el tribunal de manera abreviada, la abreviatura del tipo de decisión —apelación, protección, casación...— la fecha de la resolución y el repertorio o revista donde está publicada, consignando el tomo, en algunos casos la sección dentro del mismo y en otros el año y, finalmente, la página inicial.

Los tribunales se referencian con abreviaturas: Tribunal Constitucional, T. Const.; Corte Suprema, C. Sup.; Corte de Apelaciones de Santiago, C. Stgo., etc.

De esta manera, un ejemplo de cita sería el siguiente:

C. Sup. (cas.), 11 de mayo de 1934, *RDJ* t. 31, sec. 1^a, p. 394.

Las revistas con mayor difusión son la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, abreviada como *RDJ*, la *Gaceta de los Tribunales*, que se escribe *GT*, los *Fallos del Mes*, abreviados *FM*, y la *Gaceta Jurídica*, que se alude como *GJ*.

Las decisiones del Tribunal Constitucional no se publican en un repertorio específico, y se citan siempre por el número de rol de la causa —registro— y la fecha.

Si el fallo es inédito, en lugar de los datos de la revista debe ponerse, además del tribunal y la fecha, el número de rol. Así, por ejemplo:

C. Stgo., 30 de septiembre de 2003, Rol N° 4743-2003; confirmada por la C. Sup., 27 de octubre de 2003.

No es costumbre en Chile citar los nombres de las partes en juicios civiles o del procesado en juicios penales. Algunos autores, sin embargo, escriben los nombres de las partes, alentados por la ayuda que esto introduce para recordar los casos. Son ejemplos de esto los siguientes:

C. Stgo., “Luz María Virginia de Lourdes Donoso Arteaga con Revista Caras”, 10 de agosto de 1998, Rol. N° 2.524-1998; revocada por la C. Sup., 3 de noviembre de 1998.

C. Vald., “Natalio Vodanovic Schnake contra Windsor School”, 28 de julio de 1998, Rol. N° 8589-98; revocada por la C. Sup., 30 de septiembre de 1998.

9. Citas de decisiones judiciales en México

9.1. Ausencia de reglas definidas y superación del legalismo

En México, como en muchos otros países de América Latina, no hay criterios claros y extendidos para realizar las citas de las sentencias judiciales.

Más de un siglo de fuerte tendencia al legalismo llevaron a los juristas mexicanos a posponer la jurisprudencia. Por eso las decisiones de los tribunales, desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los juzgados locales, históricamente no han sido muy citados, y hasta fueron directamente ignorados, tanto en los escritos forenses de los abogados, y en las propias sentencias judiciales, como en los escritos académicos. En este contexto, no debe extrañar que no existan repertorios de jurisprudencia.

En los últimos años esta tendencia ha comenzado a revertirse, prestándose mayor interés e importancia a las decisiones, en particular de la Suprema Corte.

9.2. Las referencias a la Corte Suprema

A continuación se expone el modo en que, en ocasiones, la Corte Suprema u otros tribunales, o algunos juristas, han realizado referencias jurisprudenciales. Se comenzará por una cita del propio tribunal superior:

Amparo en revisión 235/2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Promovente: Hongos del Bosque, S. A. de C. V., en contra del Decreto que emite la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2002, 13 de mayo de 2003, Once votos, Ponente: Ministro Juan N. Silva, p. 23 a 26.

Por tanto, se hace referencia primero al tipo de asunto y su numeración de entrada —amparo en revisión, acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, contradicción de tesis, etc.—, y luego al órgano que dictó el fallo, a quienes intervinieron como partes en el asunto, sobre que trató el asunto, y a la fecha en que fue resuelto.

En ocasiones, tras lo anterior se consigna el número de votos y quién fue el “Ponente” del caso, esto es, quien hizo la resolución para someterla a votación en caso de órganos colegiados.

Luego, en su caso, se referencian la página o páginas de la decisión que se citan en concreto, donde está la cita que quiere hacerse. Algunos hasta aluden a quienes oficiaron como Secretarios del tribunal.

Las decisiones de la Corte Suprema suelen ser extensas o extensísimas, superando frecuentemente los varios centenares de páginas —en el caso de “Hongos del Bosque”, citado como ejemplo, más de doscientas setenta páginas—. Sin embargo, paradójicamente no suelen darse a imprenta en su integridad. Por eso, los hechos y los argumentos de los jueces no suelen interesar demasiado a la tarea de discusión y elaboración del Derecho.

Sólo se publican las denominadas “tesis de jurisprudencia”, clasificadas en “rubros”, esto es, de acuerdo a instituciones jurídicas, tales como causal de incumplimiento contractual, etc. Una tesis aislada es una doctrina jurídica abstracta, condensada en cinco a veinte renglones que surge de un sentencia, un criterio relevante de la Suprema Corte, de los Tribunales Colegiados o de los Tribunales Unitarios, que sólo puede convertirse en tesis de jurisprudencia cuando se dan cinco tesis aisladas en el mismo sentido, cuando la Corte resuelve una contradicción de tesis, o cuando se deriva —sólo en la Corte— de una acción de inconstitucionalidad o de una controversia constitucional. Dichas tesis suelen transcribirse completas al citarse una decisión, lo cual en ocasiones puede hacer algo engorrosa la lectura de una sentencia judicial o de un escrito forense.

En el fallo “Hongos del Bosque”, que se ha citado pocos párrafos atrás, se elaboraron dos tesis jurisprudenciales, que se citan como P./J. 11/2003 y P./J.10/2003, y están publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVII, Mayo de 2003, pp. 5 y 144, respectivamente. Dicho *Semanario*, también de modo paradójico, es de aparición mensual. Su nombre no se abrevia. Incluye, además de las “tesis” extractadas de la Suprema Corte, las tesis de los tribunales federales de alzada.

Las tesis jurisprudenciales llevan un número de registro, que anteriormente pertenecía a sistema IUS, una base de datos electrónica de la Suprema Corte que contenía todas las tesis y jurisprudencias aún vigentes —es decir, no “jurisprudencia histórica”, anterior a la Constitución de 1917—. Actualmente superan los 250.000 criterios jurisprudenciales.

A fines de 2013 la Suprema Corte dictó el acuerdo 19/2013, en el que dispuso la sustitución del *Sistema de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS* por el *Semanario Judicial de la Federación*, que ha pasado a ser un sistema electrónico en Internet, con edición impresa mensual en su *Gaceta*²⁰. Contiene las tesis jurisprudenciales y aisladas del Pleno y de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los Plenos de Circuito y de los Tribunales Colegiados de Circuito, el texto de algunas ejecutorias, incluyendo aquellas dictadas en controversias constitucionales y en acciones de inconstitucionalidad, las que hayan producido jurisprudencia por reiteración, o por contradicción, más los acuerdos y otros documentos de la Suprema Corte y del consejo de la Judicatura y acuerdos conjuntos con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

²⁰ El *Semanario* puede consultarse en la página de la Suprema Corte en www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx, con un buen sistema de índices en sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx (ambas consultas el 25-VIII-2015).

Merece la pena mencionar que, aunque no suelen publicarse las decisiones de manera íntegra, en México la Suprema Corte tiene un canal de televisión, el Canal Judicial, que, entre otras cosas, transmite en vivo las tres reuniones semanales que tienen los Ministros de la Corte, en las que estos Jueces hablan y fundamentan, en presencia de las cámaras, su posición en los casos bajo decisión.

A la luz de lo dicho, las referencias jurisprudenciales se citan del siguiente modo, tomando primero un ejemplo de las citas que realiza la propia Suprema Corte de su jurisprudencia, y luego el modo que suelen ser habituales en escritos forenses presentados por abogados. Traen al principio en mayúsculas la idea central de la tesis, luego una explicación algo más amplia, y al final, en este orden, la época a la que corresponden, su número de registro, la instancia a la que corresponde, la fuente, que es el Semanario o su gaceta, el número de tomo, la fecha de la sentencia, su materia, el número de clasificación de la tesis, y la página de la publicación. Las tesis de jurisprudencia incluyen las distintas decisiones que le dieron lugar. Así, son ejemplo de lo expuesto las siguientes referencias:

“IMPROCEDENCIA. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO. Esta fracción debe interpretarse en el sentido de que las causas de improcedencia del juicio de garantías que en forma enunciativa prevé, deben derivar necesariamente de cualquier mandamiento de la propia Ley de Amparo o de la Carta Magna, lo que de suyo implica que las diecisiete primeras fracciones del artículo 73 de la Ley de Amparo sólo establecen algunos de los supuestos de improcedencia del juicio de amparo, pero esos supuestos no son los únicos en que dicho juicio puede estimarse improcedente, pues existen otras causas claramente previstas en algunos de los preceptos de la Constitución Federal y de la propia Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales. Por tanto, no es exacto que exista imprecisión en torno de las causas de improcedencia que se prevén en esa fracción.” (Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX. Junio de 1999, Tesis: 2a. LXXXVI/99, página: 373).

“Época: Novena Época

Registro: 196732

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, Marzo de 1998

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 18/98

Página: 7

LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES.

Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.

Amparo en revisión 8981/84. Fábrica de Jabón La Corona, S.A. 4 de junio de 1985. Mayoría de dieciocho votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María del Carmen Sánchez Hidalgo.

Amparo en revisión 359/97. Felipe Tuz Cohuo. 25 de septiembre de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Fortunata Florentina Silva Vásquez.

Amparo en revisión 262/97. Gabriel Neira Rodríguez y coag. 29 de septiembre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

Amparo en revisión 568/97. Jaime Salvador Jury Estefan y coags. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Fortunata Florentina Silva Vásquez.

Amparo en revisión 1819/96. Manuel Rodolfo Morales Martínez. 9 de octubre de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número 18/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho”.

9.3. Tribunales de apelación

En el caso de los tribunales de apelación, o Tribunales Colegiados de Circuito, el criterio es prácticamente el mismo.

En la siguiente referencia se dictó una tesis aislada, la I.1o.(I Región) 7 A, registrada con el N° 161926, y está publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, Junio de 2011, p. 1081:

“Época: Novena Época
Registro: 161926
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXXIII, Junio de 2011
Materia(s): Constitucional
Tesis: I.1o.(I Región) 7 A

Página: 1081

ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES. DEBEN SUJETARSE A LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y DE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA.

Los actos administrativos generales, aun cuando no son reglamentos desde una óptica formal, reflejan la voluntad de la administración pública en ejercicio de sus potestades, con efectos generales, por lo que deben sujetarse a los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica, ya que la voluntad plasmada por la autoridad administrativa no puede exceder lo dispuesto en la ley ni invadir la facultad del legislador. Lo anterior es así, porque el acto administrativo general se dicta en observancia de la ley, de lo que resulta que es competencia exclusiva de ésta determinar el qué, quién, dónde y cuándo de una situación jurídica general, hipotética y abstracta, a diferencia del decreto o acuerdo, que sólo operará dentro del límite del cómo, es decir, únicamente podrá establecer los lineamientos para la ejecución del mandato legal.

Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región.

Amparo en revisión 1071/2010. 25 de enero de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Andrea Zambrana Castañeda. Secretarios: José Fabián Romero Gómez y Andrés Miranda Aguilar”.

Las siglas y números relativas a las tesis se utilizan como control de las tesis aisladas y de las tesis jurisprudenciales. Su explicación detallada se encuentra en el Acuerdo 5/2003, dictado por el Pleno de la Suprema Corte ²¹. Las que se refieren a decisiones de la Suprema Corte aluden al Pleno o la Sala que la dictó, el número de tesis y su año. En los tribunales inferiores, como en el ejemplo de la referencia anterior, esa clave indica lo siguiente: I corresponde al Circuito; 1o., al tribunal; 7 refiere al número de tesis; y A designa la materia de la tesis. Existen muy diversas materias, que se van aludiendo con distintas letras, en orden ascendente. El sistema de tesis es, así, de cierta complejidad.

Los mismos criterios se aplican para el caso de los tribunales de los distintos Estados y de los municipios. Nótese, sin embargo, que en México son más infrecuentes las referencias a decisiones de tribunales estatales. A título de joya histórica se consigna aquí la referencia del primer juicio de amparo de México, que se generó en el máximo tribunal de Yucatán, el “amparo Valay”, donde la referencia se podría citar como sigue:

Suprema Corte de Justicia, Sala Tercera, Promovente: Esteban Valay y otros, Mérida, 4 de agosto de 1842.

10. Citación de fallos en Paraguay

Debe tenerse en cuenta que en el Paraguay el art. 9 del Código de Organización Judicial establece expresamente que los jueces aplicarán la Constitución, las leyes, los decretos y otras normas y “en caso de insuficiencia, obscuridad o silencio de la Ley (...)

²¹ El Acuerdo se denomina “Relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia y aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte”. Tiene más de cuarenta páginas.

tendrán en consideración los precedentes judiciales”. Sin embargo, aunque dicha norma sitúa a la jurisprudencia como una fuente de alguna manera “formal” del Derecho, en la práctica la mayoría de los abogados y juristas del país pasa por alto este punto, e incluso la propia Corte Suprema se aparta de sus precedentes sin especial dificultad.

De esta manera, aun cuando en las resoluciones de los tribunales sea usual la cita de precedentes judiciales, los mismos no llevan el peso de la argumentación y de las razones para decidir, que son dejadas en manos de las alusiones a la legislación, y hasta pareciera que la doctrina es considerada más autoritativa que la jurisprudencia.

No existe en el país un sistema oficial u oficioso para citar la jurisprudencia nacional. Por el contrario, el sistema de referencias es desordenado, al punto que, dependiendo del juez que redactó un voto, un mismo tribunal cita jurisprudencia de modo diverso en sus distintas decisiones.

En caso de que una decisión esté publicada en un repertorio, se cita tal publicación; de lo contrario, se cita el fallo inédito. El repertorio por excelencia en el país es la *Revista La Ley Paraguaya*, con más de treinta años de vigencia, y el modo de citar en dicha colección es seguido por muchos juristas.

La metodología de cita más usual sigue este orden: nombre del tribunal, sede del mismo, sala y fecha —con año, mes y día, en ese orden—. Luego de un punto vienen la carátula del expediente —sin omitir nombres de pila ni naturaleza de la acción— y, entre paréntesis, tipo de decisión y número correlativo de la sentencia o interlocutorio. Si la sentencia está publicada en *La Ley*, se cita este repertorio al final de todos los datos de la sentencia, abreviándolo y poniendo enseguida el año del tomo y la página donde comienza la sentencia, del siguiente modo: LLP 2000, 1104.

La Corte Suprema de Justicia tiene tres salas, con tres miembros cada una: la Sala Constitucional, dedicada a las acciones de inconstitucionalidad; la Sala Civil y Comercial, que es la tercera instancia de los procesos de Derecho privado; y la Sala Penal, que esalzada del Tribunal de Cuentas —el tribunal colegiado de primera instancia en lo contencioso-administrativo, con sede en Asunción— y tiene competencia de casación en materia penal. Sus decisiones se citan de esta manera:

CS, Paraguay, Sala Constitucional, 2003/12/11. Debernardi Cano, Antonio s/ acción de inconstitucionalidad (Ac. y Sent. No. 2799).

CS, Paraguay, Sala Civil y Comercial, 2006/12/22. Zárate de Molinas, Ignacia c. Ramos González, Andrés s/ Usucapión (Ac. y Sent. No. 1586).

CS, Paraguay, Sala Penal, 2007/02/13. Recurso extraordinario de casación en la causa: “Reyes, Cristhian Ever s/ Robo agravado” (Ac. y Sent. No. 16).

Los fallos de la Corte Suprema son publicados en Internet en su portal²². Dicho tribunal realiza también una publicación esporádica con decisiones trascendentes, denominada *Fallos Institucionales*.

22 Cfr. www.csj.gov.py (consulta: 20-XII-2014). Más información judicial puede encontrarse en el sitio www.pj.gov.py/ (fecha de consulta: 20-XII-2015).

Existen Tribunales de Apelación en los fueros Civil y Comercial, Criminal, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia. Cuando se trata de una circunscripción del interior del país, generalmente se concentran todos los fueros en un mismo Tribunal de Apelación.

Si se trata de hacer una referencia a decisiones de Tribunales de Apelación, se procede de este modo:

TApel. Civ. y Com., Asunción, Sala 2, 2006/12/26. Romaguera de Levi, Carmen Carolina c. Comisión Directiva del Club Centenario s/ Demanda ordinaria de nulidad. (Ac. y Sent. No. 164).

TApel. de la Niñez y la Adolesc., Asunción, 2006/12/27. Compulsas del expte. P.M., S.M. s/ Restitución. (Ac. y Sent. No. 207).

TApel. Civ., Com., Lab. y Penal, Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú, Sala 2, 2006/12/29. Antonio Bobadilla c/ Marciano Osmar Arce Quintana s/ Indemnización de daños y perjuicios (A.I. No. 512).

Por último, si se desea recurrir a la cita de decisiones de primera instancia, la manera de realizarlo es la siguiente:

Juzgado Civ. y Com., Asunción, 2006/12/27. Compulsas del expte. P.M., S.M. s/ Restitución. (Sent. No. 207).

Juzgado Civ., Com., Lab., Tut. y Correc. del Menor, Ciudad del Este, 2003/08/08. Herma Flora Ramos vda. De Iriarte c. Municipalidad de Ciudad del Este (Sent. No. 276).

11. Referencias de sentencias en Perú

En el caso del Perú el recurso a la cita jurisprudencial es reciente, y en ocasiones escaso. El Código Procesal Constitucional, de diciembre de 2005, ha coadyuvado en los últimos tiempos a que comience a considerarse a la jurisprudencia, en particular la del Tribunal Constitucional, como fuente del Derecho.

El formato que usa el Tribunal Constitucional para citar su propia jurisprudencia es el siguiente:

STC N° 9359-2006-PA/TC, de 9 de enero de 2007.

Por tanto, se abrevia que se trata de una sentencia y el tribunal interviniente, se denomina al caso mediante el número correlativo y año del expediente presentado en el Tribunal, indicando su naturaleza, y finalmente la fecha exacta y año en que se dictó la sentencia.

La sigla PA significa Proceso de Amparo, y TC alude, nuevamente, al Tribunal Constitucional. Otras opciones de siglas son: PHC, como Proceso de Hábeas Corpus; PHD, en el sentido de Proceso de Hábeas Data; PI, Proceso de Inconstitucionalidad; PC, Proceso Competencial o Proceso de Cumplimiento, según los casos.

Para mencionar una parte específica de la sentencia se alude al fundamento jurídico, abreviado F.J., con el número del mismo, o, directamente se pone la palabra Fundamento, seguida de dicho número.

No se suele citar si se trató de una sentencia del Pleno o de una Sala, o cual fue la Sala que intervino.

En cuanto al sistema de cita de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en resoluciones de Casación, es el siguiente:

CAS. N° 13-2007/Lima.

Se alude allí al carácter de Casación de la decisión, lo cual ya revela que se trata de la Corte Suprema, el número correlativo de la decisión y su año, y el nombre de la ciudad de la que procede el recurso.

Cuando la Corte Suprema decide un Recurso de Nulidad se cita del siguiente modo:

R.N. N° 3611-2002/Lima.

Algunos agregan, tras la ciudad, la fecha exacta de la resolución, lo que no parece necesario en virtud del sistema de numeración correlativa de las decisiones.

12. Las citas jurisprudenciales en Uruguay

Arribamos, finalmente, al caso de la República Oriental del Uruguay, país en el cual se recurre con asiduidad a la cita de jurisprudencia.

a) Repositorios electrónicos y repertorios

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay elabora y administra una base *on line* que contiene todos los fallos del tribunal y de algunos tribunales inferiores, a la cual se accede por suscripción.

Existen a su vez sitios *web* que suelen publicar fallos uruguayos de diferentes instancias²³.

La revista *La Justicia Uruguaya*, que se abrevia LJU, es una de las publicaciones más antiguas; incluye también comentarios a las sentencias y artículos de doctrina.

Otros repertorios conocidos son el *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, que contiene extractos de sentencias ordenados por temas y artículos de doctrina y se cita ADCU 1997, tomo XXXV, c. n°, haciendo relación al año, el tomo y el número del caso; el *Anuario de Derecho Comercial*, abreviado ADC; el *Anuario de Derecho Administrativo*, conocido por ADA; y el *Anuario de Derecho Laboral*, que se abrevia ADL.

Dentro de las revistas jurídicas más importantes se encuentran la *Revista Uruguaya*

23 Un ejemplo de estos portales es www.elderechodigital.com.uy/ (fecha de consulta: 8-IX-2015).

de *Derecho Procesal*, RUDP; la *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, RUDF; la *Revista de Derecho Tributario*, RDT; y la *Revista de Derecho Penal*, RDP. Para citar jurisprudencia publicada en ellas, luego de la abreviatura de la misma se inscribe el tomo y el número del caso.

En la referencia de cualquiera de estos repertorios, aunque no sea lo corriente, conviene añadir en la cita el año del tomo (en caso de que el año y el número de tomo difieran) y la página donde se inicia la publicación de la sentencia.

b) Referencias a sentencias de la Suprema Corte

El método de citación de los fallos de la Suprema Corte de Justicia es el siguiente:

“Banco de Crédito c/Cotton Hnos, S.A., s/ejecución hipotecaria”, 04.08.1961 (LJU caso 5.464, tomo XLIII, 1961, pág. 223).

Se cita, por tanto, el nombre del caso, completo y entre comillas, incluyéndose el tipo de asunto, la fecha de la decisión y, entre paréntesis, los datos de la publicación en un repertorio, refiriendo el número de caso, tomo, año y página.

En aras de simplificar, sería de desear que, siguiendo otros modelos del Derecho comparado, los datos de publicación se acortaran, por ejemplo del siguiente modo:

SCJ, “Banco de Crédito c/Cotton Hnos, S.A.”, LJU c. 5.464, XLIII-223 (1961).

En fechas más recientes, la Suprema Corte de Justicia ha optado por citarse en sus fallos haciendo sólo referencia numérica de la sentencia. Así, por ejemplo:

SCJ, sentencia N° 154/99.

Los datos del fallo citado pertenecen al caso “Villagrán Garay, Ricardo – Extradición – Casación Penal”, del 9 de junio de 1999.

Asimismo, tanto la Suprema Corte de Justicia como los tribunales inferiores en ocasiones incluyen en la identificación del caso el número de “ficha”, el cual hace relación a una identificación interna de cada tribunal, según el año de ingreso de la causa. En el caso “Villagrán Garay”, la ficha es 91/98.

Por tanto, una “cita neutral” del caso, sin referencia a repertorios, pero más completa e integral, podría ser:

SCJ 154/99, “Villagrán Garay”, f. 91/98.

c) Tribunales de Apelación y Juzgados de Primera Instancia

Si se trata de citar decisiones de los Tribunales de Apelación de áreas específicas, hay que obrar del siguiente modo:

Sent. N° 1.016/98, 9/2/1998, TACA 1° (RDM 1999-3, 304).

Para referir estas decisiones se anota el número de la sentencia, la fecha de la misma, los datos del tribunal —en este caso, el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno— y, en su caso, los datos de la publicación en una revista o repertorio. En este ejemplo, la sentencia está publicada en la *Revista de Derecho del Mercosur*.

Algunos autores, además del número de la sentencia, la fecha y la abreviatura del Tribunal, ponen los apellidos de los jueces del mismo, agregando «(r)» luego del apellido del juez que ofició de Redactor y «(d)» tras el apellido de quienes votaron en disidencia o, como se dice en Uruguay, en discordia.

Otras abreviaturas referidas a los Tribunales de Apelación son: TAC, para el Tribunal de Apelaciones en lo Civil; TAT, para el Tribunal del Trabajo; y TAP, para el Penal.

Como ya se apuntó con relación a la praxis actual de la Suprema Corte, en Uruguay no suele escribirse el nombre del fallo, cosa que sería interesante a efectos de facilitar su denominación y recuerdo, que en el caso de la sentencia 1.016/98 podría lugar a la siguiente citación:

“Aliança da Bahia Compañía de Seguros c/ Estado. Poder Ejecutivo”, Sent. N° 1.016/98, TACA 1° (RDM 1999-3, 304).

En Uruguay es frecuente citar las decisiones de los Juzgados Letrados de Primera Instancia, que son referidas siguiendo estas reglas:

Sent. N° 114/002, del 5/6/2002, JLC 4° (LJU Nro. 14.483, tomo CXXVI, 2002, pág. 171).

En este caso lo que se señala es el número de la sentencia, su fecha y el Juzgado que la dictó. Aquí se trató del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4°. Turno. Quizás en el futuro la referencia se acote y simplifique, sin perder claridad:

Sent. N° 114/002, JLC 4° (LJU N° 14.483, CXXVI, 2002, 171).

Si es un Juzgado Laboral, en la referencia se abrevia JLT; si es Penal, LJP; si es Contencioso Administrativo, JLCA; si tiene competencia en Concursos, JLC; si es un tribunal de Familia, se alude a JLF.

En ocasiones se pone también, tras una coma luego del Juzgado, el nombre y apellido del juez interviniente.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ASIAÍN PEREIRA, Carmen

La familia como titular de derechos y libertades

LA FAMILIA COMO TITULAR DE DERECHOS Y LIBERTADES

CARMEN ASIAÍN PEREIRA¹

Síntesis

La familia como institución titular de derechos humanos y libertades fundamentales, ejercidos colectivamente. La familia en sentido amplio, extendido, más allá de la nuclear. La familia como titular de la libertad ideológica, de creencias y religiosa. El derecho de la familia como institución a mantener y transmitir sus valores, incluyendo el modelo de familia a que haya adherido y el ejercicio del derecho de los padres y tutores de transmitir a sus hijos la formación y educación conforme a sus creencias e ideología. La familia como titular de la libertad de expresión de su pensamiento y cosmovisión, y del derecho a conducirse de conformidad con la opción e identidad escogida. El anclaje constitucional y en el Derecho Internacional de los DDHH del derecho de los padres a elegir la educación ideológica, religiosa y moral para sus hijos. Conciliación de los derechos de que la familia es titular con los derechos de otros colectivos en ejercicio de su libertad ideológica. Rol del Estado. Desafíos para el ejercicio por la familia de estos derechos y libertades en contextos vulnerables. Desafíos para el Estado en su rol de gestor del bien común.

La familia como titular de derechos y libertades

“La familia es un obstáculo para el desarrollo libre e independiente de los niños para la construcción de la sociedad ideal, por lo que debe ser sustituida por formas colectivas de crianza que mitiguen la virulencia de los ligámenes de sangre y prioricen como valores primordiales las metas de esta sociedad en construcción”.

De forma explícita o implícita, éste ha sido el enunciado fundante de varios ensayos –reales, ficticios o programáticos– de algunas ideologías que han querido deconstruir la institución familiar por escapar a su control, suplantando los vínculos de parentesco por la lealtad al dogma político o ideológico reinante.

Ensayos reales, ficticios o programáticos, decíamos. Real fue el ensayo de los kibutz de las colonias en Palestina y luego en el Estado de Israel, que en su etapa inicial, luego superada, experimentaron una forma de educación enteramente comu-

¹ Dra. Carmen Asiaín Pereira, Presidente del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, www.libertadreligiosa.org. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República. Profesora de Derecho y Religión – Universidad de Montevideo y Facultad de Teología del Uruguay Mons. Mariano Soler y Profesor visitante en la Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga. Doctorando en la Universidad Complutense de Madrid. Miembro de: ICLARS (International Center for Law and Religion Studies); Consejo Asesor Internacional, Revista de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, IUSTEL; Consejo Editorial de la “Routledge Series on Law and Religion”, Consejo Asesor Internacional de la Revista Latinoamericana de Derecho y Religión; Instituto de Derecho Religioso del Estado, Uruguay; Confraternidad Judeocristiana del Uruguay. Abogada. Socia del Estudio Brum – Asiaín. casaiinm@gmail.com

nitaria y socializada².

Más allá de los cuestionamientos éticos que podamos hacer a este tipo de experimentación con la crianza de seres humanos, cuyos resultados son irreversibles, lo cierto es que estos ensayos resultaron en un fracaso empírico, prueba de lo cual es su abandono por sus propios propulsores.

Así, *“Los cientos de kibutz que encandilaron a la progresía de medio mundo durante los primeros años de existencia de Israel” ... Lo cierto es que han cambiado y que ese cambio ha seducido a miles de israelíes, a los que la colectivización total asfixiaba. Tras décadas de declive, aquellos experimentos sociales que sorprendieron al mundo florecen de nuevo pero reformulados, de forma que hoy el individuo ha ganado terreno al grupo.*³

En aquella etapa experimental de los kibutz, los niños eran criados en casas especiales, *la casa de los niños, donde las madres dejaban a sus bebés a los tres días de parir y donde los cuidadores criaban a todos los niños del kibutz por turnos durante las noches.*

La justificación filosófica de la práctica era el fortalecimiento del carácter de los niños, para que desapegados de lazos sanguíneos, fueran forjadores independientes de la sociedad en construcción.

La primera reforma la lideraron madres que se negaban a abandonar a sus hijos por la noche⁴. Ello, y la constatación de la multitud de traumas infantiles que afloraron con los años, de parte de los niños diferentes —el gordo, el feo, el lento, el sensible— [que] cuentan, ya de mayores, que sufrían más de la cuenta sin tener al lado a unos padres que les ayudaran a amortiguar los golpes propios de la crueldad infantil.

Tan es así, que a quienes fueron protagonistas de dicha experiencia, incluso aspirantes a ingresar a los actuales kibutz donde esa práctica ya se ha desterrado, *como a muchos otros israelíes, la idea de colectivizar hasta los hijos le espanta. Las casas de niños ya no funcionan en ningún kibutz de Israel. Cada chaval duerme en casa con sus padres.*⁵

El experimento fracasó.

Ensayos ficticios, decíamos, y nos referimos como ejemplo a la sociedad opresora bajo el régimen totalitario imaginada por George Orwell en su profética obra 1984, escrita en 1948.

El Partido único dominante temía a todo lo que no podía controlar, por lo que es natural que intentara socavar instituciones como el matrimonio y la familia. Pero como

2 BUTTIGLIONE, R., *La persona y la familia*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, pp. 270 – 275, con cita de B. BETTELHEIM, *I figli del sogno*, Milán, 1999

3 CARBAJOSA, A., *Regreso a los kibutz*, El País de Madrid, 20 ENE 2013, disponible en http://elpais.com/elpais/2013/01/16/eps/1358358236_516486.html (visitado 14/8/15), publicado también por el Comité Central Israelita del Uruguay, Noticias 21/1/13, http://www.cciu.org.uy/news_detail.php?title=regreso-a-los-kibutz&id=8563 (visitado 14/8/15).

4 CARBAJOSA, A. op. Cit.

5 CARBAJOSA, A., op. Cit.

la familia en sí misma no podía ser abolida, el Partido alentaba a los niños a espiar y denunciar a sus propios padres si éstos exhibían deslealtad, desviaciones o ideas contrarias al régimen. La familia invadida en su mismo seno por el Partido se había convertido en un brazo de la Policía del Pensamiento. El pensamiento mismo estaba siendo controlado.

Ensayo programático, pero con efectos que sólo podrán ser evaluados luego de un análisis crítico de la historia, son las provisiones de la Constitución de Cuba de 2003 sobre la relación entre padres e hijos. Como el objetivo fundamental del régimen, explicitado en su Preámbulo es la edificación de la sociedad comunista, en sede de Educación, la Constitución establece el deber de los padres de formar a sus hijos en el *ideario marxista, para la vida en la sociedad socialista*.

Como expresa Rocco BUTTIGLIONE⁶, la ilusión de que fuese posible construir formas de educación y de socialización que pudiesen sustituir a la familia en una sociedad masificada ha caído, habiendo la experiencia histórica demostrado, tanto en Oriente como en Occidente, que la hipótesis que postula su sustitución, carece de todo fundamento empírico. Lo mismo han demostrado los estudios de los antropólogos culturales como Margaret Mead⁷ y B. Malinowski⁸ –paradójicamente buscando otro resultado, como la ausencia del complejo de Edipo o de normas morales en materia sexual-, de los que surge que la estructura fundamental del complejo familiar y su función en la formación del niño permanecen invariables en las diversas culturas. No existen hombres generados en un lugar diferente de la familia y no existen sociedades sin moral sexual, prueba de lo cual es la condena universal del incesto, por ejemplo.

La familia es –se autodetermina, se comporta de acuerdo a dicha autodeterminación y trasmite esta cosmovisión a las generaciones que forma-, de la misma forma como **la persona humana** es y tiene el derecho inherente a su dignidad de autodeterminarse y regirse según su propio designio, sin interferencia de la autoridad más que en la mínima medida necesaria para hacer posible la convivencia.

Así lo ha reconocido muy recientemente el **Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas** en la 29ª sesión en Ginebra, 3 de julio de 2015⁹, pidiendo la **protección de la familia** como unidad fundamental de la sociedad, reconociendo el **derecho prioritario de los padres de educar a los propios hijos**, invitando a todas las naciones a crear **políticas sensibles para la familia** y a reconocer sus obligaciones vinculantes para protegerla.

Es que el hombre es *“homo familiaris”*, por lo que la familia como institución natural *no necesita defensas. Por lo menos no necesita defensas intrínsecas porque sería como defender al hombre*¹⁰.

6 BUTTIGLIONE, R., *La persona y la familia*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, pp. 270 – 275

7 MEAD, M., *Adolescencia, sexo y cultura en Samoa*, Planeta-De Agostini, 1985, reconociendo esto en *Sexo y temperamento en las sociedades primitivas*, Laia, 1981, citados por Rocco BUTTIGLIONE, op. Cit.

8 MALINOWSKI, B., *Vida sexual de los salvajes del noreste de la Melanesia*, Morata, 1975, citado por Rocco BUTTIGLIONE, op. Cit.

9 29ª sesión en Ginebra del Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 3 de julio de 2015, aprobada con 29 votos a favor, 15 en contra y 6 abstenciones.

10 OTADUY, J., recensión de *La familia transversal* de Francesco D’Agostino, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado

Y no es una creación del hombre, fruto de una cultura y una época determinadas. Es connatural al hombre. En ese sentido, es parte de su carga genética, parte de su ser ontológico.

*No está destinada a cumplir una función social determinada, sino que puede cumplirlas todas, desde las biológicas hasta las religiosas*¹¹, pasando –agregamos– por las **educativas** en diversos ámbitos, incluyendo la enseñanza, la contención emocional, las destrezas sociales y técnicas, la socialización y la trasmisión de valores.

“La familia es universal no sólo porque no hay sociedad humana en la que deje de registrarse su existencia” dice D’Agostino¹² apoyándose en las investigaciones de Claude Levi-Strauss, **“sino más aún porque responde y corresponde al dato estructural fundamental de identificación del ser del hombre”**.

Se es yo porque se reconoce ser hijo de, hermano de, padre, abuelo, suegro, cuñado. Hasta el nombre propio -Fernández, hijo de Fernán, Williamson, hijo de William-, repetido en su formulación lingüística en todas las culturas, relevante para la sociedad y el Derecho, tiene su origen en esta identificación del hombre en una dimensión familiar.

Por otra parte, ¿cómo llamamos a quienes consideramos muy cercanos? Los llamamos “hermanos”, incluso en metáforas aplicadas a la relación entre los Estados. Y a quienes admiramos o de quienes hemos procedido geográfica, política e históricamente, como padres “de la patria, de la escuela, el Padre Nuestro Artigas, la madre patria a España”. Y acudimos a terminología propia de la familia para representar lazos de cercanía, de protección, de solidaridad y hablamos de hermandad, paternalismo, maternal, hasta para referir a términos decimos “me resulta familiar”. Ejemplificamos lo que queremos destacar y ensalzar como sublime con términos pertenecientes a las relaciones familiares.

La fundamentación de aquellas políticas totalitarias que justificaban el desarme de la familia citadas y que han demostrado su fracaso, desconocían que la familia es la **institución democrática por excelencia**, propia de una sociedad auténticamente plural, respetuosa de la persona humana en su dignidad, que el Derecho recoge de la realidad para protegerla, sin pretender cambiarla ni imponerle determinada ideología en boga en ese tiempo y espacio determinados.

Pero, ¿qué establece nuestro Derecho respecto a la familia? ¿A qué postura filosófica, a qué axiología adhiere? ¿Cómo la concibe? ¿Acaso la protege?

Nos referiremos a las previsiones de las normas de mayor jerarquía, no sólo porque son las que pautan como señero los principios fundamentales, pilares de nuestro sistema, sino también porque estando plasmadas en instrumentos de primer orden, son las más estables. Así lo ha querido el soberano. Referimos, entonces, al Bloque de constitu-

(ADEE), Vol. XXI, Madrid, 2005, pp. 158 – 185.

11 OTADUY, J., op. Cit.

12 D’AGOSTINO, F., *Una filosofía della familia*, Giuffrè editore, Milán, 2003, obra recensionada por Javier OTADUY, ADEE VOL XXI, op. Cit.

cionalidad o Bloque de los Derechos Humanos, incluyendo las disposiciones de la Constitución y el Derecho Internacional y Regional de los Derechos Humanos sobre el punto.

El Bloque de Constitucionalidad protege a la institución familia

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Partamos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concretamente de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y sus protocolos adicionales.

Este derecho internacional de los derechos humanos integra el Bloque de Constitucionalidad o Bloque de los Derechos Humanos de forma indiscutible, cualquiera sea la postura que se adopte respecto a su jerarquía en el orden interno. La más conservadora sostiene su jerarquía constitucional¹³, por proclamar y desarrollar derechos inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno (art. 72 de la Constitución), por lo cual los derechos humanos proclamados y desarrollados por las declaraciones, tratados y convenciones se consideran parte de nuestra Constitución y valen como ella. Según otras posturas más ambiciosas –incluyendo la de quien suscribe–, el valor de estas proclamaciones de derechos y libertades fundamentales sería supra-constitucional, es decir, valdrían hasta por encima de la Constitución si ella se opusiera a aquellos¹⁴, por recoger el núcleo duro de derechos inalienables, imprescriptibles, inderogables de que el ser humano es titular por su sola condición de ser humano –conocido como *ius cogens* internacional o *derecho imperativo*– en aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹⁵.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁶ parte CONSIDERANDO *Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan **progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad**. Las instituciones jurídicas y políticas están al servicio del hombre, del hombre tal y cual es y no a la inversa.*

En su Preámbulo proclama que *Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Exhibiendo la adhesión a una axiología humanista, proclama: Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y re-*

13 Postura de la Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 365/09

14 CASSINELLI MUÑOZ, H., entre otros en lo nacional.

15 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre los Estados, 1969, Art. 26 “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”; Art. 27 “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, Art 53 “*(...) una norma imperativa de Derecho Internacional es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como una norma que ni admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho Internacional general que tenga el mismo carácter*”..

16 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948

cursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

En esta clave, tras asegurar el *derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio*, derecho que será ejercido también por las familias como entes colectivos, declara en su art. V que *Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*, así como el derecho de toda persona *a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella* (art. VI).

Porque el ser humano tiene el deber de *servir al espíritu con todas sus potencias y recursos, porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría* en términos del Preámbulo, y porque el Estado y el Derecho existen para asegurar al hombre las condiciones para el progreso espiritual y material —en términos de su CONSIDERANDO—, es que dentro del haz de derechos y libertades que la Declaración desarrolla como vía de realización de aquellos axiomas, reconoce el derecho a la *vida privada y familiar*, y el derecho de toda persona *a constituir familia*. Esta familia es catalogada como *“elemento fundamental de la sociedad”*, tan fundamental que la Declaración instituye en los Estados el deber de protegerla, cuando proclama el derecho que ésta tiene *“a recibir protección para ella”*.

La familia, jerarquizada como elemento fundamental de la sociedad, tiene derecho a su protección y como contrapartida, los Estados tienen el deber de brindar esta protección a la institución familiar. La Declaración no es indiferente respecto a las formas asociativas que puede asumir la conformación social; privilegia a esta institución natural.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en el mismo marco geográfico, vincula jurídicamente a los Estados parte mediante obligaciones recíprocas asumidas por éstos. El art. 17¹⁷ se titula específicamente **“Protección a la Familia”**, reconociéndola como *“el elemento natural y fundamental de la sociedad”* que *“debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*, seguido del reconocimiento del *ius conubi*, la equiparación de responsabilidades de los cónyuges, la protección de los hijos y la igualdad de derechos de los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio, priorizando al ser humano.

Al plasmar el *Derecho al Nombre* (Art. 18¹⁸) incluye el derecho a llevar los *apellidos de sus padres o al de uno de ellos*, ofreciendo alternativas sustitutivas cuando esto no es posible. La identificación de la persona, que hace a su dignidad, se procesa dentro de la

17 **Artículo 17. Protección a la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

18 **Artículo 18. Derecho al Nombre.** Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

familia.

Lo mismo hace el **Protocolo Adicional de San Salvador**¹⁹ en sus artículos 15 (**Derecho a la Constitución y Protección de la Familia**²⁰) y 16 sobre **Derecho de la Niñez**²¹ sea cual fuere su filiación. En éste se establece el **derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres**. Descartando modelos de crianza comunitaria establece que **el niño de corta edad no debe ser separado de su madre**.

Concibiendo un concepto de **familia extendida** y preocupándose de ésta en **condiciones de especial vulnerabilidad**, se dedica especialmente a los **ancianos** (art. 17²²) y de los **minusválidos** (art. 18²³) procurando que sus familiares puedan ser formados para la óptima convivencia y para su desarrollo físico, mental y emocional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se alinea con estos mismos presupuestos axiológicos, desarrollando en su enunciado formas similares para concretar los derechos y libertades de un lado, y los deberes positivos de los Estados, de otro, para proteger a la familia. Más aún, escoge en su PREÁMBULO el uso del término “**familia humana**”, para subrayar la igual dignidad de todos los miembros de la humanidad, apelando al parentesco como forma de resaltar la igual dignidad entre los hombres y la solidaridad que debe primar para la consecución de los ideales de libertad, justicia y paz

19 Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos En Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador", 11/17/88

20 **Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

21 **Artículo 16. Derecho de la Niñez.** Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

22 **Artículo 17. Protección de los Ancianos.** Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

23 **Artículo 18. Protección de los Minusválidos.** Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a: a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

que persigue la Declaración.

En su art. 12²⁴ consagra la **inmunidad de la vida privada y familiar** que deberá estar libre de injerencias arbitrarias, ni de terceros ni de la autoridad. La Declaración **veda de forma explícita la intromisión del Estado y de terceros en la determinación de la ideología, cosmovisión, opción axiológica, moral, política y religiosa de la familia. La opción por determinado ideario –preexistente o diseñado por la propia familia– es un asunto de absoluta, exclusiva y excluyente competencia de la familia, que el Estado está llamado sólo a proteger y nunca a sustituir en dicha libre elección.** Y los Estados tienen la obligación, compromiso asumido en forma soberana frente al resto de los sujetos de Derechos Internacional Público, de dictarse leyes para asegurar tal protección a la familia contra injerencias y ataques.

Tras reconocer el derecho a todos *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil” ... “sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”* a **contraer matrimonio y fundar una familia**, coincide con la Declaración Americana al proclamar a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad (art. 16²⁵) agregando que *tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (ONU, 1966), concretando los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de DDHH, desarrolla su enunciado en forma de obligaciones jurídicas para los Estados. Proclama de forma paralela al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la familia como *el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado* (art. 23²⁶) y los derechos de todo niño (art. 24²⁷).

Se constata una coincidencia sustancial en las proclamaciones de derechos y libertades a nivel regional –sistema interamericano– y universal –ámbito de la ONU–.

La Constitución uruguaya y la familia titular de derechos y libertades

La Constitución nacional exhibe a su vez una veterana tradición patria de adhesión a unos determinados **principios tutores de la familia** que han forjado nuestra naciona-

24 Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, diciembre de 1948, Artículo 12: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

25 Decl Univ. DDHH art. 16: **Artículo 16.** 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

26 **Artículo 23.** 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

27 **Artículo 24.** 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

lidad, coincidente con la concepción familiar consagrada en el Derecho Internacional citado.

La Constitución erige a la familia, antes bien, la reconoce como titular de derechos y libertades²⁸.

Los derechos humanos y libertades fundamentales no son sólo de titularidad individual. Casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión colectiva, tanto desde el punto de vista de quienes los detentan como de su ejercicio. Ello se debe a que el Derecho no puede sino reconocer –porque es un dato de la realidad tal y cual se le presenta- que el ser humano es un ser gregario, desde la prehistoria, de forma transversal a todas las culturas a todo lo ancho y largo del globo y en todos los tiempos. Es un ser *en relación con los demás*. Se agrupa. La familia aparece desde tiempos inmemoriales como la molécula base por excelencia de la sociedad.

Pero volvamos a los derechos colectivos, o al ejercicio colectivo de los derechos y libertades. Tomemos a la libertad de expresión, que se ejerce individual o colectivamente y es siempre frente a otros, presuponiendo una interacción entre el los emisores y el o más frecuentemente los receptores. En ella anclan las protegidas libertades de comunicación del pensamiento y la libertad de prensa, cuyo ejercicio es siempre de titularidad colectiva, es decir, de y ejercido por un grupo de personas.

Lo propio puede determinarse en relación a las libertades de reunión y asociación –intrínsecamente colectivas- y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, que prevé una dimensión colectiva de ejercicio, que es la propia y más frecuente en el ejercicio de estas libertades del espíritu.

Hasta el principio de igualdad está pensado para asegurar la titularidad por todos –individual o colectivamente considerados- de los mismos derechos y el consiguiente derecho a su ejercicio.

Pues de igual forma, la familia como ente colectivo, es titular de derechos y libertades. ¿Cuáles son, amén de los proclamados por el Derecho Internacional?

La familia en la Constitución

Se suele citar el artículo 40 de la Constitución que proclama a la familia como la base de la sociedad, de forma concordante con el derecho internacional de los derechos humanos. Sin perjuicio de volver sobre esta disposición, detengámonos antes –por haberlo así hecho el constituyente- en las primeras menciones de la familia que hace el texto.

28 Conforme, DELPIAZZO, C. en Clase inaugural del curso RELIGIONES DEL MUNDO EN PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA, La Libertad Religiosa: eje de las relaciones Religión - Derecho - Sociedad, Universidad Católica del Uruguay Dámaso A. Larrañaga, 2015, analizando la Carta Magna a la luz del Año de la Familia, en que deslinda tres posibles enfoques para el abordaje de la institución familiar: 1) la familia desde la realidad uruguaya, 2) los derechos de base de la familia y 3) los derechos que la familia tiene frente al Estado y las correlativas obligaciones del Estado no sólo de hacer y de dar, sino también de abstención.

“Familia” aparece en el temprano artículo 3²⁹ como un **concepto que no requiere definición**, e inmediatamente en la Sección “Derechos, Deberes y Garantías” protegiendo en primer término el **ámbito espacial y temporal de la familia** en el art. 11 cuando establece la inviolabilidad e **impenetrabilidad del hogar**:

Art. 11: El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día sólo de orden expresa de Juez competente, por escrito y en los casos determinados por la ley.

Nótese que esta disposición no protege el derecho de propiedad, tutela que es provista por el art. 32³⁰. Protege el hogar, **seno de la familia**, donde ésta vive y se desarrolla. El concepto hogar no se circunscribe sólo a un inmueble; alcanza a aquel espacio y tiempo donde la familia vive. Alude al fuego alrededor del cual desde tiempos inmemoriales se agrupaba el grupo familiar, sobre todo por la noche (la estufa de leña se llama también hogar). Alude a la “casa”, no sólo en el sentido de albergue de la familia; téngase presente que la expresión “la casa” de alguien (por ejemplo, de familias reales, como “la casa de los Austria” o “la casa de los Borbones”) refiere a la familia, por lo que esta disposición constitucional tiene como principal sujeto de protección a la familia allí donde vive. Nótese también que cuando la Constitución quiere elevar el grado de protección de este hogar, lo llama apelando al lenguaje religioso, un “**sagrado inviolable**”. No utiliza esa terminología al establecer la protección de la propiedad privada, a la que nomina en el art. 32 como “derecho inviolable, **pero** sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general”. Y aún prevé que este derecho de propiedad puede ser privado -caso de las expropiaciones- por necesidad o utilidad pública y mediando una compensación.

La impenetrabilidad e inviolabilidad del hogar en la especial situación de vulnerabilidad de la noche es **absoluta**, no admite excepciones. Y durante el día queda reservada sólo a la autorización escrita del Juez, no de cualquier autoridad administrativa y además, a la previa habilitación legal.

Esta disposición constitucional también arroja luz acerca de quién representa jurídicamente al grupo familiar: es el **jefe de hogar** el único habilitado para autorizar el ingreso al hogar de noche, momento de la máxima vulnerabilidad de la familia que amerita la máxima protección de su **intimidad**. ¿Quién es este jefe de hogar? La Constitución no atribuye este rol; será en cada caso quien ejerza tal jefatura: el padre, la madre o ambos, alguno de los abuelos, el hermano mayor, una tía, un tutor ...

Más adelante propenderá a la constitución del llamado “**bien de familia**” (art. 49³¹)

29 Artículo 3°.- Jamás será el patrimonio de personas ni de familia alguna.

30 Artículo 32.- La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda.

31 Artículo 49.- El “bien de familia”, su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial.

para asegurar por lo menos una vivienda al grupo familiar. En el reconocimiento del derecho sucesorio (art. 48³²) queda implícita la valoración de la familia, cuyos efectos jurídicos se proyectan más allá de la muerte y en el ámbito patrimonial.

En la Sección de la Ciudadanía y el Sufragio la Constitución confiere relevancia jurídica a los vínculos de sangre, al recoger junto al *ius soli*, el *ius sanguini* para la adquisición de los derechos de ciudadanía y también para el ejercicio de los derechos políticos (art. 74³³). Ciudadanos naturales son también los hijos de padre o madre oriental, que además cumplan con otros requisitos de vecinamiento y registro.

La familia es privilegiada a la hora del reconocimiento de la ciudadanía legal, en una gradación de requisitos para su acceso que lo facilita a quienes tengan “**familia constituida en la República**” (arts. 75 literal A³⁴ y 78 inciso primero³⁵).

La protección directa y explícita de la familia en la Constitución

La protección franca, amplia y profunda de la institución familiar es provista por el art. 40:

Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Si define a la República Oriental del Uruguay como *la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio* (art. 1), entonces podemos afirmar que nuestra Constitución concibe a la República como compuesta por familias, que son la base del pacto o contrato social, sin perjuicio de su composición además por todos y cada uno de los habitantes individualmente considerados.

La Constitución instituye deberes positivos del Estado para con la institución familiar en sí misma (velar por su estabilidad, por ser la base de la sociedad) **y para con las familias concretas formadas por seres de carne y hueso**, *para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad*. La Constitución no descansa tras la mera adhesión a un valor como el de la familia ni se limita a la proclamación de principios, derechos y libertades de la familia. Va más allá y para propender a la **efectividad** de dichos derechos y libertades, haciendo honor al título de la Sección “Derechos, Deberes y Garantías”, instituye como garantía del goce de dichos derechos, unos deberes al Estado consistentes en que vele por su estabilidad moral y material. **El Estado está obligado a un hacer para la efec-**

32 *Artículo 48.- El derecho sucesorio queda garantido dentro de los límites que establezca la ley. La línea recta ascendente y la descendente tendrán un tratamiento preferencial en las leyes impositivas.*

33 *Artículo 74.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de vecinarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico.*

34 *Artículo 75.- Tienen derecho a la ciudadanía legal: A) Los hombres y las mujeres extranjeros de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan tres años de residencia habitual en la República.*

35 *Artículo 78.- Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República.*

tividad de los derechos, para que no quede en vano la proclamación de los mismos. Y como contrapartida, las familias como entes colectivos tienen derecho a exigir del Estado dicha tutela.

No sólo está obligado el Estado a velar por la estabilidad material de las familias, sino que también debe velar por su *estabilidad moral*.

Pero en un Estado no confesional, neutral en materia moral y religiosa como el Estado uruguayo³⁶, éste es incompetente en materia moral. Es decir, no podría hábilmente, sin violar su neutralidad, imponer una u otra determinada postura en materia moral. Un Estado de Derecho que se autodefine como no confesional debe por imperativo democrático y exigencia del pluralismo, habilitar todas las posturas en materia moral. Renuncia a adoptar e imponer una postura —es neutral— justamente para que puedan florecer en libertad todas las posturas y cosmovisiones.

Pero la Constitución encarga al Estado velar por la *estabilidad moral* de la familia y las familias. **¿Cómo se concilia esta aparente contradicción?**

Respetando el **derecho de los padres de proveer al cuidado y educación de los hijos** —ya reconocido por el Derecho internacional de los Derechos Humanos— consagrado en la propia carta, además, como un deber en el artículo siguiente, 41.

Entonces, el deber del Estado se concreta en **facilitar, hacer posible, promover, crear las condiciones propicias y remover los obstáculos para que los padres puedan ejercer su derecho**—deber de cuidar y educar a sus hijos con el fin de que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social. Y estas destrezas se desarrollan en el seno de la familia.

Art. 41: *El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.*

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

La familia tiene derecho a cuidar y educar a los hijos según su propia concepción ideológica, moral y creencias

y el Estado debe facilitararlo.

La titularidad del derecho a elegir la forma de cuidado y educación de los hijos corresponde a los padres o curadores.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el mismo derecho a los padres. Recordemos la inmunidad de coacción reconocida a la familia, asegurándole un

³⁶ Art. 5: *Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. ...*

ámbito de autodeterminación y de acción libre de toda injerencia (arts. 12 de la Declaración Universal, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y normas paralelas del sistema interamericano).

Pero además se ocupa específicamente de atribuir a los padres el derecho de elegir la *educación moral y religiosa* para sus hijos (arts. 12.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normas):

Conv. IDH art. 12.: **Libertad de Conciencia y de Religión**

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*

2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*

3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.*

4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 18 literal 4:

4. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

Por otro lado, según ha interpretado el Comité de Derechos Humanos de la ONU desarrollando el artículo 18 de este Pacto, *El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas³⁷..., protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio³⁸.*

Los padres de familia son quienes determinan el ideario, conjunto de principios axiológicos, creencias, cosmovisión que transmitirán a sus hijos y que por tanto sosten-

37 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párrafo 1

38 Observación General citada, párrafo 2: 2. *El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio.*

drá y en base a la cual se guiará la familia. Y el Estado, incompetente en esta materia, tiene el deber constitucional de garantizar el libre ejercicio de este derecho.

Es más, de conformidad con la Constitución, **la intervención del Estado en estos ámbitos es muy limitada:**

En materia de cuidado en general de los hijos, **el Estado sólo intervendrá en subsidio de los padres**, es decir, cuando éstos han omitido el cumplimiento de su deber. En tal sentido prevé el inciso segundo del art. 41:

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

En materia de cuidado de la salud, tal como lo establece el art. 44 de la Constitución, el Estado deberá procurar el *perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país*. Pero no imponiendo una determinada moral ni postura sociológica, sino, reconociendo que son los padres en primer lugar quienes determinan la postura moral del grupo familiar, garantizar la concreción de esta libre elección.

En materia de **educación** queda establecido el principio general de la libertad de enseñanza (art. 68³⁹), limitándose *“la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad”* [cuya determinación corresponde a los padres], *“la seguridad y el orden públicos”* y reiterando el principio ya recogido en el art. 41, de que **Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.**

Si exonera de impuestos a las instituciones privadas de enseñanza, como subvención por sus servicios, es porque brindan un servicio que es previamente valorado por el constituyente, en esta tríada de relaciones entre los padres que ejercen el derecho de escoger la educación para sus hijos, los hijos y las instituciones educativas y sus docentes.

La libertad de enseñanza de la familia comprende no sólo la elección de los maestros ni aun de las instituciones que más se adecuen a su concepción ideológica, moral y religiosa, sino a *toda la actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores en general*⁴⁰.

Pues la neutralidad intelectual, en materia ideológica y moral no existe⁴¹; toda postura, por más aséptica que se presente, responde en último término a una determinada toma de partido en un sentido u otro⁴², por lo que no existe una enseñanza ideológica o

39 Artículo 68.- Queda garantida la libertad de enseñanza. La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos. Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros e instituciones que desee.

40 PALOMINO, R., *Familia y Libertad Religiosa*, El Olivo XXXI, 65-66 (España, 2007), 139-162, citando sentencia del Tribunal Constitucional español de 13 de febrero de 1981, N° 5/1981, Fundamento del Derecho Séptimo

41 ASIAÍN PEREIRA, C., *Algunas Reflexiones acerca de la Libertad Religiosa en el Uruguay*, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico* T. X, 2003

42 ARAUJO AZAROLA, M. C., “La Neutralidad Intelectual no existe”, artículo publicado en “SOLERIANA”, Revista de la Facultad de Teología del Uruguay “Monseñor Mariano Soler”, Año XXVI, N° 15 – 2001/1. “Psicológicamente, un

religiosamente aséptica⁴³. Incluso el sostener una postura neutral en la materia, implica la adhesión y transmisión de un determinado mensaje ideológico que puede estar en discordancia con las creencias de los padres⁴⁴.

La Constitución exhibe una profunda preocupación por la formación y estabilidad moral de los menores, encontrándose menciones a la moral en los artículos 40, 41, 44, 68 y 71, y privilegia las virtudes, cuando al proclamar el principio de igualdad, legitima que según éstas cualidades se puedan reconocer distinciones entre las personas.

¿Quién forma en virtudes?

La familia es el ámbito más apropiado para completar la procreación física del hijo con la “procreación ética”, mediante la educación en virtudes⁴⁵.

Esto nos conduce a otro haz de derechos y libertades de titularidad de la familia, pues están todos interconectados e interrelacionados entre sí, de forma que afectado uno de estos derechos o libertades, se afecta al conjunto, dada la integralidad del ser humano que no se compartimenta en parcelas estancas.

La familia tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión

La familia tiene derecho a escoger la ideología en todos los planos del accionar y pensamiento humano, y a trasmitirla a sus miembros y a las nuevas generaciones, y también a conducirse en sociedad de conformidad con dicha ideología.

Tiene derecho de hacer en forma libre el juicio de conciencia y elegir el conjunto de principios morales a que adherirá y según el cual se conducirá también, con inmunidad de coacciones externas. Tiene derecho a sostener y aun trasmitir esta axiología sin que sea legítimo que se le imponga desde el Estado o la sociedad unas doctrinas coyunturalmente en boga, o se le cercene su derecho a proclamar la escogida.

La libertad de la familia en este campo tan sensible presupone primero la libertad de conciencia para hacer el discernimiento sin coacciones externas y comprende también, como elemento esencial de dicha libertad sin el cual ésta quedaría en vano, la actuación moral conforme al juicio práctico de conciencia.

Pero, ¿acaso la familia tiene una única conciencia?

Serán los padres en caso de que los hijos sean menores quienes tendrán el derecho de representar al grupo familiar y optar por una postura en materia moral. Evidentemente, se dará una gradación en la independencia de los hijos en este sentido a medida que van

hombre podrá asumir una actitud de indiferencia. Pero, tampoco la indiferencia es neutralidad. Pilato quiso asumir esa actitud neutral y se lavó las manos como signo de ella. Resultado: condenó a Cristo a morir en la cruz. Entonces, ¿por qué engañarnos?

43 PALOMINO, R., op. Cit.

44 PALOMINO, R., op. cit

45 PALOMINO, R., op. Cit.

madurando, pues los menores también son titulares de la libertad de conciencia. Pero justamente para que los hijos puedan desarrollarse, formarse para realizar un juicio de conciencia libre y perfeccionarla, necesitan haber recibido la formación de sus padres, insumo que luego pueden seguir, moderar o desechar. Pero no es libre quien no conoce. **La formación moral que le impartan sus padres es esencial para el discernimiento libre que ellos harán luego.**

Por ello es que el Derecho –todo el Bloque de los Derechos Humanos- proclama el derecho de los padres e elegir la educación moral y religiosa para sus hijos. En esto consiste el verdadero *respeto por la vida privada y familiar* reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Declaración Americana art. VI, Declaración Universal art. 12, Convención Americana art. 11⁴⁶ haciendo derivar este derecho del reconocimiento de la dignidad de la persona y Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos art. 17⁴⁷).

La familia es titular de la libertad de expresión en relación a estas ideas de que se apropia, de los principios morales que abraza y de la religión o creencias a que adhiere. No sólo provee el respaldo jurídico a esta proyección la libertad de expresión consagrada en todos los textos de derechos humanos. Estos mismos textos a su vez se han preocupado, en el ámbito específico de las libertades del espíritu, de consagrar el **derecho al proselitismo**. El art. 12 de la Conv. IDH en sede de Libertad de Conciencia y Religión declara:

Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*

2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*

Se reconoce el derecho de la familia (forma de ejercicio en comunidad con otros, colectivo, de la libertad de conciencia y religión) a “**propagar su fe**”, es decir, el derecho de proselitismo⁴⁸: *la familia no sólo puede profesar unas convicciones religiosas (o unas creencias o cosmovisión, agregamos), sino que también puede expresarlas con la intención de ganar adeptos para la propia fe*. El derecho de proselitismo está reconocido por las declaraciones internacionales, *siempre que se respete exquisitamente la libertad religiosa de los demás*⁴⁹.

46 **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

47 **Artículo 17.** 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

48 PALOMINO, R., op. Cit.

49 PALOMINO, R., op. cit

Las instituciones escogidas por los padres tienen derecho a sostener, transmitir y enseñar su ideario

Son los padres los titulares del derecho *a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones* (Conv. IDH art. 12.4). *El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres*, reza el art. 41 de la Constitución.

Los padres ejercen este derecho y desarrollan el cuidado y educación de los hijos en el seno de la familia, dentro de una formación integral que no se limita a la trasmisión de conocimientos ni al entrenamiento en destrezas.

Pero para determinados conocimientos técnicos, prácticos, necesarios para la vida en sociedad y que quizás exceden su capacitación, se apoya en instituciones educativas en todos los niveles. **Los padres en ejercicio de su derecho a elegir la educación para sus hijos conforme a sus convicciones delegan parte de la enseñanza en el sistema educativo, sin renunciar a su derecho, al contrario, eligiendo las de su agrado.**

Y estas **instituciones educativas** escogidas por los padres –allí donde la elección es posible sin importar las posibilidades económicas de los padres- estas instituciones **de tendencia** no solo **tienen derecho a sostener determinado ideario**, a inculcarlo, transmitirlo, presentarlo como perseguible a los estudiantes y docentes, sino que de forma concomitante estas instituciones tienen el **deber** de impartir una enseñanza alineada con el ideario que la identifica y por el cual los padres la han escogido.

No sólo confluye la **libertad de asociación** (art. 39 de la Constitución⁵⁰) y específicamente en materia ideológica, moral y religiosa (art. 16 Conv. IDH⁵¹), libertad de la que se deriva el derecho de **conducir su vida institucional de conformidad con la doctrina o conjunto de ideas o principios** alrededor de los cuales la asociación ha decidido constituirse. El debido respeto de la autonomía de las entidades definidas en torno a un ideario, unos principios o una doctrina incluye el derecho a **mantener su identidad y a no ser constreñidas a contrariar su definición doctrinal, haz de derechos y libertades que conforman la llamada libertad de ideario institucional.**

No sólo coadyuva la **libertad de empresa** (Constitución art 36⁵²) y la **de cátedra y expresión referida a la institución de tendencia en sí.**

Entran en juego en esta **relación triangular** entre padres, institución educativa y alumnos más de una libertad que debe ser contemplada y que arroja proyecciones sobre otros campos y otros sujetos.

50 Constitución Art. 39. *“Todas las personas tienen el derecho de asociarse, cualquiera sea el objeto que persigan, siempre que no constituyan una asociación ilícita declarada por la ley.”*

51 **Artículo 16. Libertad de Asociación.** 1. *Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.* 2. *El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*

52 **Artículo 36.-** *Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.*

El Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la Observación General N° 22 citada⁵³ opina (sic) *La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18.*

Existe un **contrato educativo** —explícito o implícito— entre los padres y la institución: ante la elección de los padres, es una y no otra la orientación en materia ideológica, moral y religiosa que debe ser impartida. Si los estudiantes gozan de autonomía, serán ellos los sujetos de este contrato educativo, ellos quienes optan y exigen. Existe, por tanto, un **derecho** pero también un **deber de la institución** educativa de impartir una educación con determinada tendencia, no neutral (con lo cual defraudaría a quienes la eligieron), ni tampoco de contenido contrario, opuesto o matizado respecto al ideario sostenido y elegido por los legitimados para ello.

Ello impacta en la **relación de la institución con sus dependientes** especialmente los docentes, a los que la institución puede exigir unas obligaciones intensificadas de lealtad hacia la institución y su doctrina, deberes de lealtad que serán más intensos cuanto más sensible sea la función desempeñada para los fines institucionales y sus principios⁵⁴.

El empleador cuya ética se funda en una religión *puede exigir de sus trabajadores una obligación de lealtad*⁵⁵. Ello es consecuencia de la autonomía de la institución⁵⁶.

Es que de otro modo, se vulnera el derecho a la *transmisión de las creencias a través de la enseñanza*, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión colectiva⁵⁷.

Riesgos o dificultades

para el ejercicio de los derechos y libertades de la familia

La libertad religiosa de la familia y las formas de celebración del matrimonio

Es parte del contenido del derecho de libertad religiosa el derecho de toda persona de celebrar los ritos, sacramentos y preceptos de la confesión religiosa a que ha adherido,

53 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

54 Conforme, conclusiones del XIII Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, sobre *Autonomía de las entidades religiosas*, Richmond, Virginia, EE.UU., 2013, (conclusiones XI a XIV), disponibles en www.libertadreligiosa.org

55 PUPPINCK, G., *El "Principio de Autonomía" de la Iglesia Católica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Fernández Martínez contra España*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 28 (2012), IUSTEL, Revistas@iustel.com, p. 5 y en la síntesis del *amicus curiae* presentado por el *European Centre for Law and Justice* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) presentadas en el caso Fernández Martínez contra España

56 TEDH, N° 56030/07, *Fernández Martínez contra España*, Sentencia de la Gran Sala de 12/6/2014, § 127, 128, 129, traducción de la autora. *Como consecuencia de su autonomía, las entidades religiosas pueden exigir grados de lealtad de parte de aquellos que se desempeñan para ella o que la representan* (§ 131).

57 CAÑAMARES ARRIBAS, S., *El control jurisdiccional de la autonomía de la Iglesia*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Ene-jun 2009, Vol. 66, N° 166, REDC 66 (2009), pp. 275-292

tal como lo desarrolla el art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸, manifestaciones externas que son parte de la práctica religiosa garantizada también por el art. 5 de la Constitución⁵⁹.

La unión conyugal y la celebración del matrimonio son en la mayoría sino en todas las confesiones religiosas, ritos religiosos, y para los creyentes, los realmente válidos y constitutivos de su vínculo matrimonial. A ese derecho hace referencia la **Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones**⁶⁰ (ONU, 1981), al comprender dentro del derecho de libertad religiosa, las manifestaciones externas de *practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción*⁶¹.

En el mismo sentido, la Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos de la ONU⁶² punto 4, expresa que la libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades, extendiéndose a los *actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, incluyendo el empleo de fórmulas y objetos rituales ... así como la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida*⁶³.

Se dirá en Uruguay que nada impide que los fieles de las diversas religiones celebren su unión matrimonial de acuerdo a las ceremonias religiosas de su creencia, siempre que antes acrediten haber celebrado el matrimonio oficial ante el Registro Civil. Al respecto, planteamos tres situaciones problemáticas que se han planteado, o pueden plantearse.

Un obstáculo se plantea a la celebración de un sacramento en momentos en que los

58 **Artículo 18.1.** *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.*

59 **Artículo 5°.** - Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay.

60 A.G. ONU, Res. 36/55 de 25/11/1981

61 **Artículo 6:** *el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes: a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines; ... h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; ...*

62 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

63 4. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse "individual o colectivamente, tanto en público como en privado". La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos.

funcionarios registrales ejercen sus derechos sindicales de huelga, con lo cual los Registros no funcionan. Nos encontramos en estos casos, con que una medida gremial sumada a una norma estatal que prohíbe y castiga con prisión al sacerdote o pastor que celebre un matrimonio religioso sin haber antes constatado la unión civil, redundante en el **cercenamiento y anulación de la libertad religiosa de los creyentes**, a los que una norma estatal vetusta y no actualizada (casi sino única en el derecho comparado), norma penal en el Código Civil, les veda de celebrar un rito religioso.

Otro tipo de obstáculo, pero vinculado con el anterior se plantea a las personas que, aún funcionando el Registro de Estado Civil, quisieran poder (más aún, tienen derecho a) **celebrar una unión matrimonial de conformidad con sus creencias** (por ejemplo, de forma indisoluble, con *fórmulas* sacramentales adecuadas a sus creencias, etc.).

Tercer obstáculo, salvable y su solución. La problemática planteada ut supra y la inclusión de fórmulas sacramentales adecuadas a las creencias de los fieles de las diversas religiones del país, podría sin problemas implementarse otorgando **efectos civiles a los matrimonios religiosos**, asegurándose los requisitos de registro y publicidad, sin obligar a que los creyentes se casen dos veces. Se trata nada más que de una de las manifestaciones concretadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en la Observación General N° 22 citada, *actos rituales y ceremoniales, empleo de fórmulas, ritos asociados con determinadas etapas de la vida ritos asociados con determinadas etapas de la vida*.

Respecto al matrimonio indisoluble electivo, es decir, que exista como opción de los contrayentes no un solo tipo matrimonial, sino también otros que se adapten a sus creencias, ha dicho NAVARRO-VALLS que *en realidad, la no aceptación de esta fórmula es una excepción a la tendencia del Derecho de familia de acuñar nuevas soluciones jurídicas a las continuas demandas sociales que postulan una serie de reivindicaciones en aumento*⁶⁴. Nuestro Derecho ha sido sumamente receptivo a reclamos de varios colectivos, adaptando el derecho matrimonial con innovaciones que exhiben amplitud para satisfacer sus demandas. Éste es un reclamo real también, respaldado por el derecho de libertad religiosa.

Los recientes casos de las uniones conyugales entre los expresos de Guantánamo y mujeres uruguayas según el rito islámico y el debate suscitado, han vuelto a traer este planteamiento a la actualidad, interpelando no sólo la ultra vigencia del delito penal en que incurre el ministro de culto por celebrar el rito sin la previa constatación del matrimonio civil, sino también la duplicación innecesaria de la celebración –civil y religiosa-, reclamo de antaño de varias confesiones religiosas, además de la inexistencia de formas matrimoniales ajustadas a las creencias y voluntad de conducirse de conformidad con ellas de los creyentes.

La familia en contextos vulnerables y el derecho a la trasmisión de las creencias

El constituyente no sólo exhibe una sensibilidad por las familias en contextos vulnerables, sino que además provee a su auxilio.

64 NAVARRO-VALLS, R., *Matrimonio, familia y libertad religiosa*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado Vol XII, Madrid, 1996, p. 389

Además de la protección de la intimidad del hogar, sobre todo en la noche (situación de mayor vulnerabilidad), dispone la creación de **auxilios compensatorios para las familias numerosas** (art. 41), así como la **intervención estatal en caso de abandono, explotación o abuso**. Equipara los deberes de los padres para con los hijos habidos fuera del matrimonio con los deberes para con los habidos dentro del matrimonio (art. 42), inclinándose por la protección de la **familia natural** y los vínculos de sangre, sin desmedro de otras formas. Provee a la **asistencia de la mujer embarazada, cualquiera sea la condición o el estado de la mujer**, sobre todo en caso de desamparo.

Prevé regímenes especiales para la **delincuencia infantil**, ordenando que en los mismos se otorgue **participación a la mujer** –entendiéndose por tal a la madre del infante-, por reconocer evidentemente, el derecho de ésta sobre la rehabilitación del hijo y su influencia.

La pobreza como obstáculo al ejercicio de los derechos de los padres de escoger la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus creencias.

Un contexto de especial vulnerabilidad de las familias es la pobreza y sin que alcance extremos de indigencia o marginación, la escasez de recursos materiales con que solventar una educación de elección para sus hijos.

La Constitución uruguaya y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocen en derecho de los padres a elegir la **educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones** (art. 12.4 Conv. IDH y art. 18.4 Pacto IDCyP). Con una formulación más tímida, lo propio surge de la Constitución uruguaya (art. 69 in fine). Consagrado este derecho, se revela el **correlativo deber del Estado de proveer para que esta elección sea posible**, es decir, para que los padres puedan elegir aquellas instituciones de enseñanza para sus hijos que esté conforme con sus creencias.

El obstáculo para el efectivo goce de este derecho se verifica en países como el nuestro –uno de los pocos de la región y del mundo occidental- en los que la Educación Pública no ofrece esa opción, por lo cual los padres de pocos recursos no pueden ejercer este derecho. Varios han sido los modelos escogidos por el derecho comparado para dar cumplimiento a este deber estatal y satisfacer el derecho de los padres. El modelo del FONASA vigente en nuestro país para la salud es un sistema imitable para la educación.

Los derechos y libertades de la familia y las situaciones de aparente conflicto con otros derechos

Las innovaciones introducidas por leyes recientes en varios terrenos que son sensibles a la moral y a las creencias (como las cuestiones relacionadas a la salud sexual y reproductiva, comienzo y fin de la vida humana, modelos de matrimonio y filiación, adopción, trasplante de órganos y tejidos y su donación compulsiva, legalización de cannabis, entre otros) interpelan de diversas formas a las familias, en punto a la postura moral a asumir a su respecto. A su vez, la introducción de estas prácticas –algunas recién extraídas de los códigos penales- lícitas tiene un impacto en la educación, afectando

los contenidos educativos y los modelos tradicionales.

Nuestro derecho reconoce hoy distintos modelos de organización familiar admitidos por la ley, algunos equiparados no sólo en derechos, sino en también en su denominación a instituciones de larga tradición patria.

Pero **la sociedad es plural**. Es plural y **democrática**. Existen quienes habilitados por la ley adoptan esas formas. Existen quienes en ejercicio de la libertades de expresión e ideológica, más aún, en uso de la libertad de creencias en el sentido amplio propuesto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (que *abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias*⁶⁵, *las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia, entendiendo los términos “creencias” y “religión” en sentido amplio*), ejercen el derecho de proselitismo y promueven que otros ingresen en dichos modelos matrimoniales, valorándolos positivamente. Existen quienes, sin apoyar ni negar la filosofía fundante, defienden el derecho de cada persona humana de organizar su vida privada y familiar según su discernimiento, es decir, abogan desde el Derecho.

Y coexisten con todas esas expresiones de pluralismo democrático quienes defienden para sus familias, para la trasmisión de valores dentro de ellas y para formación de sus hijos, el modelo de familia tradicional.

¿Sería legítimo desde el punto de vista jurídico, más aún desde los postulados del pluralismo, **discriminar** a éstos últimos en una sociedad democrática? **¿Discriminaremos a aquellas familias que sostengan ideales que no se consideran políticamente correctos hoy y aquí por algunos grupos?**

¿Sería conforme a Derecho **reprimir, censurar, vedar el derecho de esos padres a la formación de sus hijos?**

¿Será hábil **constreñir a las instituciones educativas** -en cualquiera de los niveles de educación- a quien los padres encomiendan, en quienes delegan, a quienes confían una determinada y no otra educación para sus hijos, a que abandonen sus principios y adopten una ideología impuesta?

¿Podrían las instituciones educativas **defraudar** a sus contrapartes en el contrato educativo -ya sean los padres o los estudiantes-, es decir a quienes han escogido a éstas y no a otra institución justamente por razón de su filiación, su postura ideológica, moral o religiosa, por sostener un determinado ideario?

Si el Estado pretendiera **suplir** el deber y derecho de los padres de disponer el cuidado y educación de los hijos conforme a sus creencias, imponiendo unos determinados contenidos educativos y vedando otros por oponerse a las ideologías en boga o políticamente correctas, incurriría en una serie de **antijuridicidades** y en último término en **negación del ideal de justicia**.

65 Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), párrafo 1

En primer lugar un Estado que impusiera determinados contenidos educativos alineados con determinada postura en materia ideológica, moral o de convicciones, **violaría su debida neutralidad en materia ideológica, moral y de creencias**. Estaría tomando partido por una postura entre otras en un terreno en el que es incompetente, sustituyendo el juicio moral de absoluto resorte de los padres de familia y de los propios estudiantes, seres humanos. Pues la neutralidad estatal, siguiendo a **Hervada**: “supone una determinada actitud de los poderes públicos frente al fenómeno religioso, ... una **incompetencia** ... en materia religiosa, tanto en orden a imponerse mediante coacción o sustitución a los individuos, como ... a coexistir o concurrir con estos últimos en tanto que posibles cotitulares del acto de fe o en la práctica de la fe religiosa, las creencias o las convicciones ideológicas o religiosas”⁶⁶. Con ello faltaría por cierto, a su deber de *buena administración*, exigencia del artículo 311 inciso segundo constitucional⁶⁷.

En segundo lugar **violentaría la Constitución y los Derechos Humanos**, desconociendo el derecho prioritario de los padres y **su cualidad subsidiaria**, exhibiendo caracteres de los regímenes totalitarios que invaden el ámbito sagrado del seno del hogar y los vínculos de sangre, desautorizando a los padres.

Un Estado que tal pretensión concretara **atentaría en definitiva contra la dignidad de la persona humana de forma irreparable**. ¿Cómo podría repararse a las víctimas de tal experimentación? Los ideales de libertad y justicia quedarían defraudados.

Por otro lado, **¿es que acaso los nuevos derechos, las nuevas ideologías, los nuevos modelos incorporados vienen a sustituir a los derechos veteranos que forjaron las bases de nuestra nacionalidad?**

¿No es más democrático habilitar la **coexistencia** de todos estos modelos y derechos de forma que convivan sino armónicamente, al menos en un espíritu de diálogo y tolerancia?

¿No es más propio del ideal republicano **que el Estado se mantenga al margen** –por ser incompetente- en materia moral, para habilitar todas las expresiones, sin imponer una de forma exclusiva y excluyente constriñendo a personas, grupos familiares e instituciones educativas?

La persona humana es libre. La familia también es libre. Goza de la libertad para autodeterminarse y adoptar la posición de su elección en materia ideológica, moral y religiosa y ostenta el derecho de conducirse en sociedad de conformidad con dicha opción, y aún de transmitir dentro de su seno dicha postura, divulgarla para hacer prosélitos, defender dentro de la sociedad los principios que abraza, escoger para sus hijos las instituciones cuyo ideario coincida con el escogido y exigir que éstas impartan esa y no otra formación alineada a sus hijos.

⁶⁶ Cfr. HERVADA, J. “Pensamientos sobre sociedad plural y dimensión religiosa”. *Ius Canonicum*. Vol. XIX. No. 38 (1979). P. 74;

⁶⁷ Constitución, Artículo 311: “Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la **buena administración**, producirá efectos generales y absolutos.”

Para que estos derechos y libertades sean posibles de concretar y sean efectivos, las instituciones mandatarias han de poder impartir una educación alineada con su ideario, en libertad. Es ésta una exigencia del respeto por el pluralismo ideológico y de creencias. Se compromete nuevamente el deber de *buena administración* (art. 311 inciso 2° de la Constitución), en cuanto a la *gestión pública del factor religioso en la sociedad*⁶⁸.

Pues la verdadera libertad (política, ideológica, de conciencia y religiosa en sentido amplio) implica necesariamente la coexistencia de concepciones diversas, diferentes e incluso opuestas no sólo a la propuesta por el gobierno de turno, sino también a cualquier otra que prime en la sociedad. Es éste un presupuesto de la democracia plural. Lo contrario implicaría una **discriminación por razón de las creencias, vedada también por el Derecho**⁶⁹.

Al Estado le compete garantizar, proveer, facilitar, desplegar su accionar para que estos derechos y libertades sean efectivamente ejercidos. El Estado Social y Democrático de Derecho es aquel que cumple efectivamente con los “deberes positivos del Estado”, es decir, un Estado que se involucra en un hacer para la efectividad de los derechos, en lugar de simplemente abstenerse de invadir la esfera privada⁷⁰. Pues “No basta ni es tan fácil proclamar simplemente en la Constitución la existencia de determinadas libertades si no se las completa con garantías adecuadas”⁷¹.

La familia tiene derechos frente al Estado y éste tiene deberes frente a ella, sin importar la postura filosófica que su gobierno de turno aliente.

Como proclama el Pacto de San José de Costa Rica multicitado, los derechos de la familia tienen como correlativo los deberes de los demás:

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

68 PALOMINO, R., *Laicidad, laicismo, ética pública: presupuestos en la elaboración de políticas para prevenir la radicalización violenta*, en MARTÍN SÁNCHEZ, I. y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-7392-737-6, p. 63

69 Declaración Sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, A.G. ONU, Res. 36/55 de 25/11/1981, **Artículo 2. 1. Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares. 2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales.**

Ídem, la Ley N° 17.817, Lucha Contra el Racismo, la Xenofobia y la Discriminación, D.O. 14 set/004, (art. 1), *entendiendo por discriminación “toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o ejercicio de violencia física y moral, basada en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional o étnico, discapacidad, aspecto estético, género, orientación e identidad sexual, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública” (art. 2).*

También Protocolo de San Salvador, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Artículo 3. Obligación de no Discriminación “... por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, ...”

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16/12/1966, Artículo 2, 2 “Los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos (...), sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política ...”

70 Korseniak, J., “Primer Curso de Derecho Constitucional,” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 347

71 CASSINELLI MUÑOZ, H., *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (2002), p. 109

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La familia es titular de derechos y libertades porque está formada por personas de carne y hueso que tienen derecho a ser reconocidas en su dignidad. Y para estas personas lo más importante es su familia.

Para culminar

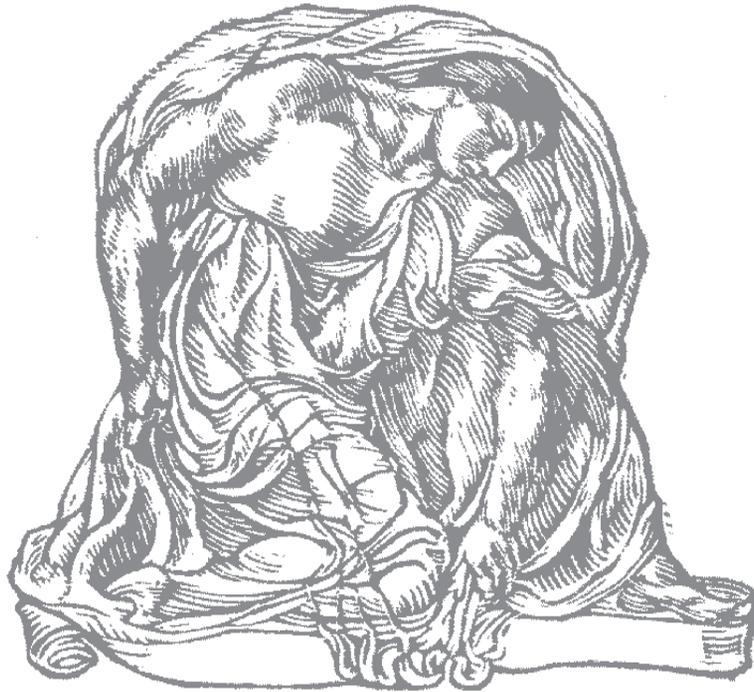
Citamos unas reflexiones recientes de LEONARDO GUZMÁN que al celebrar un nuevo aniversario de la reforma constitucional de 1917-1919, resultan pertinentes por exhibir el criterio de delimitación del poder de las autoridades públicas, que debe partir por respetar a los destinatarios del gobierno y del Derecho: a las personas:

“El 30 de julio de 1916 inauguró una tradición que el Uruguay iba a honrar muchas veces: decirle a los gobernantes que su poder se topa con fronteras infranqueables, en los sentimientos y las convicciones de sus conciudadanos. En aquellos días, los europeos, inmersos en la Primera Guerra, ya tenían semillas y fermentos de apoyo a gobiernos totalitarios. La ciudadanía uruguaya, en cambio, afirmaba la independencia de su criterio, incluso frente al gobernante que mejor había construido su paz: el poder entero, a nadie.”⁷²

Entonces, ¿Por qué proteger a la familia? ¿Por qué lo hace el Derecho?

Respondo con las palabras del título de la jornada: Entorno familiar y desarrollo social, por el “el capital social de la familia y su importancia en el desarrollo del individuo y la comunidad”.

72 GUZMÁN, L., *99 años y el mañana*, El País, 31/7/15



JURISPRUDENCIA COMENTADA

HOWARD, Walter
Nulidad de testamento

NULIDAD DE TESTAMENTO

Falta de capacidad: las causas y su prueba

WALTER HOWARD

Vistos:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados "RICCI, Lucía C/ MORTOLA RICCI, Alicia Liliana –DEMANDA DE NULIDAD–" IUE 62-42/2010 venidos en apelación de la Sentencia 53 dictada por el Juzgado Letrado de Familia de Vigésimo Turno, a cargo de la Sra. Juez, Dra. Alicia Álvarez.

Sent. del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno n.º 8/2014, de 29 de agosto de 2014.

Integración: Dr. Eduardo Nelson CAVALLI ASOLE –redactor-; Dr. Eduardo Bernabé MARTINEZ CALANDRIA; Dra. Loreley Beatriz PERA RODRIGUEZ; Dr. Carlos Renzo BACCELLI ROSSARI –discorde-; Dra. María Lilian BENDAHAN SILVERA –discorde-.

Sentencia Nro. 8/2014

Montevideo, 29 de agosto de 2014

Resultando:

1ro. Por la recurrida, a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, se amparó la demanda y en su mérito se declaró la nulidad del testamento otorgado por el Señor Enrique Ricci Dell'Isola el 5 de abril de 2009 autorizado por la Escribana María Dinorah Pérez Elhordoy, por incumplimiento de formalidades prescriptas por la ley, sin condena procesal (fojas 346 a 411).

2do. El representante de la parte demandada compareció a fojas 412 a 423 vuelto, interponiendo recurso de apelación.

Se agravia de la sentencia por cuanto entiende que existen erróneas valoraciones probatorias y se ha desconsiderado un instrumento público que hace plena fe en cuanto a su contenido de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1574 y 1575 del C.C. Sostiene que la nulidad debió acreditarse mediante juicio ordinario o incidente de tacha

de falsedad que son dos vías no utilizadas en el presente caso. Agrega que no se valoró adecuadamente la declaración de los testigos del testamento y la actuación de la Escribana con veintinueve años de trayectoria en la administración pública y veinticinco años en el ejercicio de su profesión.

Señala errores en la valoración de la prueba testimonial que llevaron a la errónea conclusión que el Sr. Melgar estaba en el momento del otorgamiento, señalando que hubo dos acompañantes durante el período de internación del testador y que era posible que el testamento se hubiera otorgado cuando no hubiera nadie en la pieza además de Ricci. Repasa las declaraciones de la testigo Leiva y afirma que no puede estar segura si en algún momento específico había alguien más en la pieza. Agrega que el testigo Melgar confundió semana de carnaval con turismo y que no está proba-

do cuándo ingresó a La Española. Tampoco las declaraciones de la Sra. Gori arrojan precisión sobre el punto, en tanto no sabe con certeza en qué internación lo visitó, si era o no semana de turismo, si el día era hábil o no y recién al final de la declaración señaló que no fue el día 8 de abril sino el 18 de ese mes. Por ello no puede afirmar si había o no alguien en la habitación.

Entiende que el testimonio de Garcés puede inducir en error pues se trata de una única declaración sobre que concurren dos testigos acompañando a la Escribana pues por su rol de cuidadora ve a varias personas entrando y saliendo y no es suficiente para desacreditar lo que declaran cuatro testigos del testamento, cuando ellas son consistentes.

No comparte la trascendencia entre lo manifestado por Garcés que Ricci reconoció a los testigos y que dos de ellos no lo conocían. Sostiene que la acompañante estuvo poco tiempo y salió enseguida. Además no podía distinguir un saludo genérico cuando Ricci se estaba despertando y ya conocía a la Escribana y a uno de los testigos.

En cuanto a la contradicción apuntada por la sentencia en el sentido que Ricci pidió su cédula antes de firmar, en la que habrían incurrido los testigos Abella y Fagúndez, destaca que no hubo repreguntas a este último, sobre a qué documento se refería, si comprendía en esa categoría a la cédula. Además, sostiene que puede ser una contradicción originada en naturales olvidos, confusiones propias de hechos que habían pasado hace dos años atrás.

A continuación reitera el valor de la prueba documental, cita doctrina insistiendo que es más fiable que la prueba testimonial.

Repasa los testimonios de la Escribana actuante, los testigos del acto Rivero, Abellá, Fagúndez, resaltando las coincidencias.

Tras hacerse una serie de preguntas hipotéticas de porqué razón la Escribana se arriesgaría a realizar un acto nulo, cita doctrina y jurisprudencia de esta Sala para concluir que el Ministerio Público ni siquiera consideró causal de nulidad, sugiriendo que no se hiciera lugar a la demanda.

Pidió que en definitiva se revocara la sentencia impugnada, desestimando la demanda.

Se ordenó la sustanciación del recurso.

3ro. El representante de la parte actora evacua traslado de la apelación de fojas 426 a 434, contestando los agravios y adhiriendo en cuando entiende que el fallo debió declarar además la nulidad por falta de capacidad.

En cuanto a la apelación principal, contestó que compartía la valoración probatoria por cuanto se verificaban contradicciones entre los propios testigos instrumentales y el resto de los testigos que llevan a sostener que no hubo continuidad del acto, se violó la solemnidad del artículo 794 C.C. por lo que el testamento debía ser declarado nulo. Valora negativamente el testimonio de la Sra. Gori por las contradicciones en que incurre. En cambio valora que haya manifestado que la escribana actuante es profesional de confianza del esposo de la demandada beneficiaria del testamento que es un hecho fuera de lo común.

Hace hincapié en que los testigos son contestes en que había otro paciente en la cama de al lado, lo que es refrendado por dos acompañantes, el compañero de la habitación y la testigo Gori. Son testigos que entiende son fiables pues no tienen interés ninguno en el proceso y dos de ellos señalan que el testamento fue un domingo y que con la Escribana fueron dos personas y no tres. En cambio los testigos instrumentales señalan que la cama de al lado estaba vacía lo que prueba que no estaban presentes.

Hace caudal de las conclusiones de la sentencia que hubo contradicción entre dos testigos sobre si Ricci pidió o no la cédula, que la acompañante reconoció a quienes venían con la Escribana hecho que delata que no estaban Abella y Fagúndez quienes no se conocían con el otorgante.

Agrega que existe una serie de circunstancias como la firma en domingo de semana de turismo, la intervención del Sr. Tutaglio, los testigos instrumentales reconocieron relación de amistad con la beneficiaria del legado y su esposo, por lo que comparte la valoración de la Sede.

Citando doctrina, controvierten que deba darse preeminencia a lo consignado en el documento frente a todo el caudal probatorio consignado.

Adhiere al recurso por entender que es errónea la conclusión de la Sede en el sentido que no fue probado que el Sr. Ricci no gozara de su libre uso de la razón en el momento del otorgamiento. Invocando una sentencia de esta Sala señala que el giro “altamente probable que el paciente no pudiera expresarse con claridad” debe ser entendido como certeza. Como la expresión “casi totalmente” para descartar la posibilidad que en algún momento atravesara un período lúcido. Entiende como lógico que el perito expresara a fojas 314 que al no contar con elementos clínicos por no haber estado con el paciente, no pueda expresar cuál era su estado el preciso día que otorgó el testamento.

Rescata otros testimonios de los Dres. Karsaclián, Pintos, Lamas, De los Santos y Fierro para sostener que existen elementos claros que demuestran alteraciones importantes durante la internación, por lo cual sería concluyente que el testador no gozaba del libre uso de la razón y el estado presuncional de incapacidad.

Entiende que existe prueba cuantiosa de

que el causante no gozaba del libre uso de la razón, destacando el testimonio de Melgar quien no tiene interés en la causa. Asimismo de Milia Fera quien no fue conocida por el causante que estaba con oxígeno y que relató que fue el sábado que empezaba turismo. Asimismo, la declaración de Leiva, Reyes y Garcés que relatan episodios de exhibicionismo, incoherencias. Cita doctrina prestigiosa para sostener que es errónea la conclusión que si el Sr. Ricci reconoció a quienes venían con la Escribana ello es demostrativo de la capacidad.

Concluye pidiendo que se confirme el fallo en cuanto declaró nulo el testamento por no haberse cumplido las formalidades legales y se revoque declarándose la nulidad por la causal prevista en el artículo 831, numeral 3ro. CC, con costas y costos a cargo de la parte demandada.

Se sustanció la adhesión por auto N° 3277/2012 de fojas 435.

4to. A fojas 436 a 441 el representante de la parte demandada evacuó el traslado conferido, expresando que la prueba pericial era clara en que no se podía descartar momentos de lucidez, lo que era un requisito *sino que non* para la declaración de nulidad.

En cuanto a los testimonios de los médicos refiere a que se toman expresiones fuera de contexto, cuando los Dres. Karsaclián, Pintos y Lamas fueron claros en declarar en un sentido contrario a la actora. Agrega que el Dr. Fierro hizo consideraciones generales pero no específicas al caso del Sr. Ricci y que no se hizo referencia a otros nueve testimonios de médicos que fueron coincidentes y convincentes para abonar el fallo de primera instancia.

Crítica la valoración que hace la contraria del testimonio del Sr. Melgar por las contradicciones en que incurrió.

Señala que las conjeturas sobre quien

contrató a la escribana, destaca que no hubo apuro pues está probado que las conversaciones provenían de antes de la internación.

Pide que se haga lugar a la apelación principal y se rechace la adhesión con costas y costos.

5to. Por auto N° 3993/2013, la Sede *A-quo* franqueó los recursos (fojas 442).

Llegado el expediente al Tribunal, se dispuso el estudio sucesivo de los Sres. Ministros, previa vista al Ministerio Público (Decreto N° 968/2012 fs. 447).

La Fiscalía se expidió por no hacer lugar a la pretensión incoada, reiterando su dictamen anterior (fojas 448).

6to. Cumplido el estudio, se dispuso prueba por informes como diligencia para mejor provee (fojas 450).

La misma se diligenció a fojas 461 a 464.

Se convocó a audiencia y a fojas 475 se solicitó prueba testimonial por parte de la actora.

La audiencia se desarrolló conforme luce el acta de fojas 477 a 479, no disponiéndose el diligenciamiento probatorio testimonial e invitándose a las partes a formular alegatos.

Se dispuso nuevamente el pasaje en vista al Ministerio Público expidiéndose la Fiscalía favorablemente a la revocación del fallo en los términos solicitados por la demandada (fojas 480 a 481).

Puestos al Acuerdo y mediando discordia se integró el Tribunal, recayendo la integración en la Sra. Ministro Lilian Bendahan (fojas 485 y 488).

Se dispuso segundo estudio y pasaje a estudio de un nuevo integrante de la Sala, según queda consignado a 488 vuelto y si-

guientes.

Subsistiendo discordia se llamó nuevamente a integración recayendo ahora la designación en el Sr. Ministro, Dr. Carlos Baccelli (fojas 496).

Producido cese por jubilación de otro de los miembros naturales y persistiendo nuevamente discordia que impedía alcanzar mayoría necesaria, pasó a estudio de la nueva integrante de la Sala Dra. Loreley Pera.

Finalmente, puestos al Acuerdo y mediando mayoría legalmente necesaria para hacer lugar a los agravios de la apelación principal y en su mérito revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad por vicio de forma y desestimar los agravios de la adhesión, confirmando la sentencia en cuanto desestima la incapacidad del otorgante para testar, se dispuso el dictado de sentencia anticipada.

Considerando:

1ro. El Tribunal integrado y con número de votos suficientes habrá de revocar la sentencia en los términos que se dirán más adelante, desestimando la demanda.

2do. Señala el artículo 140 CGP que la prueba debe ser apreciada en su conjunto, lo que es recogido en doctrina como principio de unidad de prueba. KLETT y varios autores sostienen que ello implica confrontar las diversas pruebas, puntualizar sus concordancias y discordancias y concluir sobre el convencimiento que ellas globalmente consideradas, permitan (Principios de la prueba en el sistema procesal civil, RUDP 1/2001, página 107).

Por su parte LANDONI enseña que este principio se conecta con el de adquisición del medio probatorio, de modo que la íntima conexión y la delicada concatenación lógica de la teoría de la prueba y la necesaria visión global del cúmulo de pruebas

reunidas en el proceso que se debe considerar como se enseña en el derecho anglosajón, como una “masa de prueba” (Código General del Proceso, comentado..., Vol. 2 A, página 408 y 409).

La sentencia de primera instancia a partir del material probatorio supone un gran esfuerzo en el cumplimiento de este principio legal, de visión de la prueba en su conjunto en trámites como el presente, donde cada elemento aporta como ladrillos en busca de un muro de certezas, sobre todo cuando el principal protagonista del episodio juzgado no puede dar su versión.

A pesar de ese saludable esfuerzo, la mayoría de la Sala estima que la prueba diligenciada de iniciativa probatoria en segunda instancia, por la cual la Asociación Española informó que el Sr. Carlos Melgar ingresó a su internación el día 6 de abril de 2009, o sea al día siguiente de otorgado el testamento, derrumba el endeble muro de conjeturas que permitía sostener la existencia de contradicciones que meritaban a la primera instancia a estimar la demanda por motivos de violación a las formas testamentarias.

En efecto, de la constancia de fojas 464 emerge un documento que indudablemente proviene de un sistema informático sobre la fecha de ingreso del Sr. Melgar. Ello sumado a sus propias contradicciones sobre la fecha de su ingreso, si fue semana de carnaval o de turismo (véase fojas 45 y siguientes) termina por restar credibilidad a su testimonio. Y concomitantemente, las razones por las cuales la sentencia de primera instancia quitó valor a las declaraciones de los testigos instrumentales cobran fuerza. En otras palabras, los testimonios de Sergio Rivero a fojas 43 vuelto, José Abella a fojas 45 y Paola Fagúndez a fojas 46, no son contradictorios entre sí en cuanto a que en la cama de al lado no había nadie ni tampoco contradicen el informe de fojas 464.

Como contrapartida el testimonio de los Sres. Melgar y Garcés en los que la decisión apelada se apoya y a los que se asignó gran importancia, caen por la contradicción que supone la prueba documental aportada por la Mutualista.

La parte actora debía demostrar que no estuvieron presentes los tres testigos y la mayoría de la Sala estima a raíz de la nueva prueba que no ha cumplido su carga pues no existe certeza de la veracidad de los testimonios de los Sres. Garcés y Melgar sobre que sólo ingresaron dos personas con la Escribana autorizante.

Al contrario, el examen conjunto de los medios probatorios permitiría demostrar que la prueba de la referida profesional y de los testigos es sólida en cuanto a la presencia de ellos cuatro el domingo 5 de abril de 2009, en la Sala del sanatorio principal de La Española, donde se otorgó el acto.

Las contradicciones sobre si el Sr. Ricci pidió o no la cédula de identidad para co-tejar su firma y si el Sr. Ricci reconoció a los testigos instrumentales Abella y Fagúndez no pueden hacer caer por ellas mismas el testamento.

La primera podrá denunciar en todo caso olvidos o interpretaciones disímiles de hechos menores, que los testigos no tienen por qué recordar al unísono a un año y medio que separa el otorgamiento del testamento respecto de su declaración en la audiencia consignada a fojas 42 y siguientes.

La segunda, supone dar mayor credibilidad a los dichos de una asistente sanitaria como Garcés. Las reglas de la experiencia indican que no se puede recordar con el detalle que lo hace, aún con la precaución que puede tener una persona que va a ser llamada como testigo dos años después, sobre lo que ocurrió en su labor como acompañante. Como expresa la parte demandada, la vida hospitalaria supone el continuo ingreso y

egreso de diferentes personas como personal de la salud, visitas, parientes, etc. en la sala donde están los pacientes internados y no parece razonable dar mayor credibilidad a una acompañante que ejercía habitualmente ese oficio que a dos testigos instrumentales que dicen que no conocían a Ricci. Por otra parte, qué sentido tendría que dijeran que lo conocía si realmente no lo habían visto antes.

4to. En cuanto a la capacidad, la mayoría de la Sala integrada comparte las conclusiones de la sentencia de primera instancia. Los agravios de la parte actora expresados en la adhesión, se basan en buena medida en aspectos parciales de los testimonios.

La pericia parte de consignar que el día del otorgamiento del testamento no hubo constancia sobre el estado de conciencia. Si en cambio que en días aledaños hubo constancia de alteraciones de orientación temporopacial y en el estado de vigilia oscilaciones en distintos momentos. Pero las alteraciones mayores aparecen varios días después. Considera la calidad de fumador, la aparición de involución encefálica, los momentos estresantes vividos para concluir que Ricci presentaba elementos de vulnerabilidad. La conclusión fue que no era posible afirmar cuál era el estado de discernimiento en el momento de la firma en cuestión, su capacidad de apreciar el grado de adecuación o no de sus acciones estaba comprometida en días previos y posteriores, no evidenciándose que el día 5 escapara a la evolución del cuadro clínico. Si bien descarta casi totalmente en la declaración en audiencia que pudiera estar atravesando un momento de lucidez en la firma, añadió que en las condiciones suyas las alteraciones pueden ser sumamente variables en el tiempo incluso en el mismo día.

La Sala estima que existe contradicción entre lo manifestado en la misma audiencia de declaración del perito (fojas 314 y 315) desde que señala que casi totalmente se des-

carta períodos de lucidez pero luego añade que las alteraciones que padecía suelen ser sumamente variables (...) incluso del mismo día.

El dictamen que se reitera es contradictorio y no arroja definitiva luz, no alcanza como prueba concluyente de la alegada incapacidad del Sr. Ricci en base a dos órdenes de razones que son fundamentales para el Tribunal.

5to. La primera de ellas es que varios médicos le asistieron y consignaron lo que estimaron del caso en la historia clínica. Con ella presente, en audiencia, brindaron testimonios de cuyo conjunto no puede concluirse la supuesta incapacidad. A fojas 238, Piñeiro señaló que hizo el procedimiento de cardioversión eléctrica y no hubiera hecho de constatar que el paciente estuviera desorientado y en cuanto al fármaco utilizado destacó la tendencia al sueño o el estado soporoso como si tomara alcohol. Ejemplificó que a las pocas horas se puede estar bien, incluso trabajar. Esa conclusión fue también de los testigos Dra. Ramos, Dr. Rocca a fojas 254. La Dra. Panizza fue clara que de existir alguna alteración de conciencia lo hubiera consignado en el resumen de egreso de fojas 147.

El día antes y el día después del testamento vio al paciente la Dra. Prego y a fojas 283 declaró no haber dejado constancia alguna sobre si el paciente estaba confuso y lo hubiera hecho de no haber podido interrogarlo o que no comprendiera órdenes.

El día 5 de abril fue visto por la Dra. Ramos que no apuntó ningún episodio significativo sobre la capacidad y cuando está planteada el alta no figuran consultas con psiquiatras y como podía continuar el tratamiento en domicilio se otorga el egreso.

Si bien de los testimonios suyo y de la Dra. Lamas puede desprenderse que el 3 de abril estaba confuso no existe ninguna

otra consignación similar en el día del testamento.

El Dr. Karsacilian lo trató el día 8 señalando que le parecía que el paciente estaba lúcido, no recordando que estuviere desvariando. Incluso recuerda un diálogo (fojas 188 a 190).

Posteriormente a la internación, los Dres. Griselda Pereira y Carlos Rocca señalaron que lo vieron respectivamente los días 30 y 31 de abril, que continuaba el tratamiento con el mismo fármaco y que no consignó que estuviera confuso, agregando que lo hubiera hecho de constatarlo.

De la visión global de estos médicos que trataron al Sr. Ricci en época aledaña al testamento, puede señalarse que para la mayoría de la Sala, el peritaje queda severamente cuestionado en cuanto afirma que descarta casi totalmente episodios de lucidez. Y es posible apartarse del mismo pues los propios profesionales que le trataron no señalan el estado de confusión del que pretende hacerse valer la parte actora.

Además, los médicos que tratan al paciente entre que se le da el alta en abril y la nueva internación, no aportan datos significativos sobre la supuesta incapacidad. En ese sentido se suman los testimonios de los Dres. Fierro (que es geriatra e internista) a fojas 279, destacando que para el ingreso a la sucesiva internación estaba vigil y bien orientado. Sin embargo no podía asegurar que no pudiera estar lo suficientemente lúcido para otorgar el testamento ni que el tramadol le ocasionara estado confusional.

También fue visto en ese período por el Dr. Vigni que lo trató el día 6 de mayo consignando que estaba bien orientado en tiempo y espacio. El Dr. Pintos destacó que había ingresado a esa internación lúcido y orientado y que lo vieron dos psiquiatras que así lo consignaron (fojas 244).

El psiquiatra De los Santos declaró a fojas 276 que Ricci no estaba en el centro de recuperación por problemas siquiátricos y no destacó otro trastorno que la depresión.

6to. El segundo orden de razones para el apartamiento de las conclusiones del perito que en parte asignarían razón a la parte actora sobre la ausencia de momentos de lucidez, viene de la mano de los antecedentes al testamento y los hechos posteriores.

En efecto, no es posible dudar que la Escribana ya había conversado con Ricci sobre el testamento y que lo había hecho en la propia casa de la calle Viejo Pancho, que la familia le había dado documentos para la confección del instrumento. Esta declaración de fojas 42 y siguientes, fue realizada en audiencia por la Escribana Pérez, estando presente la Sra. Ricci sin que hubiera repreguntas pedidos de careo o cuestionamiento alguno.

De lo que no puede haber dudas es que egresado de la internación en la segunda semana de abril, el Sr. Ricci debió tener seguramente períodos de lucidez como se constató al ingresar en mayo de 2009 a la segunda internación consecutiva. Por tanto debió saber que había firmado el instrumento y no desarrolló ninguna acción por lo menos que esté alegada en el expediente, tendiente a desactivar los efectos de un acto que no deseaba.

De modo que, más allá de las cuestiones médicas, existen antecedentes y consecuencias a la firma que explican la voluntad del testador de otorgar el legado y que una vez realizado el acto no hubo voluntad contradictoria.

7mo. Finalmente, para la mayoría de la Sala integrada, los hechos como que quien contrató a la Escribana fue el esposo de la legataria por ser conocidos, que dos de los testigos no eran de conocimiento del Sr. Ricci, los cuestionamientos sobre quién pagó los

honorarios son todos datos equívocos que llevan a dudas razonables. Esto es, estos hechos y circunstancias examinados racionalmente pueden llevar tanto a la conclusión de la posibilidad de aprovechamiento de la situación de Ricci supuestamente incapacitado por sus dolencias, como a otra que concluya que en realidad su voluntad fue dejar la casa a la sobrina y que ella se encargara por ella misma de todo el trámite.

8vo. En conclusión, los agravios de la parte apelante principal son de recibo y no lo son aquellos de la apelación por entender la mayoría de la Sala integrada que la Sra. Lilian Ricci no ha probado ninguna de las causales de forma y fondo en que basó su pretensión.

9no. No se dispondrán condenas procesales por no corresponder.

Atento:

A lo establecido en las normas mencionadas y artículos 248 y siguientes CGP, el Tribunal en Acuerdo y decisión anticipada,

Falla: Revocando la sentencia impugnada y en su mérito desestimando la demanda, sin especial condenación en la instancia. Notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Dr. Carlos BACCELLI. Discorde: Hago lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 412 porque se sumaron varias irregularidades que determinaron el no cumplimiento con la unidad de acto en la realización -otorgamiento- del testamento impugnado; es decir, la falta de lectura, otorgamiento y autorización con el testador presente y los tres testigos, en un solo acto, determinaron que el testamento sea nulo por falta de la solemnidad exigida por la ley. Corresponde confirmar en relación a la adhesión a la apelación, hago lugar a la misma, en el sentido que el testador al momento de realizar el testamento se hallaba privado del libre uso de la razón. En efecto, el estado del paciente,

carente de lucidez en el período del otorgamiento -padecía de bradipsiquia- corresponde además analizando toda la prueba en su conjunto, concluir que el Sr. Enrique Ricci no gozaba de libre uso de la razón. Corresponde hacer lugar a la adhesión.

Dra. María Lilian BENDAHAN. Discorde. Por entender que debe hacerse lugar a la apelación adhesiva, confirmando la sentencia de primera instancia en cuanto anula el testamento; sin embargo entiendo que se trata de nulidad por razones de fondo, haciendo lugar a la apelación adhesiva. La prueba debe analizarse en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Lo que se considera en la apelada defectos formales que le llevan a la anulación por motivos de forma, obedecen y apuntan en la misma dirección que el resto de la prueba, indicando una ausencia de aptitud del testador a la época del otorgamiento para suscribir el acto de última voluntad, una manipulación, aprovechamiento de la situación del testador por la beneficiaria -que fue la que hizo realizar todo el acto como resulta claro de la declaración de la misma Escribana interviniente-. Véase que era el esposo de la sobrina el que llamaba a la profesional diciendo que había apuro. De lo contrario no se explica el apuro si poco después de su internación fue dado de alta. Por lo demás hay abundante prueba en el contexto incluyendo la documental de la historia clínica, la testimonial y la pericial en el mismo sentido. No es necesario probar que en el día mismo del testamento estaba confuso, basta con los indicios que son muchos de la existencia de lo que se llama "estado presuncional" de insania. Se destaca que el perito declaró en audiencia que era casi imposible que estuviera en un estado lúcido al momento del otorgamiento. Entre nosotros, se sostiene: "Los incisos 2 y 3 del art. 831 C.C. constituyen la disciplina específica de los testamentos en materia de capacidad, con una función propia y contenido autónomo, lo que excluye la aplicación de los arts. 438/439 C.C., estableciendo un

régimen más exigente en materia de liberalidades respecto del consagrado en general para los negocios jurídicos, ya que el testamento, por su carácter de acto de liberalidad, exige una más completa libertad de espíritu en el testador, para cuya apreciación los tribunales gozan de mayor libertad, no limitados a las dos condiciones establecidas por el art. 439 C.C.” (Sent. N° 239 /87, Juz. Civ. 13, Dr. Bermúdez, en *A.D.C.U.* T. XVI-II s. 730). “Los artículos 438 y 439 del C.C. constituyen el derecho común con respecto a la incapacidad provocada por la demencia y la anulación consiguiente de los actos cumplidos en ese estado. Los incisos 2° y 3° del art. 831 constituyen la disciplina de excepción específica de los testamentos. No admitiendo estos presupuestos, el artículo 831 estaría demás, ya que todas las situaciones estarían resueltas por los textos precitados. Un simple reenvío a los mismos sería suficiente. Aceptando aquellos presupuestos, el artículo 831 tiene su función propia y su contenido autónomo que responde a una previsión razonable y lógica del legislador, ya se atribuya como fundamento del texto la necesidad de prevenir las maniobras de captación (Vélez Sársfield. Nota al artículo 3615), ya se le considere como la expresión de un criterio más riguroso que para los actos onerosos, y no como la exigencia de una inteligencia más viva (Planiol, Ripert, Trabat, pág.182, V) o ya se invoque la necesidad de la concurrencia de la más absoluta libertad moral, tanto más necesaria si se tiene en cuenta, como advierte Baudry, que quien testa, se encuentra con frecuencia cercado por la intriga y la concupiscencia. Por ello, no sólo la demencia, fórmula, con que la ley comprende toda la psicosis, produce la incapacidad. También la provoca la ebriedad y cualquier otra causa capaz de imponer al ánimo del Juez, la convicción de que el testador no gozaba del libre uso de su razón” (Sentencia del Dr. Álvaro Macedo del 23 de mayo de 1941, publicada en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T. XXVII, págs. 206 y ss. y en *L.J.U.* T. III, c.

716). Es así que de la prueba producida debe surgir que el otorgante del testamento se encontraba privado del libre uso de su razón por existir al tiempo del otorgamiento la demencia que hubiera llevado a la posterior declaración de incapacidad, de no fallecer antes, por lo tanto, expresamente comprendida entre las causas de incapacidad establecidas en forma no taxativa, para los casos en que el disponente no se encontraba bajo interdicción, por el inc. 3° del art. 831 del C.C. Debe surgir la prueba de la insania actual al momento de testar, según lo requiere la doctrina y la jurisprudencia, haberse acreditado su existencia anterior y posterior al acto, estableciéndose lo que se ha dado en llamar “un estado presuncional de incapacidad” (vide Vaz Ferreira, *op. cit.*, pág. 336, Cfm. *A.D.C.U.* T. XXII, s. 678 y 679, *L.J.U.* Tomo XCIX, caso N° 1279), o “incapacidad natural”. En el mismo sentido, expresa el T.A.C. 6° Turno en Sentencia N° 403/89: “...la citada disposición legal (art. 831 nral. 3°, C.C.) tiene cierta vinculación con el art. 901 del Código Civil francés, en cuanto exige que el donante entre vivos o el testador sea “sain d’esprit” (sano mental), en forma similar a la Ley Civil italiana (art. 763, inc. 3°), que declara incapaz de testar a quien “se pruebe que no ha estado sano de espíritu al hacer el testamento” (Josserand, *Derecho Civil*, t. III, vol. 3°, pág. 92; Coviello, *Doctrina General de Derecho Civil*, pp. 189-190). En nuestro derecho, se concluye, la medida de capacidad está dada por el concepto legal preindicado: “el libre uso de razón”, como sostiene prestigiosa doctrina.

COMENTARIO

1. Planteamiento

La interesante sentencia cuyo comentario emprendo da solución a un litigio que suele ser de frecuente aparición en la práctica forense, esto es, la demanda de nulidad

testamentaria con base en la presunta incapacidad del testador.

A raíz de ello, la ocasión es propicia para un análisis de las causas de incapacidad testamentaria (y de reflejo, la denominada «testamentifacción activa») y las pruebas requeridas –según criterios que recoge la jurisprudencia– para la comprobación de la inaptitud al respecto.

Es sencillo de visualizar que los principales conflictos en lo atinente al tema se presentan –como acontece en el fallo transcripto– cuando se alega por uno de los litigantes la ausencia del libre uso de la razón por el testador en el momento de otorgamiento del acto de última voluntad, dado que se trata –de ordinario– de hipótesis en las cuales ya ha fallecido el otorgante y las pruebas al respecto se dificultan.

Como es ostensible la autonomía privada en la regulación de los propios intereses del sujeto sólo puede ser reconocida en la medida en que quien emite la voluntad disfruta del discernimiento y responsabilidad necesarios para otorgar el acto que se trata. A raíz de ello, el ordenamiento preceptúa que determinados sujetos –sea en virtud de una falta de madurez abstractamente considerada, sea por la presencia de alteraciones psicológicas que conducen a que estén imposibilitados de exteriorizar una voluntad reputada apta– son incapaces para intervenir en los negocios que les conciernen. Para estos sujetos el propio ordenamiento recoge dos medios que les permiten ser destinatarios de efectos jurídicos: la representación legal y la asistencia, en las cuales se sustituye o se complementa la voluntad. Sin embargo, esos instrumentos no son idóneos para la emisión del querer testamentario por la condición personalísima del acto, que no admite sustitución, ni complemento de voluntad. Por ende, la capacidad para testar es en todo caso una capacidad plena (no atenuada) y cuando está ausente se traduce en una incapacidad jurídica específica.

Según el inc. final del art. 831 del C.C.U., los individuos no comprendidos en las prohibiciones que se contienen previamente en el mismo precepto son hábiles para disponer por testamento; por lo cual, las causales de incapacidad previstas son las únicas que recoge el ordenamiento uruguayo. De lo dicho se deduce que a fin de disponer por testamento la regla es la capacidad y la excepción lo es la incapacidad, por lo que las incapacidades son de interpretación estricta, no extensibles por analogía¹.

Las restricciones que prescribe el precepto tienen que ver con la falta de edad (ord. 1º), con la condición mental (ords. 2º y 3º) y con la imposibilidad de expresar la voluntad (ord. 4º).

De todas maneras, existen determinadas limitaciones específicas, que dicen relación no con la posibilidad de testar, sino con hacerlo a través de determinada especie de testamento; así, acontece, a vía de ejemplo, con los mudos, los sordos o los ciegos.

Esas causales deben ser apreciadas en el momento del otorgamiento del negocio. En efecto, de conformidad con el art. 832 del C.C.U., «es nulo el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas expresadas en el artículo precedente, aunque ella posteriormente deje de existir. Por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de dichas causas».

El inc. 2º del art. 832 permite concluir en

1 Comentando el art. 591 del C.C. italiano, que preceptúa que «pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley», en la doctrina se expresa que con ello se quiere vetar al intérprete la posibilidad de crear con el auxilio de la analogía o de los principios generales casos de incapacidad que no estén expresamente previstos por la ley (CICU, Antonio, *Testamento*, 2ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, pág. 104). Algo similar se expresa en la doctrina española por parte de PUIG BRUTAU, quien señala que no cabe extender por analogía las causas de incapacidad para testar (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 18).

algo obvio: que la capacidad del testador debe ser apreciada al momento en que se otorga el acto. Empero, si de esa disposición sólo pudiera extraerse ese corolario, bien inútil sería, puesto que el ord. 3° del art. 831 ya requirió que el libre uso de la razón existiera «actualmente», esto es, cuando se otorga el testamento. Pero el precepto nos lleva a una conclusión de mayor relieve: la pérdida posterior de la capacidad no influye sobre el negocio otorgado antes de caer en ella, careciendo de trascendencia el estado mental del sujeto a su deceso. Aun cuando es patente que la disposición hoy podría abrogarse sin inconvenientes, existe una razón histórica que justifica su mantenimiento: en el Derecho romano y en las Partidas en los casos de confiscación, pena de muerte y otros de *capitis diminutio*, la pérdida de la testamentifacción activa en el período comprendido entre el testamento y la muerte del testador alcanzaba a la validez del testamento ya otorgado, volviéndolo irrito².

2. Las causas de incapacidad en materia testamentaria

Las causas incapacitantes para disponer por testamento alcanzan a todas las especies testamentarias, esto es, tanto a las solemnes como a las menos solemnes o especiales. Según el mencionado art. 831, las causales de incapacidad para testar son las siguientes:

2.1. Impubertad. Conforme con el ord. 1° del art. 831, son incapaces para testar los impúberes, esto es, los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años.

En una postura que viene desde el Derecho romano y que fuera recogida por las Partidas, los púberes tienen capacidad plena para testar y no requieren la asistencia de ninguna persona.

2 ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1°.A, Artículos 657 a 693 del Código Civil -Dir.: Albaladejo-, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990, pág. 80.

Dado que se trata de un acto personalísimo, los impúberes adolecen de incapacidad específica de goce para testar; por el contrario, los púberes gozan de capacidad plena al respecto. Y esto último resulta no sólo del inc. 2° del precepto que expresa que «los que hayan cumplido respectivamente esa edad (la de la pubertad), podrán testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad», sino también del art. 265, según el cual «la patria potestad no se opone a la facultad de testar de que goza el hijo, en llegando a la edad establecida en el Título De la sucesión testamentaria».

Por ende, tratándose de impúberes —y lo mismo acaece con quienes padecen una minusvalía intelectual, haya o no interdicción—, en virtud del carácter personalísimo del negocio *mortis causa*, están imposibilitados de testar, en la medida que la voluntad del sujeto no puede ser remediada a través de la representación, ni de la asistencia.

Sin embargo, aun cuando el texto no lo establece, es patente que esa libertad de testar en la pubertad no sólo alcanza a los menores sometidos a patria potestad, sino también a los sujetos a la tutela y a aquellos que no están incorporados en el marco de ningún instituto de protección.

Por consiguiente, si bien los púberes son de regla incapaces para actuar en actos *inter vivos* o en sede contractual, en materia de testamento gozan de plena capacidad. En la doctrina argentina se han fundado las menores exigencias para la testamentifacción activa en que los actos *inter vivos* producen efectos inmediatos e irrevocables, de forma que pueden generar efectos irremediabiles, en tanto el testamento al ser un acto esencialmente revocable y producirlos únicamente después de la muerte de su autor, mira más que nada a los sentimientos de afecto y gratitud del testador³.

3 PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bs. As., Ediciones Depalma, 1981, pág. 235.

En los ordenamientos comparados en general se establecen edades superiores a las previstas en el Derecho uruguayo. Como muestra: en el C.C. francés, el art. 904 dispone que «El menor, que haya cumplido los dieciséis años y no se haya emancipado, sólo podrá disponer por testamento y únicamente hasta la mitad de los bienes de los que la ley permite disponer al mayor de edad. No obstante, si fuere llamado a filas en una campaña de guerra podrá, mientras duren las hostilidades, disponer de la misma cantidad que si fuera mayor de edad, en favor de uno cualquiera de sus parientes o de varios de ellos y hasta el sexto grado inclusive, o, también en favor de su cónyuge sobreviviente. A falta de parientes en sexto grado inclusive, el menor podrá disponer como lo haría un mayor de edad». El C.C. español en el art. 663 previene que son incapaces para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo, salvo cuando se trate de testamento ológrafo en que se requiere la mayoría de edad. El C.C. italiano en su art. 591.1 preceptúa que son incapaces de testar aquellos que no han cumplido la mayoría de edad (esto es, los 18 años). El C.C. portugués en el art. 2189 prevé que son incapaces para testar los menores no emancipados. El C.C. argentino hoy abrogado disponía en el art. 3614 que «no pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo» y en su versión 2014 el art. 2464 prescribe que «pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto».

2.2. Interdicción⁴. La demencia como causal de nulidad testamentaria provoca en el sujeto alterado mentalmente una incapacidad específica de goce, dado que le es absolutamente imposible producir efectos jurídicos a través de ese negocio. En razón de su condición, no puede actuar por sí mismo, pero por tratarse de un acto personalísimo (art. 782), tampoco puede hacerlo su representante legal en su nombre. La interdicción

⁴ Vid. para lo que sigue: HOWARD, Walter, *Incapacidad e inhabilitación*, Ed. Universidad de Montevideo, 2005, en especial págs. 107-115.

total, sea interina o definitiva, provoca la privación de la capacidad de obrar de quien la padece, pero que en materia testamentaria se extiende a una incapacidad específica de derecho, en la medida en que no es admisible el otorgamiento de un testamento mediante representante legal.

En la materia indagada, el C.C.U. diferencia dos supuestos, según el testador se encuentre sometido a interdicción o no. Y como se ha reconocido por los órganos judiciales no son razonablemente susceptibles de invocación simultánea las situaciones previstas y organizadas por los numerales 2° y 3° del art. 831 del C.C.U, puesto que, una persona está o no está interdicta.

El ord. 2° del precepto dispone que no pueden testar: «los que se hallaren bajo interdicción, por razón de demencia, aunque tuvieren intervalos lúcidos». La interdicción coloca a quien la padece la perturbación mental en un estado de incapacidad que tiene las características de formal y permanente, que no admite prueba en contrario y que se mantiene con prescindencia de la verdadera condición psíquica del sujeto, hasta tanto no se obtenga la rehabilitación judicial⁵. Por esa razón, aun cuando quien la sufre tenga intervalos lúcidos o su alteración haya desaparecido en forma presuntamente definitiva no puede testar, mientras esa incapacidad de origen legal no sea levantada judicialmente.

La incapacidad del interdicto si bien tiene como raíz una insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, su fuente es la sentencia de interdicción. Por tanto, adoptada la providencia, no se tiene en cuenta la voluntad que manifieste para decidir la validez del negocio, sino que la nulidad de éste, está determinada exclusivamente por la incapacidad (declarada) y no por un defecto de voluntad⁶.

⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, Mdeo., 1989, págs. 126-127.

⁶ CICU, *op. cit.*, pág. 107.

Como sucede con los actos *inter vivos*, la existencia de la interdicción provoca un allanamiento del camino para la impugnación del testamento; en efecto, la nulidad del acto se prueba con la comparación de la fecha en que se inscribió registralmente la medida que mutiló la capacidad del sujeto, se trate de interdicción provisoria o definitiva, y aquella posterior en que se otorgó el testamento. Por ende, la situación en análisis coincide con lo previsto en el inc. 1° del art. 438, según el cual «son nulos de derecho los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea ésta provisoria o definitiva».

La interdicción consiste –al decir de Gamarra– en una calificación formal y permanente del estado de incapacidad, sin fisuras y sin que admita prueba en contrario⁷. Y como proclama Josserand, la medida provoca que la incapacidad de quien está sujeto a ella adquiera para lo sucesivo un carácter continuo y permanente, teniendo por efecto la supresión legal de los intervalos lúcidos⁸.

Llevadas a cabo las consideraciones anteriores, la diferencia con la hipótesis de aquel que padece alteraciones mentales, pero que no han sido comprobadas en la órbita judicial, es cristalina: los actos del sujeto eran nulos si los realizaba en estado de alteración mental; con todo, si se comprobaba la presencia de un intervalo lúcido –o compensación momentánea o temporal de la patología– al otorgamiento del negocio, ello determinaba su validez. En ausencia de interdicción, el verdadero y estricto nivel psicológico del sujeto determina la validez

o invalidez del negocio celebrado; siendo por consiguiente menester la prueba efectiva de la condición en ese preciso momento. Inversamente, una vez asido el sujeto al régimen de interdicción (o incapacidad legal), su estado psíquico real deja de tener trascendencia para la órbita negocial, dado que se lo reputa incapaz hasta tanto no sea judicialmente rehabilitado. A mayor abundamiento, carecen de trascendencia para la actuación en los negocios del sujeto los vaivenes o compensaciones que experimente la alteración que motivó la declaración de incapacidad, desde que sea cual sea su estado mental concreto, los negocios son, por virtud de la restricción de capacidad que lo afecta, absolutamente nulos.

La interdicción provoca sus efectos desde que quedó ejecutoriada la sentencia que la determina y fue inscrita en el Registro Nacional de Actos Personales – sección Interdicciones– (arts. 35 y 54 de la ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997). El vigor de la providencia que la decreta es de tal naturaleza que la medida se mantiene aun cuando hayan desaparecido las causas que meritaban su dictado. De modo que, el sujeto interdicto mantiene esa incapacidad legal hasta tanto no se pronuncie una nueva sentencia que lo despoje de su interdicción y se registre⁹.

La nulidad del acto celebrado por un interdicto se simplifica, en razón de que sólo es necesario acreditar a través de un certificado expedido por los Registros Públicos la inscripción de la interdicción con anterioridad a la celebración del negocio y que ella no había sido levantada hasta ese momento. No obstante, en los casos de negocios *inter vivos*, el Registro actúa también en beneficio

7 GAMARRA, *ibíd.*

8 JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, revisado y completado por BRUN, André, T. I, vol. I, *Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, Traducción de Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROLA, EJE, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 404 y lo mismo expresa CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, T. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares*, traducción de Manuel M° ZORRILLA RUIZ, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 598.

9 Sin embargo, en materia testamentaria, debe entenderse que la rehabilitación de la capacidad del testador que había sido declarado interdicto se produce con la sentencia que lo dispone y no es necesaria para la validez del acto otorgado que el levantamiento de las medidas que afectaban su capacidad sea registrado (cfr. por todos: CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho sucesorio*, Mdeo., F.C.U., 2013, págs. 91-93).

de los terceros, en razón de que cuentan con la posibilidad cierta de conocer el estado de incapacidad de aquellos con quienes tienen interés en celebrar un negocio.

El ordenamiento jurídico priva de repercusión a la real condición psíquica del interdicto, de manera que, el negocio celebrado es nulo aun cuando hayan desaparecido las causas que dieron lugar a la interdicción. Por ese motivo es que esta incapacidad se denomina «legal», puesto que impera con prescindencia del verdadero estado mental del interdicto: el sujeto es reputado demente aun cuando su patología mental haya desaparecido, y hasta tanto no sea rehabilitado judicialmente. La invalidez de los actos del interdicto se deriva precisamente de la declaración judicial de incapacidad, mientras que cuando no hay interdicción, la nulidad sitúa su raíz en su condición personal efectiva, la cual lo transforma en inhábil para actuar en la vida jurídica.

2.3. Falta del libre uso de la razón. Según el ord. 3° del art. 831 no pueden disponer por vía testamentaria, «los que, sin estar bajo interdicción, no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, ebriedad u otra causa». Esta disposición, sumamente más amplia que la contenida en el ordinal anterior, rige cuando no se ha llegado a la interdicción y se aplica no sólo al caso de demencia no declarada en vía judicial, sino también a otras causas que provoquen falta del uso de la razón concomitante al momento de otorgar el testamento¹⁰.

Es patente que se trata de una regla no taxativa, en tanto junto a los dementes y

ebrios –que ejemplifica el precepto–, cabe incluir a cualquiera que se halle privado, con total abstracción de la causa que llevó a ello, de su voluntad (o «razón» como indica el artículo), de conformidad con lo que ocurriría para quienes se encuentren en estado hipnótico, sujetos a medicación que les priva del libre uso de su volición, bajo los efectos de drogas psicotrópicas, etc.¹¹ Debe, en todo caso, tratarse de un estado que efectivamente prive a quien pretenda testar del necesario conocimiento para comprender la razón de sus actos¹².

La imposibilidad de otorgar un testamento válido puede originarse en causas de cierta habitualidad, como la presencia de patologías intelectuales persistentes (discapacidad intelectual congénita o adquirida), así como en hechos aislados, transitorios o que no traducen la condición constante de la persona (*v. gr.* sonambulismo, hipnosis, delirio febril, drogadicción o embriaguez).

Es obligado concluir que la disposición alcanza no sólo a sujetos que el ordenamiento reputa incapaces, como sucede con los dementes (art. 1279), sino también a aquellos capaces, en forma plena o limitada, que al otorgar el testamento están privados del discernimiento suficiente para emitir una voluntad testamentaria apta. Es natural que, en tanto negocio jurídico, se exija que el testamento contenga una voluntad hábil o solvente para producir efectos jurídicos, por lo que, cuando la voluntad que contiene es patológica o con vicios, ella se reputa insuficiente para procurar el efecto pretendido.

En la doctrina española, comentando el

10 Es claro que «el propio enunciado legal está indicando que la falta del referido libre uso de razón es un concepto amplio, que incluye todas aquellas circunstancias que –afectando la facultad de razonamiento– pueden llegar a alterar el discernimiento del agente respecto del acto que está realizando, incidiendo, finalmente, en su manifestación de voluntad» (SARLI DE ERRO, Elena, «Nulidad de testamento. Presunta incapacidad al tiempo de testar no mediando interdicción», *R.U.D.F.* n.º 15, sec. Jurisprudencia anotada, Mdeo., F.C.U., 2000, pág. 96).

11 «Es inútil examinar singularmente los diversos casos que puedan darse de existencia o falta de cabal juicio o las causas distintas que pueden motivar su ausencia. Baste decir que lo único que importa es que, procedente de la enfermedad, deficiencia, trastorno o perturbación que sea (demencia, estado hipnótico, febril, de embriaguez, narcotizado o drogado, sonámbulo, ciego de ira, en estado de postración total, etc.), persistente o transitorio, la persona carezca de la aptitud de entender y querer que el acto pide» (ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 79).

12 PUIG BRUTAU, *op. cit.*, T. V, vol. II, págs. 20-21.

art. 663 del C.C. español, Albaladejo expresa que «lo mismo habría dado en vez de decir hallarse en su cabal juicio, decir que el testador ha de tener juicio íntegro, o sano juicio, o encontrarse en el ejercicio de su razón, o tener conciencia y voluntad normales, o percatarse de lo que hace y gozar de voluntad sana para quererlo, etc. Cualquiera de esas expresiones, se tengan por más o menos ajustadas en rigor, llevaría a la idea de que la ley exige que el testador se percate de lo que hace y lo quiera»¹³.

En una dirección parecida a la vernácula, el art. 591 del C.C. italiano, luego de incluir en el ord. 2° como incapaces para testar a «los interdictos por enfermedad de mente», en el párrafo 3° incluye a «aquellos que, si bien no están interdictos, se prueba que están por cualquier causa, aunque sea transitoria, incapaces de entender y de querer en el momento en que hicieron el testamento».

El inciso final del art. 831 prevé que «los individuos no comprendidos en las prohibiciones de este artículo son hábiles para disponer por testamento». En alguna medida, el precepto es similar al art. 1278, según el cual «pueden contratar todas las personas que no estuviesen declaradas incapaces por la ley». Empero, cabe señalar que el texto legal no consagra una presunción de capacidad, sino un criterio restrictivo, aun cuando no taxativo, respecto a los sujetos que están incapacitados para disponer testamentariamente. De todos modos, es dable visualizar que existe una consagración del principio *favor testamenti*, en tanto el inc. 2° del aludido ordinal 3° impone a quien impugne el acto la carga de probar «que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón». Adviértase que si la función de la disposición sólo consistiera en distribuir la carga de la prueba, sería del todo innecesaria, en cuanto se limitaría a reiterar lo que recoge el art. 139 del C.G.P.

13 ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 78.

En orden de lo que acaba de decirse, para hacer caer el negocio *mortis causa* es imprescindible que la prueba que se presente evidencie de modo concreto, inequívoco e irrefragable que faltaba en el sujeto la voluntad de testar en el momento en que otorgó el acto.

En función de ello, para que proceda la constatación judicial de la incapacidad de obrar del sujeto y la consecuente nulidad absoluta del acto en el caso del demente no sujeto a interdicción se requiere que: a) la patología mental que padece el testador sea grave, de modo que suponga una privación del libre uso de la razón; b) ella exista en el momento en que se otorgó el testamento (no obstante, desde ya es procedente adelantar que no significa que la prueba deba limitarse al momento concreto en que se testó, puesto que —de conformidad con lo que se dirá— es admisible la prueba de que la patología demencial existía en la época en que el acto fue otorgado)¹⁴; y c) la acreditación, a través de

14 En este derrotero, en la jurisprudencia se ha proveído que «si bien en principio el vocablo utilizado por la ley en el art. 831 inc. 3°, "...actualmente..." parece referirse al momento preciso del otorgamiento del testamento, el tribunal se inclina por una interpretación amplia que se conforme con la prueba de la privación del libre uso de razón en la época del acto cuestionado y desplaza al demandado la prueba de que el otorgante se encontraba en un momento lúcido. Esta es la posición expuesta por la S.C.J. (*L.J.U.*, caso 6154) y a la que en definitiva adhieren tanto Irureta Goyena como Vaz Ferreira» [sent. del T.A.C. de 2° Turno n.° 27, de 11 de marzo de 1991 (BRITO DEL PINO —red.—, FERNANDEZ REY, ALONSO DE MARCO, VARELA DE MOTTA —disc.—), pub. en *A.D.C.U.*, T. XXII, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 1238, pág. 344].

Sin embargo, respecto a esta cuestión han existido pronunciamientos divergentes, incluso del mismo tribunal. En efecto, véanse los siguientes fallos del T.A.F. de 1er. Turno: *A.D.C.U.*, T. XXX, f. 552, pág. 203. El vocablo 'actualmente' que emplea el art. 831, ord. 3°, no es asimilable a 'época', aun cuando no se duda de que ello repercute en materia probatoria dificultando su producción. Por ende, se debe probar la incapacidad en el preciso momento en que se otorga el testamento.

A.D.C.U., T. XXXI, f. 576, pág. 255. No debe exigirse que la prueba de la incapacidad invocada existía al momento exacto en que el testamento fue otorgado; sería suficiente que el demandante acreditase que la carencia del libre uso de la razón se experimentó en el 'período' o la 'época' en que el acto último de voluntad fue emitido.

medios directos o indirectos de la existencia de la patología e inhabilidad volitiva.

Dado que la constatación del estado de incapacidad del testador conduce a que lo dispuesto no discipline su sucesión, debe basarse en una prueba inequívoca, incontrastable y convincente, puesto que, de declararse la nulidad del testamento impugnado, no sólo se perjudica a quienes se beneficiarían con él, sino que se estaría desconociendo la última voluntad de quien otorgó el acto. La comprobación judicial de la insania incapacitante debe ser refrendada a través de una prueba que no deje dudas en el ánimo del juzgador acerca de que quien otorgó el acto, al exteriorizar su voluntad, no disponía de las facultades naturales de entender y querer reputadas normales para la comprensión de lo otorgado¹⁵. Como se advierte en la literatura jurídica uruguaya, la debida comprensión de los textos conduce a «que sólo y únicamente para el caso de que se comprobare absoluta y acabadamente la existencia de alguna de las causas allí enumeradas –en el caso a estudio, la falta del libre uso de su razón– sería procedente así declararlo para hacer caer el acto. Tratándose de una norma que regula una situación excepcional, tanto debe ser de interpretación estricta en su alcance, como debe ser exigente el decisor en cuanto a tener por probados los extremos de hecho. Esto es; las dudas respecto a la configuración de los extremos de hecho que configuran la hipótesis excepcional, deben conducir a mantener la

validez del acto»¹⁶.

Conforme con el art. 832 del C.C.U., el momento en el que corresponde considerar la capacidad es aquel en que se otorga el testamento, siendo irrelevantes para su validez los cambios que intervengan posteriormente en la condición del testador.

La probanza a realizar para que se declare la nulidad del testamento está dirigida a fijar la existencia de la falta de volición testamentaria apta cuando se otorgó el negocio o, tratándose de testamento cerrado, en el momento en que se solemniza el pliego¹⁷. Y para ello es admisible la presentación de cualquier medio probatorio¹⁸, los cuales serán apreciados judicialmente según las reglas de la sana crítica¹⁹.

La vida relacional desarrollada por el testador en la época de otorgamiento del testamento, la edad, su estado general de salud, su deterioro cognitivo, los problemas de orientación temporales-espaciales, la necesidad o no de cuidados permanentes, su independencia en cuanto a la movilidad y autonomía personal en lo cotidiano, son parámetros que pueden contribuir para determinar la condición psíquica del testador.

Para la apreciación de la inaptitud de la voluntad del testador no importa que sea definitiva o transitoria. Ni la ancianidad, ni

15 En la doctrina y jurisprudencia españolas se señala que la presunción de capacidad en materia testamentaria surge del art. 662 del C.C. español («Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente»), se califica como una presunción «fuerte», que requiere de una especial contundencia en la prueba en contrario de la que quiera valerse el que discuta la capacidad. Sólo quien tiene cercenadas sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de excluir la conciencia del significado de los propios actos es un incapaz para testar, sin que basten en modo alguno para llegar a ese estado simples conjeturas (PEÑA LÓPEZ, Fernando, en AA.VV., *Derecho de sucesiones* –Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano–, Madrid, Ed. Tecnos, 2009, pág. 251-252)

16 SARLI DE ERRO, *op. cit.*, pág. 98.

17 En el testamento cerrado, la capacidad se juzga al momento de solemnizar el pliego (VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Mdeo., 1967, pág. 341).

18 *A.D.C.U.*, T. XIX, f. 481, pág. 309.

19 A vía de ejemplo, en un fallo se expresa que la prueba pericial indica que sería altamente probable que el testador tuviera sus facultades mentales deterioradas. Sin embargo, el tribunal examinando el resto de los medios probatorios (*v. gr.* declaraciones de quienes lo atendían en la Casa de Salud y médicos que lo trataron), concluye que la voluntad del testador, pese a las dificultades y naturales dudas provenientes de su edad, estado de salud, entorno familiar y social, no parece descabellada, en el sentido de favorecer a un sobrino que lo cuidó hasta el fallecimiento (*L.J.U.*, T. 119, caso 13.688).

la presencia de alteraciones físicas que no se traduzcan en una privación de las aptitudes mentales son base suficiente, por sí solas, para comprobar un estado demencial o que afecte el libre uso de la razón. Incluso, es ostensible que las disposiciones curiosas, extravagantes o inexplicables, y aun caprichosas, del testador no permiten determinar —a falta de otra prueba del estado mental alterado— la falta de raciocinio.

La presencia de alteraciones mentales menores, acaso habituales en especial para quienes tienen una edad avanzada, como cierta pérdida de memoria o dificultades de orientación, no conduce a la verificación de un estado incapacitante para testar, siempre que no apareje un estado de demencia que afecte el libre uso de la razón. Lo anterior por cuanto, como se destaca en la doctrina española, «no basta con probar la presencia de una enfermedad hipotéticamente incapacitante en el testador, y menos aún aludir a la avanzada edad del mismo; sino que hay que referir estas circunstancias al momento concreto del otorgamiento y probar su grado de influencia sobre éste. A estos efectos, se le dará trascendencia al hecho de que, de conformidad con la ciencia médica, la enfermedad que padece el testador sea o no de las que normalmente permiten intervalos lúcidos, así como la frecuencia con la que de ordinario esa patología produce tales intervalos»²⁰.

Ante la natural imposibilidad de examinar al testador adquieren particular relieve los estudios periciales de su historia clínica; en especial, por un lado, porque de ella puede surgir el estado psicológico concreto en época cercana a aquella en que otorgó el testamento; y por otro, porque es ostensible que muchas patologías intelectuales tienen un carácter progresivo-degenerativo, lo cual acarrea que a través de la opinión de especialistas en la materia pueda ilustrarse a los tribunales acerca de la condición de

una persona en una etapa determinada de su vida.

Por lo que se refiere a este aspecto, es poco menos que axiomático que los dictámenes médicos asumen un carácter prácticamente decisivo en las hipótesis en que está en juego la decisión sobre la aptitud volitiva de una persona, dada las especialidades que presentan en estas cuestiones. No por otra cosa en los procesos de incapacidad o insania, se trata de una prueba preceptiva a recoger por parte del tribunal, e incluso en un número plural de profesionales —según el C.G.P. se requieren dos facultativos (art. 440) y según el C.C.U. dos o más (art. 435)—, aun cuando se trate de un medio probatorio no vinculante para el tribunal, que lo debe apreciar de conformidad con las reglas de la sana crítica. Ahora bien, en el terreno testamentario la determinación de la presencia o no de una discapacidad intelectual (o más genéricamente de la existencia de un hecho que quebrante el libre uso de la razón por parte del testador) se dificulta sobremanera, en la medida en que ya no puede ser examinada la persona que testó. Así las cosas, es evidente que asumen trascendental importancia la historia clínica, las deposiciones testimoniales, los peritajes, etc., claro está que ello con la importante circunstancia de que ya no es posible examinar personalmente al testador. Adviértase que la intervención de un perito puede ser fundamental para determinar la aptitud volitiva del testador apreciando la propia firma de éste, a través de la correspondiente prueba caligráfica, que puede incluir hasta tres tipos distintos de examen (grafonómico, grafométrico y grafoscópico).

Como es sencillo de percibir, dada la condición de ciencias no exactas de la psicología, psiquiatría y neurología, y la diversa intensidad con que una patología puede afectar la psiquis de una persona, la cuestión de la presencia de signos inhabilitantes para testar se torna en ocasiones una

20 PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 252.

cuestión harto discutible; más aún cuando como se ha señalado ya no existe el sujeto que adoptó las decisiones testamentarias que se quieren impugnar. En este rumbo, la presencia de la enfermedad de Alzheimer en sus primeras épocas suele tener consecuencias moderadas o escasas sobre la psiquis de quien la padece. Asimismo, el conocimiento por parte de los peritos de cuáles eran los medicamentos consumidos por el sujeto en la época en que testó puede dar importantes pautas para determinar cuál era su condición.

Por lo demás, no es mala práctica notarial la de exigir a quien pretende otorgar un testamento que obtenga un certificado médico-psiquiátrico de su condición mental. Sin embargo, es patente que ello no obsta a que se impugne el acto, en la medida que se trata de la preconstitución de una prueba lograda sin control judicial, ni de aquellos que pueden tener interés en que el negocio sea nulo. Coadyuva con ello, y cabe decir que es un argumento *a fortiori*, que incluso los dictámenes periciales ordenados en el marco de un proceso son pruebas no vinculantes para el Juez, el que los apreciará según las reglas de la sana crítica (art. 184 del C.G.P.).

Las deposiciones testimoniales pueden conducir a probar la existencia o no de la falta del libre uso de la razón, en especial cuando se derivan de personas ajenas al resultado de la causa. En este sentido, los profesionales médicos que hayan atendido al testador en el período en que testó, aun cuando no sean especialistas en materias vinculadas a la condición psíquica de la persona, pueden dar pautas relevantes acerca de cuál era su estado intelectual. Y también puede ser trascendente el testimonio brindado por quienes se ocupaban diariamente del cuidado de aquél, por ejemplo, un trabajador doméstico o quienes se desempeñaban laboralmente en la residencia o institución médica pública o privada en que estaba internado.

Judicialmente se exige como probanza para la declaración de nulidad de un testamento la presencia de los siguientes factores: a) el grado de incapacidad requerido por la ley: falta de libre uso de razón en el causante, esto es, cuando el testador está privado de normales facultades cognitivas y volitivas para otorgar un acto de última voluntad; b) la presencia de ese impedimento en el momento mismo de otorgarse el acto de última voluntad, corolario del alcance temporal que cabe asignar a la expresión «actualmente» utilizada en el art. 831 ord. 3º, que es confirmada por el art. 832²¹.

El precepto en análisis emplea la palabra «actualmente» para referirse al momento en que se debe apreciar la aptitud testamentaria del sujeto. Y vinculando el acápite de la disposición con el aludido ord. 3º es palmario que el vocablo toma en consideración aquel momento en que se otorga el testamento. En este sentido, en un fallo vernáculo se proveyó que la capacidad para disponer por testamento es la regla y la incapacidad la excepción, por lo que quien alega la incapacidad del testador debe probar cabalmente y sin ninguna duda esta circunstancia. Debe probarse, a través de cualquier medio, en especial los pronunciamientos técnicos médicos especializados, la causal alegada al momento en que se otorgó el testamento en razón de la expresión *actualmente* que emplea el precepto. No obstante, podría admitirse la prueba de la incapacidad en el momento de testar a través de la comprobación de la incapacidad anterior y posterior al acto o a través de la contundente demostración de que antes de testar el testador estaba privado de razón por alguna enfermedad particular y que ella no admitía ninguna posibilidad de curación ni de mejoría²².

En función de lo dicho, cuando la persona se encuentra apta intelectualmente para exteriorizar su voluntad, el testamento es

21 A.D.C.U., T. XIX, f. 480, pág. 309.

22 A.D.C.U., T. XXIX, fs. 395-396, págs. 142-143.

válido, aun cuando se trate de un sujeto demente —siempre, obvio es decirlo, no se encuentre sujeto a interdicción—. Por esa razón, en caso del demente no interdicto que testa en un intervalo lúcido, repuesto aunque más no sea temporalmente o con su alteración mental compensada, el acto es plenamente válido.

Como indiqué, las dificultades imperantes para la probanza de la existencia de un estado de demencia en un momento concreto, como lo es aquel en que se perfecciona el testamento, dieron mérito a que judicialmente se haya procurado evitar esos obstáculos, por lo que se admitió que el acto era nulo si se evidenciaba que la demencia existía con anterioridad y posterioridad al acto impugnado, o cuando ya existía con anterioridad a él y se trata de una incapacidad irreversible²³. Así, fue recepcionada la postura de que si se detectó que la causante con 78 años era portadora de «síndrome demencial, estado confusional y delirio», según diagnóstico de tres profesionales, «no estaba en condiciones de otorgar testamento nueve meses después, dado que las emergencias de autos apuntan al carácter permanente e irreversible de la incapacidad, conclusión que reafirma la internación verificada casi dos meses después de haber aquella testado»²⁴. Como se ha dicho, citando a Irureta Goyena, «si bien teóricamente la prueba es muy difícil porque debe versar sobre el momento mismo del otorgamiento, de hecho no lo es tanto, porque si se prueba el estado habitual de demencia, la enfermedad mental anterior y posterior al acto, naturalmente se llegará a admitir la carencia del libre uso de razón también en el momento de testar»²⁵.

23 *Vid.* además del fallo pub. en *A.D.C.U.*, T. XXIV, f. 780, pág. 245 y el referido en la nota anterior, el publicado en *A.D.C.U.*, T. XXIII, f. 572, pág. 193, en donde se lee que «la determinación de la incapacidad para testar no debe referirse a una fecha específica, sino a una época, esto es, un período de tiempo en el cual existan indicios o señas de que la persona carece del libre uso de su razón».

24 *A.D.C.U.*, T. XIX, f. 485, pág. 309.

25 *L.J.U.*, T. CIX, caso 12.631.

También colabora con lo expuesto la constatación de que la demencia que anula un testamento, en múltiples ocasiones (es decir, fuera de aquellas hipótesis en que la alteración se deriva, por ejemplo, de un shock traumático o de un accidente), se alcanza luego de un período de gestación, durante el cual se van reduciendo las aptitudes volitivas en forma paulatina, de manera más o menos acelerada. En estas coyunturas, se trata de perturbaciones que distan de ser repentinas, sino que, al contrario, es un proceso en que la discapacidad intelectual se va instalando o desenvolviendo, a veces imperceptiblemente, en la psiquis del sujeto, llegando a un grado en que está impedido de autogobernarse. Por esa razón, judicialmente se proveyó que el hecho de que exista un dictamen pericial emitido a los cuatro meses de otorgarse el testamento impugnado y que el juez haya examinado personalmente al testador luego de dos meses de ese otorgamiento, comprobándose en ambos casos el deterioro mental, permite declarar la nulidad del testamento por incapacidad del testador, dado que la demencia «no se instaló de un día para otro»²⁶.

En otro fallo, se juzgó que la fecha de realización del testamento es muy próxima (un año aproximadamente) a la fecha de declaración de incapacidad de la testadora, quien sufrió una enfermedad evolutiva (Enfermedad de Alzheimer) que le produjo la incapacidad por su gravedad, por lo que el tribunal concluye que, dada la época en que el testamento cuestionado se suscribió, la causante no estaba mentalmente “sana de espíritu”, es decir, en una condición en la que gozara libremente del uso de su razón al momento de testar; comprobado ello, debe concluirse que el testamento es nulo²⁷.

En el caso de la impugnación del testamento de Elisa Sánchez, a la testadora se la declaró en estado de interdicción cuatro

26 *A.D.C.U.*, T. XXIII, f. 572, pág. 193.

27 Sent. del T.A.F. de 1er. Turno, de 21 de abril de 2014 (BACELLI -red.-, BENDAHAN, DÍAZ SIERRA).

años luego del otorgamiento de aquél, en virtud de que «presentaba un debilitamiento permanente de sus facultades intelectuales, del tipo simple de la *involución senil*. Se trató de un simple cuadro de regresión progresiva de naturaleza arterial o por reblandecimiento paulatino de los centros grises, sin degeneración mental propiamente dicha». En el fallo de primera instancia dictado por Garicoits se entendió que «el estado mental de que se trata ofrece un desarrollo paulatino, de modo que, en su etapa inicial y durante un espacio de tiempo que variará en cada caso, por más que el enfermo presente alguna disminución de sus facultades, no podrá decirse que hay propiamente incapacidad. Mientras exista una personalidad coherente, con un dominio efectivo, aunque precario, de la voluntad, no puede decirse que se trata de un caso de incapacidad desde el punto de vista jurídico». Por consiguiente, no se entendió adecuado declarar la invalidez del testamento otorgado²⁸.

Los tribunales domésticos, con base en el art. 832 del C.C.U., han sostenido que la capacidad para disponer por testamento es la regla y la incapacidad la excepción, por lo que, la inhabilidad del testador debe probarse cabalmente y sin ninguna duda, dado que de ella se deriva la grave consecuencia de la nulidad del testamento, expresión de la última voluntad de aquél. No obstante, puede admitirse cierta amplitud en la apreciación de la prueba, enderezada a justificar que el testador no gozaba de completa libertad de espíritu, o mejor aún, que éste no se hallaba en el libre uso de la razón²⁹. La prueba destinada a probar aquella circunstancia de excepción que es la demencia del testador «debe ser inequívoca y hábil para no dejar en el ánimo del juzgador ninguna duda de que, efectivamente, el testador no gozaba del libre uso de su razón al tiempo de disponer (por) testamento; lo que tute-

la el principio de la seguridad jurídica»³⁰. También se proveyó que «el que impugna la validez de un testamento por incapacidad para disponer del testador debe probar que éste no gozaba del libre uso de la razón, y para ello, pueden utilizarse todos los medios de prueba aceptados por el derecho, pero la prueba debe ser apreciada rigurosamente»³¹. En definitiva, respecto a la verificación de la demencia por parte del testador es posible suscribir sin reservas lo afirmado por la Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que se debe exigir una prueba indubitable de esa circunstancia (sin perjuicio de admitirse una apreciación amplia de las probanzas referidas a la ausencia del libre uso de la razón), porque de la incapacidad se deriva la grave consecuencia de la nulidad del testamento que expresa la última voluntad de quien ya no puede defenderla³².

En un fallo del T.A.F. de 2° Turno, de 23 de mayo de 2001, se dispone que «es al actor a quien le incumbe probar clara y categóricamente que el testador no gozaba del libre uso de razón en ocasión de manifestar formalmente el acto de su última voluntad (causal en base a la cual se pretende la nulidad). Las dudas deben inclinar la convicción en el sentido de la validez, en armonía con el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, de donde, se sigue, aquellas probanzas (admisibles de cualquier género) que utilitariamente se ingresan en la causa para demostrar lo contrario viene precedido por diversas exigencias

30 A.D.C.U., T. XXVI, f. 482, pág. 170 y T. XXX, f. 554, pág. 204. Como se expuso en sentencia de 12 de abril de 2000, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno, en materia de disposición testamentaria, la regla es la capacidad (art. 831 del C.C.U.); consecuentemente, quien invoque la circunstancia excepcional al principio debe acreditarla: la prueba tendiente a confirmar aquella circunstancia de excepción alegada, debe ser inequívoca y hábil, para no dejar al juzgador ninguna duda de que el testador no gozaba del libre uso de su razón al tiempo de disponer por testamento. De lo que se trata es de tutelar la seguridad jurídica (sent. obtenida en *El Derecho Digital*, caso TAF1 10163).

31 A.D.C.U., T. IX, f. 516, pág. 65.

32 A.D.C.U., T. XXXII, f. 540, pág. 252.

28 L.J.U., T. VI, caso 1.300.

29 L.J.U., T. 119, caso 13.688.

correlacionadas: a) plenitud probatoria; b) que refieran al momento de testar y c) estrictez en la interpretación»³³.

De manera que, la impugnación de los negocios *mortis causa* en consideración a la ausencia de una volición jurídicamente apta de su otorgante es posible y quien incoa la acción no se encuentra limitado en la aportación de las probanzas a incorporar al proceso. La posibilidad de impetrar una acción anulatoria se separa netamente de lo preceptuado por el art. 439 que restringe la impugnación de los actos *inter vivos* una vez que su otorgante falleció. Por consiguiente, para la verificación de la demencia del testador se admite el empleo de cualquier medio de comprobación apto para convencer a los tribunales acerca de la falta de aptitud para testar. Sin embargo, es claro que para respetar los deseos últimos de aquel cuya voluntad se trata de negar y en aplicación del principio de seguridad jurídica, la prueba presentada debe irrefutablemente gozar de la convicción suficiente para no dejar en el espíritu de los jueces accesos de incertidumbre acerca de si el testador carecía del suficiente discernimiento para disponer por vía testamentaria.

A la luz de las consideraciones antedichas, ante el riesgo de que por el largo transcurso del tiempo entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de su otorgante, se frustre la ocasión de probar el estado de demencia de éste, y en razón de la imposibilidad de incoar una acción de nulidad hasta su deceso, se admitió judicialmente el emprendimiento de una acción ordinaria declarativa destinada a constatar por medio de un proceso contradictorio que padecía demencia al otorgar el acto. El fallo judicial que se limita a constatar el estado actual del testador, como es lógico, es impotente para anular el testamento, pero goza de relevante vigor como medio de prueba preconstituida para su impugnación una

vez fallecido el testador. En el caso planteado, el expediente se rotuló «Acción declaratoria de constatación de ciertos hechos» y se acogió la demanda declarando que el testador no gozaba al otorgar el testamento del libre uso de razón por demencia, siendo su estado público y notorio y se proveyó que la legitimación activa la ostentan las mismas personas que luego del fallecimiento están legitimadas para impugnar el testamento y la legitimación pasiva la instituida única y universal heredera testamentaria³⁴. Sin embargo, la admisibilidad de ese recaudo para quienes eventualmente tienen la calidad de sucesores del testador no ha sido amparada de modo unánime por los tribunales. En efecto, en forma contraria a la anterior, se desechó por manifiestamente improponible una acción declarativa por entender que el interés del reclamante debe ser calificado como eventual, futuro e incierto³⁵.

En lo atinente a la base normativa aplicable a la cuestión, el art. 831, en su ord. 3°, gobierna la incapacidad para testar derivada de la falta del libre uso de la razón y rige en aquellos casos en que no se ha obtenido la declaración de la incapacitación –hipótesis que como se vio está presidida por el ord. 2°-.

Como emerge explícitamente del art. 439 para el caso de los dementes, este precepto sólo regla los negocios jurídicos *inter vivos* en los que participó el sujeto y que son controvertidos luego de su deceso; para los testamentos, mientras tanto, las disposiciones a aplicar son exclusivamente las contenidas en el art. 831, en las cuales la impugnación no se encuentra restringida como en aquella previsión. El fundamento de la diferenciación se sitúa en que no era conveniente que el legislador prohijara las mismas soluciones para ambos casos, en virtud de que

34 Sent. del Juzgado Letrado de Familia de 5to. Turno (Ugolini Capurro), de 17 de diciembre de 1990, pub *L.J.U.*, T. 103, 1991, caso 11.802.

35 Sent. interlocutoria del T.A.F. de 2° Turno, de 10 de octubre de 1994, pub. en *L.J.U.*, T. 110, 1995, caso 12.799.

33 *El Derecho Digital*, caso TAF2 10105.

en los negocios *mortis causa*, los interesados en impugnarlo -de ordinario- sólo pueden percatarse de su existencia una vez que falleció el testador, mientras que en los negocios *inter vivos*, aun durante la vida de quien los ejecuta, pueden tomar conocimiento o al menos obtener indicios de su realización.

Para la regulación de las hipótesis de nulidad testamentaria, el codificador se apartó de las soluciones brindadas para los actos *inter vivos*, dado que no son de aplicación las reglas que se encuentran en los arts. 438, inc. 2º y 439 del C.C.U. Por ende, la única forma de hacer caer el testamento es la prueba de la falta de discernimiento al ser otorgado o, en su caso, solemnizado.

El régimen de nulidad para los actos *inter vivos* y *mortis causa* celebrados por los dementes es diferente y por eso su regulación separada. Sin embargo, es menester precisar en qué radican esas disparidades. Judicialmente se expuso que «en materia de testamentos se exige una capacidad más amplia que en los contratos, puesto que, en aquéllos, la simple edad avanzada o la enfermedad pueden constituir una causa de nulidad del testamento lo que se justificaría porque dicha declaración de nulidad no da lugar a las mismas objeciones que la de un contrato, ya que el beneficiario recibe a título gratuito»³⁶. Mientras que en otra providencia judicial se resuelve que los incs. 2 y 3 del art. 831 del C.C.U. constituyen la disciplina específica de los testamentos en materia de capacidad, con una función propia y contenido autónomo, lo que excluye la aplicación de los arts. 438 y 439, estableciendo un régimen más exigente en materia de liberalidades respecto del consagrado en general para los negocios jurídicos, ya que el testamento, por su carácter de acto de liberalidad, exige una más completa libertad de espíritu en el testador, para cuya apreciación los tribunales gozan de mayor libertad no limitados a las dos condiciones estableci-

36 A.D.C.U., T. XVIII, f. 729, pág. 125.

das por el art. 439 C.C.³⁷

Desde ya, sin embargo, no me parece adecuado admitir que las diferencias entre los actos entre vivos y el testamento radiquen en el carácter gratuito de este último, por cuanto aquellos también pueden -como es obvio- consistir en una liberalidad (*v. gr.* donación). Ni tampoco lo es la afirmación de que la avanzada edad o la enfermedad por sí solas puedan dar lugar a la nulidad del testamento.

Estimo que la diferencia fundamental estriba en que para la impugnación de los actos *inter vivos*, el afectado disfruta de posibilidades que no tiene cuando se trata de un negocio *mortis causa*. En efecto, es corriente que cuando se celebra un negocio jurídico de aquella especie, asuma una exteriorización que no acontece con los testamentos; por ejemplo, se entrega la cosa. Es decir, es probable que existan ciertos indicios que exterioricen la ocurrencia de la negociación. Por el contrario, es harto frecuente que quien es afectado por el otorgamiento de un negocio *mortis causa* carezca de la posibilidad de percatarse de él, precisamente hasta tanto no se produzca el deceso de su otorgante. Como sostiene Josserand, rehusar a los herederos el derecho de atacar el testamento por causa de insania de espíritu equivaldría a denegarles todo recurso, porque ese documento, que permanece secreto durante toda la vida del testador, no se abre ni produce efectos hasta después de su defunción³⁸.

En realidad, lo que hizo el codificador en materia testamentaria fue retornar a los principios generales en la materia, los cuales había dejado en alguna medida a la vera del camino al reglar en el art. 439 la impugnación de los actos *inter vivos* otorgados por quien fue demente. Es decir, en este precepto el legislador se apartó de lo que son los principios que disciplinan la nulidad por

37 A.D.C.U., T. XVIII, f. 730, pág. 125.

38 JOSSERAND, *op. cit.*, pág. 396.

demencia, haciéndola más difícil de verificar. En cambio, en el ámbito testamentario obtienen total aplicación los principios que disciplinan los actos de los dementes; por ende, si hay interdicción, al ser ésta una declaración formal y permanente de la incapacidad del sujeto, basta con probar la sentencia que la dispuso o la inscripción registral de su presencia, mientras que, la ausencia de una declaración judicial en ese sentido, conduce a la necesidad de demostrar la ineptitud de la manifestación volitiva al otorgamiento.

Por lo expuesto, no es correcta la afirmación de que la prueba de la demencia es más severa en la esfera de los testamentos que en la de los negocios entre vivos o más específicamente, en materia contractual. En ambas especies de negocios, la demencia es la alteración psíquica que le impide al sujeto autogobernarse; sin embargo, es más restrictiva la prueba cuando se intenta impugnar un acto *inter vivos* una vez que el otorgante falleció, que cuando la nulidad se impetra respecto a un testamento, en razón de que en este supuesto no se han restringido los casos de impugnación, porque no es de aplicación el art. 439.

Pero es evidente que no cualquier alteración mental es suficiente para decretar la nulidad de un testamento; antes bien, para ello es necesario que exista una prueba fehaciente o un cúmulo presuncional firme y razonable de la presencia de la demencia de quien lo otorgó.

El inc. 2° del literal 3° del art. 831 prevé que «...el que impugnare la validez del testamento deberá probar que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón»³⁹. Naturalmente que se trata de una disposición innecesaria, en la medida en que se limita a recoger los principios generales sobre car-

ga de la prueba que están estatuidos en el art. 139 del C.G.P. En atención a lo señalado, como no puede ser de otra manera, en aplicación del inc. 2° del ord. 3° del art. 832, los tribunales estiman que la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado está a cargo de quien pretende su anulación⁴⁰.

Y como es obvio, tampoco es de aplicación al supuesto en estudio el inc. 2° del art. 438, por lo que, en nada incide en la determinación del objeto a probar para la verificación de la demencia, que el sujeto luego de testar haya sido sometido a interdicción. Sea que luego de otorgado el testamento, el sujeto haya sido declarado interdicto o no, igualmente es menester probar la demencia cuando el negocio se perfeccionó. La incapacidad legal proveída únicamente asu-

40 Así, en la sent. del T.A.F. de 1er. Turno, de 23 de octubre de 2013 (BACCELLI -red.-, BENDAHAN, DÍAZ SIERRA) se puede leer: «la Sala aprecia que, a efectos de que pueda darse la nulidad del testamento pretendida, conforme lo establece el art. 831 num. 3° del C. Civil, no debe estar instalada la incapacidad sino que, al momento de testar, no se esté en el libre uso de la razón, es decir, disponer de una voluntad libre por parte del testador. El momento en que debe referirse la prueba de la incapacidad, basta probar que el testador no estaba en el libre uso de la razón en la época en que el acto fue otorgado, sin que sea preciso justificar dicho estado en el momento mismo en que el acto se realizó. En principio, si bien, la norma dice "actualmente", esto es, una prueba diabólica probar en ese momento, es por eso que, lo que se prueba es si en la época del testamento tenía la capacidad suficiente el testador para testar. Corresponde a quien defiende la disposición testamentaria probar que ella se originó en un momento lúcido, si se prueba que en la época de la misma, antes y después, el testador se encontraba en estado habitual de demencia. Véase que al tener que decidirse la cuestión de si en nuestra ley prima el concepto época o el de momento, en la ausencia de razón, al otorgarse el testamento, se impone admitir que nuestro derecho no exige que la debilidad de las facultades mentales del testador deba ser concomitante al momento de otorgar su última voluntad y que no reclama tampoco que, dicha debilidad, haya determinado las propias disposiciones, pudiendo explicarse éstas, únicamente, por deficiencia psíquica de quien las otorgó. Y bien, la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado, está a cargo de quien pretende su anulación, y de lo actuado en autos surgen elementos para declarar su nulidad» (sent. pub. en Rev. *D.J.D.C.*, Año II, T. II, 2014, sección Jurisprudencia sistematizada, pág. 498).

39 Cfr. al respecto: sent. del T.A.F. de 2° Turno n.° 0011-000308/2014, de 3 de noviembre de 2014 (PERA RODRÍGUEZ -red.-, CAVALLI, MARTÍNEZ CALANDRIA), pub. en *D.J.D.C.*, T. III, 2015, f. 351, pág. 562.

me una trascendencia auxiliadora, en tanto las pruebas rendidas en el procedimiento de interdicción sean trasladables al litigio en el que se impetra la acción de nulidad, por ejemplo, por su proximidad temporal; pero como expresé en nada modifican el objeto a probar en este último proceso.

En lo referido a los sujetos que fueron declarados interdictos luego del otorgamiento de un testamento no les es aplicable el inc. 2° del art. 438, sino que cabe aplicar el ord. 3° del art. 831, que contiene disposiciones especiales para la materia testamentaria. Por ende, si un sujeto es declarado interdicto y antes de ello ha realizado un contrato de compraventa y un testamento, para anular los mismos hay que aplicar normas diferentes: para anular el contrato, se debe probar que la demencia existía públicamente en la época del acto (art. 438, inc. 2°); mientras que para anular el testamento, se debe probar que el sujeto no se hallaba en el libre uso de su razón al otorgarlo (art. 831 ord. 3°).

En todo caso, es ostensible que la prueba de la demencia generadora de la nulidad testamentaria absoluta corresponde a quien impugna el testamento, y no a quienes resultaron favorecidos mediante él⁴¹.

41 En la sent. de la S.C.J. N° 745/2012, de 24 de agosto de 2012 (CHEDIAK -red.-, GUTIERREZ, LARRIEUX, BACCELLI, RUIBAL), se expresa que «Manifiesta la recurrente que la Sala incurrió en error al sostener que era el actor quien debía acreditar la demencia de la causante al momento de otorgar el testamento, para obtener la anulación. Como base de este argumento señaló que en la demanda no denunció estado de demencia de la causante, sino que la declaración de nulidad del testamento se debió a que ésta no gozaba del libre uso de su razón a la época de testar. En este orden, corresponde señalar que los términos de la impugnación suponen una variación de importancia en relación a lo que, concretamente, sostuvo la actora en su demanda, cuando afirmó que la Sra. CC: “El 5 de julio de 1999, cuando contaba con 81 años de edad, otorgó testamento solemne abierto... En abril de 1997 se le diagnosticó... demencia senil (‘senile dementia’), que evolucionó progresivamente hasta su fallecimiento sin que se registrarán intervalos lúcidos...” (fs. 5 in fine y vto.). Aun soslayando lo que viene de señalarse, si el objeto de la pretensión era la nulidad del testamento otorgado por la causante, la plataforma fáctica que la actora debía acreditar para que prosperara la demanda era que la alegada nulidad derivaba de la circunstancia de que LA testadora no gozaba del

De todas formas, es axiomático que para la comprobación del hecho que invalida el testamento son admisibles todos los medios probatorios: lo que se requiere es que se pruebe la incapacidad al momento del otorgamiento del acto⁴².

La nulidad del testamento que se produce por la incapacidad de quien lo otorga es por completo diferente de la que se produce

libre uso de su razón al momento de otorgar el documento. El artículo 831 inciso 3 del Código Civil exige, de forma absolutamente clara, que quien alega la invalidez del testamento por la causal allí prevista, debe probar que el otorgante no gozaba del libre uso de su razón. Por tanto, la carga de la prueba, tal como lo señaló el Tribunal, recaía sobre la actora, y no como ocurrió en primera instancia donde se optó por la incapacidad de la testadora debido a que no se probó que estuviera lúcida al momento de testar (al respecto sostuvo la *a quo* “... no existiendo testimonios concluyentes que demuestren la lucidez de la testadora en ese momento. Este último extremo debía ser acreditado por el demandado...” ...la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado, está a cargo de quien pretenda su anulación. Ante la ausencia de prueba en ese sentido, la decisión de la Sala deviene irreprochable por lo que corresponde el rechazo del recurso de casación en estudio. Además, como lo expresó el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen: “... lo que la recurrente denomina la ‘expresa omisión de cuestionar todo ese cúmulo fáctico’ (fs. 488) no puede constituirse en una especie de admisión tácita de la incapacidad mental de la causante, la cual ha de ser acreditada con razonable certeza, a juicio del sentenciante del mérito. “Ha de recordarse que la voluntad del testador debe de regla respetarse en tanto no se acredite que aquella voluntad fue provocada, inducida o ficticia, y para ello no basta ‘tener por ciertos’ los dichos del actor ante el silencio de la demandada, sino que debe surgir prueba fehaciente o un cúmulo presuncional firme y razonable que permita concluir al Juez de la causa que la testadora se hallaba incapacitada o limitada en su discernimiento, lo cual, cuando no media declaración de interdicción, debe acreditarse por todas las vías posibles y válidas, no siendo suficiente (como pretende la recurrente) el silencio de su contraparte o el poco o nulo cuestionamiento sobre sus afirmaciones en la demanda”» (sent. pub. en *D.J.D.C.*, T. I, año 2012, sec. Jurisprudencia sistematizada, págs. 413-414).

42 El art. 2467 del Código Civil y Comercial argentino de 2014 se asemejó al cuerpo civil uruguayo, ya que en el art. 2467 lit. c) dispone que es nulo el testamento «por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto». Con ello quedó abrogada la disposición que se contenía en el art. 3615 que exigía que «para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón», con lo cual se generaban dudas acerca de si la capacidad testamentaria era similar o con mayores exigencias que la contractual.

como consecuencia de las disposiciones captatorias de la voluntad o cuando interviene algún vicio, como es el caso de la violencia y, en menor grado, el dolo. Empero, estas figuras pueden obrar con una trascendencia tal en un sujeto que padece algún deterioro mental, que lo conduzcan al otorgamiento de un negocio *mortis causa*, que de otro modo de ninguna forma hubiera otorgado, dando así lugar a su nulidad. Como se ha expresado por los tribunales, «los testamentos se pueden impugnar por causa de enfermedad y por captación o sugestión, sin necesidad de que esta última causal de ineficacia jurídica se subordine a la primera, e incluso que proceda deducir ambas causales acumulativamente, ya que las prácticas del captador pueden actuar con mayor intensidad en quien por su enfermedad no está en condiciones de resistir tales maniobras, pero siempre la prueba del hecho, consistente en que la voluntad del testador no ha sido libre, sino determinada por la influencia extraña que se adujera, debe ser precisa y circunstanciada, así como demostrativa, en forma plena, de que la maniobra ha sido la determinante principal del consentimiento que otorga la liberalidad»⁴³. En la misma dirección se sentenció que nada impide que se estudie la demanda de nulidad de testamento por dolo o sugestión en forma subsidiaria de la demanda de nulidad por incapacidad del testador, dado que si bien puede existir una enfermedad que no incapacite para testar, deje al sujeto más expuesto a sufrir la sugestión ajena⁴⁴.

La diferencia entre la nulidad producida por incapacidad y la que se verifica por captación a través de violencia o dolo difieren en cuanto a que la primera se debe a la condición interna, propia y exclusiva de quien la padece, en tanto que la segunda, sitúa su raíz en la actuación de un tercero que obrando perversamente impera de una manera tan decisiva en la psiquis de otro,

que conduce a éste a otorgar un negocio que sin dicha influencia no habría consentido; se trata, pues, de un factor foráneo a su voluntad, pero que opera con una magnitud tal en el proceso formativo de la voluntad testamentaria que suprime la manifestación espontánea del testador. Con todo, a pesar de ser variables que germinan desde ámbitos diversos, ambas tienen como secuela común la exteriorización de un querer que no coincide con el verdadero de quien lo emite, lo cual provoca que su voluntad se reputé inhábil para provocar efectos jurídicos. Pero la independencia entre los factores mencionados, es frecuente que deje de existir y que se armonicen para obtener que un sujeto emita una voluntad, que sin ellos no habría sido exteriorizada. Se trata de los casos en que se abusa de la condición psicológica del testador conduciéndolo a disponer de sus bienes bajo el influjo de la captación de su voluntad, por medio de la violencia o el dolo.

Claro está, que la distinción en el pilar en que se ajuste la nulidad del testamento es cuestión por demás trascendente, en razón de que la nulidad producida por incapacidad es de tipo absoluto, mientras que la que proviene de los vicios de la voluntad, como la captación mediante la violencia moral o el dolo, es de tenor relativo. De manera que, la nulidad que padece el negocio es absoluta cuando se compruebe la imposibilidad de una manifestación de voluntad apta por parte del testador. Entretanto, es un supuesto de nulidad relativa, el caso en que esa voluntad fue objeto de captación mediante dolo o violencia moral, a pesar de ser apta o de que adolezca de alguna alteración, pero que sea insuficiente para reputar incapaz al sujeto.

2.4. La situación de los inhabilitados o sujetos a interdicción parcial. La figura conocida por el nombre de inhabilitación surge como consecuencia de la percepción de que no siempre una alteración mental inci-

43 A.D.C.U., T. XI, f. 469, págs. 66-67.

44 A.D.C.U., T. XVIII, f. 731, pág. 125.

de de igual forma en la condición del sujeto, impidiéndole, en todo caso, a quien la sufre intervenir por sí mismo en la administración y gobierno de su persona y sus bienes. Se trata de un instituto que puede concepcuarse como de «interdicción parcial»⁴⁵, en razón de que la restricción de la capacidad del inhabilitado sólo aflora para ciertos casos determinados judicialmente, y constituye, a su vez, un supuesto de «capacidad atenuada o disminuida», merced a que en los supuestos en que se le ciñe al sujeto la aptitud de obrar, la limitación opera, no en el sentido de excluir su voluntad, sino en cuanto se exhorta que un asistente la complemente para el perfeccionamiento regular de ciertos negocios jurídicos.

La necesidad de la figura se pone de manifiesto si se examina la situación existente hasta la sanción del C.G.P. Ciertamente, hasta la entrada en vigencia del cuerpo procesal, formulada una denuncia de insania, las facultades de los tribunales se compendaban en dos:

a) determinar una interdicción total del sujeto, que lo obstruyera para actuar con validez en cualquier negocio jurídico. De modo que, en caso de que pretendiera generar un vínculo por vía negocial obrando por sí mismo, se sancionaba su intervención con nulidad absoluta, con independencia de cual fuera su verdadera condición psicológica. El corolario del procedimiento era una sentencia que registrada, esterilizaba de manera total y absoluta la aptitud volitiva del interdicto, de manera que éste quedaba privado por completo de participar en cualquier negocio jurídico, sea aquellos que atañen a su patrimonio o a sus relaciones personales o familiares;

b) en caso contrario, si no se acogía la

⁴⁵ El art. 437 del C.C.U. refiere a «cualquier forma de interdicción», lo cual supone que junto a la interdicción «total» del demente existe otro tipo de restricción de la capacidad que no puede ser sino «parcial», que es la del inhabilitado.

denuncia de insania, mantener la aptitud genérica del sujeto para intervenir en cualquier especie de negocio jurídico; de suerte que ellos sólo se castigarían con la nulidad absoluta cuando se obtuviera la probanza de la presencia de la alteración mental al momento en que fue celebrado.

El C.C.U. no previó —siguiendo las ideas imperantes en la época de su sanción— la posibilidad de que existieran zonas intermedias o de semicapacidad, en las cuales se incluyera a aquellos sujetos que si bien sufrían alguna alteración mental, ésta no era de una entidad suficiente como para que se los considerara dementes desde el punto de vista jurídico. Como señalan Gamarra y Blengio, la concepción de los Códigos decimonónicos —con excepción del suizo de 1812 y del italiano de 1865— basada en el modelo romano es típicamente maniquea: las personas son sanas o insanas, cuerdas o dementes; o se tiene plena capacidad o se carece por completo de ella; es un típico sistema de blanco y negro. A lo cual añaden que el incapaz debía ser radicalmente radiado de la actividad negocial, para lo cual se recurre al instituto de la interdicción, que elimina toda posible relevancia de la voluntad del incapaz en el plano de su vida jurídica, en tanto es integralmente suplida por la de su representante legal⁴⁶.

Sin embargo, esa concepción que ceñía en exceso las facultades judiciales no condecía con la realidad de que no toda alteración psíquica obra de igual manera en el sujeto y que no es conveniente en cualquier caso un régimen predeterminado e inmutable que lo coloque en una situación jurídica prefijada, estática e inalterable de incapacidad. Es decir, al sancionarse el C.C.U. no se efectuaron previsiones para ciertas personas, cuya condición, aunque no era equiparable a la de un demente, surgía de modo diáfanoamente ostensible que de mantenerse en un régimen

⁴⁶ GAMARRA y BLENGIO, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, Mdeo., F.C.U., 2001, págs. 158-159.

de intervención negocial sin restricciones, ello podía acarrear que se perjudicaran en lo fundamental en su órbita patrimonial o que su patrimonio fuera quebrantado por los abusos que otros sujetos cometieran valiéndose de la ineptitud que padecían.

El estado de la cuestión se modifica con la sanción del Código General del Proceso, el cual, fruto del ensanchamiento de facultades que en general aprovecha a los órganos judiciales, recepciona que éstos, al determinar en concreto la capacidad de una persona denunciada por incapaz, vean ampliados sus poderes. Como consecuencia, al decidir sobre la condición de la persona pueden fallar instaurando un estatuto jurídico intermedio entre la capacidad plena y la incapacidad total, prescribiendo que si bien el sujeto conserva su capacidad, ésta le es restringida para ciertas clases de negocios de rango patrimonial que el propio órgano judicial determina. Ello significa, en definitiva, y a pesar de que no resulta con la cristalinidad deseada del cuerpo procesal, que pueden proveer un régimen de inhabilitación, interdicción parcial o capacidad atenuada para quien padece esas alteraciones no tan graves como para merecer ser declarados en estado de demencia.

Los sujetos incorporados a este régimen son aquellos que, aun cuando gocen del discernimiento para ser parte en negocios patrimoniales, el libre ejercicio de su voluntad en su celebración, puede aparejarles daños personales o patrimoniales, sea para sí o para su familia. Se trata, en puridad, de sujetos capaces, pero cuyo discernimiento no es el adecuado para intervenir en negocios de contenido económico, por lo cual, se admite que los tribunales determinen que es preciso que obren asistidos por otra persona, que ha de ejercer el contralor de su actividad. A tales efectos, y en razón de la estructura que la figura tiene en el ordenamiento patrio actual, se designa un curador interino, que a diferencia de lo que acontece

con los dementes, no desempeña funciones de representante legal, sino de asistente.

Por todo lo dicho, el inhabilitado no es un incapaz; por ende, su voluntad no se sustituye por la del curador en el perfeccionamiento de los negocios jurídicos, sino que es complementada por la de éste.

La incapacidad del demente es general y absoluta, por lo que cualquier acto que realice actuando por sí mismo es fulminado con la nulidad absoluta. Y esa derivación no varía sea que el sujeto se encuentre bajo interdicción o no; la diferencia en todo caso se sitúa en la rigurosidad probatoria con que se enfrenta quien impugna el negocio jurídico celebrado. Diferente, sin embargo, es lo que acontece con la actuación del inhabilitado, pues la restricción de la capacidad que padece, lejos se halla de ser universal. Por cierto, para el análisis de su estatuto jurídico es imprescindible disgregar diferentes órbitas. Por un lado, en el terreno de las relaciones personales y familiares y en el de las órbitas patrimoniales no restringidas, la actuación personal y solitaria del inhabilitado es apta para producir negocios válidos y eficaces, en mérito a que mantiene su plena capacidad. Entretanto, los obstáculos para su intervención negocial emergen en la órbita patrimonial *inter vivos* restringida judicialmente, para el caso de que actúe en ellas sin la complementación de voluntad de quien fue designado como su curador interino.

Ahora bien, la cuestión que inmediatamente se plantea es decidir si esa participación personal del inhabilitado, sin la presencia de quien complementa su voluntad, genera la nulidad absoluta o relativa del negocio celebrado. En tal sentido, el art. 1279 sólo menciona como incapaces absolutos a los impúberes, los dementes y los sordomudos analfabetos e imposibilitados de darse a entender por el Lenguaje de Señas Uruguayo. Los inhabilitados no son incapaces (por lo menos, no se trata de incapaces absolutos, ni siquiera en la órbita en que se les restrin-

gió la aptitud), por ende no cabe extenderles el régimen a que se hallan sometidos los dementes, dado que el de éstos es un régimen especial inextensible analógicamente. Como derivación de lo señalado, la actuación del inhabilitado sin su asistente no provoca nulidad absoluta, sino relativa (*tertium genus non datur*). Ello, por otra parte, se ve reafirmado por el propio art. 1560, incisos 2º y 3º.

En el Derecho uruguayo no existen preceptos que se refieran a las causales que motivan que un sujeto ingrese en el ámbito de la inhabilitación, lo cual hace necesario determinar quiénes se incluyen en el sistema. El C.G.P. creó el instituto de la interdicción parcial, pero no estableció quienes están subordinados a él, por lo que será la labor doctrinaria y jurisprudencial la que paulatinamente lo irá determinando. Al respecto cabe considerar que se debe tratar de sujetos cuya situación no dé mérito a la declaración de interdicción por demencia, sino de individuos, que sin ser dementes, sufran una minusvalía psíquica que les ocasione ineptitud para la dirección y administración de sus negocios. Dentro de ellos, como lo hace el Derecho argentino, corresponde incorporar a los ebrios o toxicómanos habituales, cuando dichos vicios sean debidos a una patología mental o provoquen una alteración psíquica e impidan, por consiguiente, una correcta administración de los bienes. Asimismo, deben considerarse incluidos a los disminuidos en sus facultades, que sin llegar al supuesto de demencia, el juez estime que su capacidad de ejercicio pueda resultar dañosa a su persona o patrimonio⁴⁷.

47 *Vid.* al respecto la discordia de la Ministra MARTINEZ en sent. pub. en *L.J.U.*, T. 120, caso 13.871, en la cual frente a las dudas que le aparejan informes médicos disímiles y tomando en cuenta el examen personal de la presunta incapaz, estima que no puede concluirse en forma categórica e inequívoca en que la alteración de las facultades mentales de la denunciada tengan la entidad suficiente como para concluir en que no está capacitada para dirigirse a sí misma —en todos los aspectos de la vida—, ni para administrar sus negocios. Considera que de la prueba reunida surge que la denunciada se encuentra severamente limitada en cuanto tiene que ver con matemática y con el manejo de dinero o valores, por que no está en condiciones de administrar y

Los tribunales vernáculos tienen admitido que «el instituto de la inhabilitación se dirige a constituirse en la solución intermedia para aquellos estados psicológicos y personales, también intermedios, que se instalan entre los estados de capacidad y de incapacidad, posibilitando de tal forma la adopción de algunas medidas de cautela o de protección para aquellos sujetos que, si bien no se encuentran en condiciones de ser declarados incapaces, no revelan plenas posibilidades de manejar sus personas o sus bienes por encontrarse padeciendo estados anómalos de personalidad, que los afectan en aquellos desempeños»⁴⁸.

En una dirección colindante se proveyó que el régimen de la inhabilitación «debe ejercerse con una rigurosa restricción»⁴⁹ y que «debe ser calificado de excepcional».⁵⁰ Y cabe confluir con esas apreciaciones siempre que lo que se anhele transmitir es que, atento a que provocan una restricción en las posibilidades de la persona en cuanto a su poder de autodisposición patrimonial, es preciso adoptar suma cautela en la determinación del régimen. Pero no creo que sea feliz la expresión si se la circunscribe de modo exclusivo a la inhabilitación, pues la interdicción total del demente, vulnera de modo más profundo ese poder de gobernarse personal y patrimonialmente por sí mismo, aun cuando en ambos casos se trate de medidas tendientes a tutelar al afectado.

En realidad, tanto cuando se provee una interdicción total como una parcial, las fa-

disponer libremente de sus bienes, pero que es apta para dirigir su vida en aspectos no económicos o patrimoniales con conciencia y voluntad de sus actos. Por tanto, estima que la solución justa y legalmente adecuada está en limitar sus poderes de administración de conformidad con lo dispuesto en el art. 447.2 del C.G.P. y designarle un administrador cuyas facultades y obligaciones deberían ser establecidas por la sentencia, así como el plazo por el cual se impone esta medida de protección, el que sería prorrogable todas las veces que fuera necesario.

48 *A.D.C.U.*, T. XXVI, f. 409, pág. 145.

49 *A.D.C.U.*, T. XXIV, f. 642, pág. 205 y T. XXVII, f. 385, pág. 136.

50 *A.D.C.U.*, T. XXVII, f. 410, pág. 145

cultades judiciales deben ser utilizadas con rigurosa restricción, en el sentido de que si bien ninguna de las figuras afectan la indestructible capacidad jurídica de la persona, afligen a ésta de forma grave, en tanto para provocar efectos jurídicos por vía negocial será ineludible la actuación de un representante legal en su nombre o de un sujeto que lo asista. Con ellas, la autodeterminación del propio individuo es perjudicada: mientras con la interdicción total de los dementes desaparece, en la inhabilitación se mesura en los extremos que indiquen los magistrados. Empero, en cualquiera de los dos casos, comprobados los requerimientos que dan mérito a estas figuras, no creo que deban utilizarse con restricción los poderes judiciales para determinar la inhabilitación y no para la interdicción total. Ambos institutos están consagrados por el Derecho patrio y aunque en diversas ocasiones está ausente una reglamentación orgánica, son enteramente aplicables cuando se dan los supuestos fácticos que los enmarcan: demencia con imposibilidad de autotimón personal y patrimonial, para la incapacidad, alteraciones mentales que no adolezcan de tanta incidencia en el autogobierno del patrimonio de la persona, en el supuesto de inhabilitación.

En función de lo dicho, la inhabilitación o interdicción parcial es un instituto diferente a la interdicción plena, relativamente en sus presupuestos y absolutamente en sus remedios y en sus efectos.

Desde el punto de vista de sus presupuestos, la diferencia entre ambos tipos es relativa, de grado: la interdicción total presupone un demente y por ende, una persona con una ineptitud absoluta jurídicamente considerada para dirigir su persona y administrar sus bienes; en cambio, la interdicción parcial importa la existencia de un sujeto con una capacidad general de ejercicio, por tanto, con una volición apta, pero que, en virtud de una ineptitud negocial basada en disfunciones mentales, se le ha limitado

parcialmente su aptitud jurídica.

En cambio, las diferencias entre ambos *status iuris* es absoluta en lo que dice relación con sus remedios y efectos.

Con respecto a los modos de remediar la restricción de capacidad que está inmersa en cada instituto, es preciso tomar en consideración que el medio de subsanar la interdicción total es la representación por el curador (provisorio o definitivo) del incapaz, mientras que la interdicción parcial se repara con la asistencia que a quien se reputa que tiene una capacidad disminuida se le brinda por parte de su curador.

En cuanto a sus efectos, la actuación personal de quien es interdicto total genera siempre nulidad absoluta, mientras que la del inhabilitado, sin su asistente, se traduce en la nulidad relativa de los actos en aquellas órbitas en que su capacidad fue judicialmente restringida.

Tanto el demente como el inhabilitado están subyugados a una interdicción, pero la del primero es total o plena, pues alcanza la totalidad de sus relaciones jurídicas, mientras que la del segundo, solo se refiere a la imposibilidad de, con su sola voluntad, intervenir en ciertos negocios jurídicos de carácter patrimonial. En el primer caso, hay ineptitud de la voluntad para crear efectos jurídicos de cualquier naturaleza, so pena de la nulidad absoluta que padecen; en el segundo, hay una voluntad jurídicamente relevante, pero para ciertos negocios de tipo patrimonial, insuficiente.

En la órbita testamentaria, la ley impide testar a quienes están interdictos por demencia; el inhabilitado, por el contrario, es un sujeto capaz, aunque en ciertos terrenos se le restringe su capacidad; por ende, está habilitado para testar⁵¹. El único medio a fin

51 A igual conclusión arriban: ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, T. 2, 5ª. ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, págs. 286 y ss. y MESSINEO, Francesco, *Manual de De-*

de anular el testamento que otorgue es probar que cuando lo otorgó estaba privado del libre uso de su razón, de conformidad con el ord. 3° del art. 831.

Ahora bien, está fuera de debate que cuando se ha determinado una inhabilitación por discapacidades intelectuales la probanza requerida para impugnar un testamento, en alguna medida puede variar, con respecto a lo que acontece para aquellos sujetos que no sufren ninguna especie de interdicción. En efecto, en tales casos, más que la prueba de la presencia de alteraciones mentales, ella se dirigirá –de ordinario– a la verificación de que se agravó la condición del sujeto desde el dictado de la sentencia inhabilitante, y que por ende, a pesar de no haber sido revisada en vía judicial, estaba privado del libre uso de la razón.

2.5. Imposibilidad de expresar claramente su voluntad. Según el ord. 4° del art. 831, no puede disponer por testamento «todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente».

O sea que aquel que es únicamente mudo (no sordo) y analfabeto, a pesar de no ser incapaz de obrar, no puede disponer mediante testamento.

Sin embargo, para el correcto entendimiento de la limitación, debe tenerse presente la modificación que sufrió el art. 1279 del C.C.U. por obra la ley n.º 17.535, de 25 de julio de 2001, según el cual «son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la Ley N° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad».

recho Civil y Comercial, T. VII, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 102, para quien «No es incapaz de testar el inhabilitado».

A raíz de ello, aquellos que sean mudos, o sordomudos, y no puedan darse a entender por escrito, desaparecieron del catálogo de incapaces absolutos, siempre y cuando pueden comunicarse mediante la llamada Lengua de Señas Uruguaya.

3. Conclusiones

Primera. El legislador uruguayo adoptó un criterio restrictivo en relación a las causas que por razón de incapacidad pueden llevar a la nulidad de un testamento. Se trata, vale decir, de supuestos que limitan la testamentifacción activa, pero que no podemos considerar que están formulados con un carácter taxativo, en virtud de la amplitud con que está formulada la previsión del ord. 3° del art. 831 del C.C.U. que incluye a todo sujeto privado del libre uso de su razón, cualquiera sea la causa que la motiva. Por consiguiente, fuera del caso de la ausencia de edad, interdicción o imposibilidad de manifestar la voluntad, en el caso del aludido ord. 3° del precepto –que es indudablemente el que mayores dudas presenta y el que se vuelve más alegado en la *praxis* forense para intentar la nulidad testamentaria–, la imposibilidad de otorgar un testamento válido puede originarse en causas de cierta habitualidad, como la presencia de patologías intelectuales persistentes (discapacidad intelectual congénita o adquirida), así como en hechos aislados o que no traducen la condición constante de la persona (*v. gr.* sonambulismo, hipnosis, delirio febril, drogadicción o embriaguez).

Segunda. Como derivación de la multiplicidad de escenarios susceptibles de plantearse en el marco de los litigios acerca de la validez o nulidad de un acto de última voluntad, dada la infinidad de patologías que pueden afectar a su autor, el legislador ha dejado un amplio ámbito de actuación a los órganos judiciales, puesto que éstos deben tomar en consideración factores que no pueden quedar comprendidos en una norma ju-

rídica. Como consecuencia, los aportes que desde otros reductos, como la medicina y en particular la psiquiatría, se realizan para la verificación de la condición mental de un sujeto suelen ser decisivos para la dilucidación de los conflictos que se presentan ante los tribunales. En la resolución de los litigios referidos a la nulidad testamentaria, los jueces gozan de la mayor libertad y discrecionalidad en aras a comprobar la situación del testador al otorgar el acto. Lo anterior resulta, como es palmario, de que si bien el legislador refiere de modo general a la causal anulatoria de la ausencia del libre uso de la razón, se abstiene de concretar el modo en que dicha circunstancia se prueba. Ello conduce en muchas oportunidades a que se dicten sentencias que son real o aparentemente contradictorias y que no siempre sea una tarea simple la de sentar las pautas o razonamientos empleados, al menos cuando no se conoce todo el material incorporado al litigio.

Tercera. Los tribunales patrios son particularmente severos con la prueba requerida para hacer caer un acto de última voluntad por falta del libre uso de la razón por parte del otorgante, con base en la intención de respetar lo expresado por éste y por la inseguridad que traería aparejada a las relaciones jurídicas que se procediese de otro modo. De ahí que se requiera probar: a) la presencia de una alteración o patología mental de cierta gravedad, que afecte el raciocinio del testador en virtud de la privación del libre uso de la razón; b) que la mencionada disfunción intelectual esté presente en el momento en que se otorga el testamento, aun cuando, a raíz de las dificultades probatorias que ello supone, se admite que la probanza respectiva se lleve a cabo mediante la constatación de que el sujeto no estaba en el libre uso de su razón en la época en que el acto fue otorgado o que antes del otorgamiento padecía la enfermedad y que ella era incurable, sin que sea preciso justificar dicho estado en el momento mismo en

que el acto se realizó; y c) la acreditación, a través de medios directos o indirectos, de la existencia de la patología e inhabilidad volitiva. A este respecto se exige que las probanzas arrimadas a la causa evidencien de modo concreto, inequívoco e irrefragable que faltaba una voluntad reputada apta, consciente y lúcida cuando se otorgó el acto.

Cuarta. Cualquier medio probatorio es hábil para convencer a los tribunales de la imposibilidad de que el testador emitiera una voluntad autónoma, libre y racional, correspondiendo a quien impugna el testamento —por aplicación de lo dispuesto en el inc. 2° del ord. 3° del art. 831 y por los principios generales que surgen del art. 139 del C.G.P.— la carga de la prueba. Con dicho marco conceptual, es patente que los indicios derivados del comportamiento del testador antes y después del otorgamiento del acto, en tanto signos que se desprenden de ciertos hechos y de los cuales se pueden inferir otros, pueden asumir relevancia en cuanto a determinar la condición en que se hallaba, de forma de colegir cuál era su real estado mental. Es ostensible, asimismo, que los informes periciales suelen aparecer como decisivos en la materia y que en el ámbito probatorio es donde adquieren su más considerable relevancia, con base en que pueden informar sobre las condiciones en que se encontraba el testador en un momento determinado de su vida mediante inducciones realizadas de los documentos con que cuentan para ello, así como ilustrar a los magistrados acerca de las derivaciones de ciertas patologías; no obstante, carecen de carácter vinculante para el tribunal, el que puede fallar separándose de lo dictaminado, cuando se estime que del resto del material probatorio arrimado a la causa resulta una conclusión diferente a lo que aseveran.

Quinta. Como verificación de lo dicho, de la lectura de la sentencia transcrita resulta como elemento básico para fundar la solución denegatoria de la nulidad a la que

arriba la mayoría del tribunal, la presencia de una contradicción entre lo que emerge de la pericia practicada (de la cual surge que cabe descartar que al otorgamiento del testamento el testador estuviera lúcido), y la deposición en la audiencia del profesional que la llevó a cabo (puesto que declara que las condiciones en que se encontraba el otorgante pueden ser sumamente variables en el tiempo, incluso en el mismo día). Junto con ese aspecto, se considera que de los testimonios brindados por el resto de los profesionales médicos que asistieron al testador, no se puede inferir más allá de toda duda razonable que estuviese privado de su razón, dado que —de haber sido así— en varias oportunidades se habría estampado dicha condición en la historia clínica del paciente. Y ello aun cuando en ocasiones su lucidez estaba comprometida por la patología que lo afectaba y la medicación que se le brindaba. Incluso se reveló por uno de los profesionales que el autor del testamento que se impugnó no estaba internado en el centro de recuperación por problemas siquiátricos, dado que sólo padecía depresión como trastorno.

Sexta. La mayoría del tribunal estima, además, que el proceder anterior y posterior al otorgamiento asumido por el testador abona la postura de que se trató de una emisión de voluntad consciente: por un lado, porque se consideró probado que antes del citado otorgamiento mantuvo conversaciones con la Escribana interviniente a efectos de la instrumentación del acto de última voluntad, y por otro, porque una vez que el testador egresó de su internación, está probado que tuvo períodos de lucidez y no desarrolló ninguna actividad tendiente a la revocación o para incoar la nulidad del instrumento testamentario otorgado.



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

NOTICIAS DE GRADO

EN EL MARCO DE LA CÁTEDRA GERVASIO DE POSADAS BELGRANO EL DR. LEONARDO GUZMÁN DICTÓ LA CONFERENCIA "LA PERSONA Y EL DERECHO".

El 23 de junio de 2015 el Dr. Leonardo Guzmán brindó una conferencia a egresados y estudiantes de la Facultad de Derecho. El título de la exposición fue: "La persona y el Derecho".



El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Dr. Nicolás Etcheverry, fue quien presentó al Dr. Leonardo Guzmán, periodista, docente, ex ministro y abogado.-

El Dr. Etcheverry narró alguna anécdota de cuando ambos ejercían la docencia en la Universidad de la República: "Leonardo hablaba de un sentimiento institucional y de que la primera institución es la persona. Que ustedes recuerden que la primera institución es la persona; y que es única e irrepetible, es algo que no hay que perder de vista", expresó el decano.

También destacó las cualidades del ex-ministro, no solo como demócrata, sino también "como republicano y como alguien que tiene claro lo que es un estado de derecho, la prensa independiente y la separación de poderes".

A continuación, Leonardo Guzmán comenzó con su exposición. Habló de la persona humana y la importancia como la primera institución de Derecho.

También definió al espíritu, de una forma no religiosa y citó a algunos filósofos que lo habían definido de la misma forma; entre ellos "un laico nuestro como Carlos Vaz Ferreira y un laico italiano como Benedetto Croce".

Guzmán aclaró que "es común creer que el espíritu es un tema para la religión, pero no es así. El espíritu es el órgano inmaterial que define el ascenso que nos obliga a distinguir el mero individuo de la persona con presencia de espíritu".

El expositor también hizo referencia a

su trabajo como **periodista**: “Aún quienes tenemos un lugar donde escribir algo de lo que pensamos, muchas veces nos preguntamos si ir atrás de los hechos consumados es suficiente. Personalmente me contesto que no. Porque el verbo es el principio de la acción, pero la acción es un plus difícil de llegar en un país que se acostumbró a comentar sin valorar y a soportar sin condenar.

SEMINARIO DEL Dr. GERARDO CAFFERA SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO.



Durante el mes de agosto de este año se realizó el Seminario sobre “*Teoría General del Contrato ¿Cómo apartarnos de la dogmática tradicional?*” dictado por el experto en Derecho Civil, el Dr. Gerardo Gaffera. El evento consistió en cuatro ciclos de charlas (los días 18, 19, 26 y 31 de agosto) en las que participaron abogados, escribanos, estudiantes de las carreras de postgrado y grado y autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Gerardo Caffera es abogado y escribano, profesor de Derecho Privado II y III (Obligaciones y Contratos) y de cursos de postgrado de la Universidad de la República, Master Legal Theory and History de la University College London e investigador de la University of Oxford (Doctor of Philosophy in Law Candidate/Visiting Fellow).

Cada módulo del seminario partió de la lectura de grandes exponentes nacionales e internacionales con material académico que el propio Profesor seleccionó y preparó para los participantes.

El primer tema que introdujo el expo-

sitor fue la “*Ubicación, fundamento y estructura de contrato privado*”. En este caso, el material sobre el cual se abordó la temática fue el Capítulo 5 de “*The concept of Law*” de Hart y el Capítulo 2 de “*Una teoría del Contrato*” de Gerardo Caffera.

Los subsiguientes tópicos fueron “*Las condiciones económicas del contrato en el Derecho Sudamericano*”, “*Contrato de Consumo. Concepto y Principio de Necesidad*” y “*Las estructura de la responsabilidad contractual*”. En estos casos además de partirse de lecturas de Dworkin, los asistentes también conta-

ron con trabajos de investigación del expositor aún no publicados.

Desde luego, una vez más, el experto deslumbró con sus cuestionamientos a determinados conceptos ya arraigados en nuestro Derecho, brindando nuevas perspectivas y puntos de enfoque. Las magistrales exposiciones fueron seguidas de charlas, preguntas e intercambio de opiniones entre los participantes, quienes pudieron aprovechar principalmente de la metodología interactiva planteada.

Todas las disertaciones fueron enriquecidas con experiencias y anécdotas que el docente compartió como profesional e investigador, haciendo de esta propuesta académica un verdadero espacio de debate jurídico.

Competencia Internacional de Arbitraje.

Los estudiantes que participaron en la VIII edición de este certamen en Santiago de Chile quedaron entre los 8 mejores y obtuvieron el premio a la mejor contestación de la demanda.

Foto - Arriba (izq. a der.): Juan Pablo Rosati, Thomas Biscomb, Santiago

Dutra, Mateo Noseda, Carlos Brandes, Juan Pablo Trelles y Juan Manuel Rey. Abajo (izq. a der.): Emilia Cadenas, Santiago Gatica, José María Nicola, Mateo Verdías, Carol Milwa, Pilar Álvarez, Jimena Ache, Carolina Rocha y Daniela Sztryk.

Cuarenta y siete equipos de quince países de América Latina, Estados Unidos y Francia se enfrentaron entre el 24 y el 28 de setiembre en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile en la VIII edición de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad de Nuestra Señora del Rosario de Colombia.

Alumnos de tercero y cuarto año de la Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) participaron del certamen.

La UM quedó entre los ocho mejores y obtuvo el premio a la mejor contestación de la demanda.

Mercedes Jiménez de Aréchaga, profesora de FDER y entrenadora principal del equipo, comentó: “Tenemos un excelente equipo: chicos muy jóvenes —de tercero y cuarto— todos compitiendo por pri-



mera vez. También es excelente el grupo de *coaches* jóvenes. Tres de ellos —Carlos Brandes, Mateo Nosedá y Emilia Cadenas— son alumnos de 5° año. Dos de ellos —Santiago Dutra y Luciana Formento— recién recibidos”. Tenemos un *coach* asistente con una impresionante experiencia en arbitraje internacional, como el caso de Juan Manuel Rey, quien hizo el *coaching* vía *Skype* desde Washington D.C., y valiosísimos colaboradores como Santiago Gatica, quien también está trabajando en arbitraje internacional, y Ana María Guzmán”.

En cuanto al apoyo que ha recibido el equipo, Jiménez de Aréchaga expresó: “Muchos profesores de la UM y abogados de Guyer & Regules, estudio que nos apoya, así como de otros estudios, nos ayudan muchísimo con los paneles externos que son una parte muy importante de la preparación”.

Asimismo, la profesional destacó que “lo más importante”, es el apoyo de la UM. “En especial del decano Dr. Nicolás Etcheverry Estrázulas, de la Dra. María Brugnini y del rector Dr. Juan Manuel Gutiérrez Carrau. El apoyo recibido es de una importancia esencial para lograr los resultados que se obtienen”, señaló.

Por último, la entrenadora dijo que está “muy orgullosa de este equipo” y que se siente “una privilegiada de formar parte de este grupo que deja siempre tan alto el nombre de la UM”.

Durante la competencia, se anunció oficialmente, con la presencia del decano Dr. Nicolás Etcheverry, que la Universidad de Montevideo será la sede para esta competencia internacional en el 2016.

Se tuvo en cuenta para esta designación el excelente desempeño que ha te-

nido la UM en todas las ediciones de la Competencia Internacional de Arbitraje UBA-Rosario.

VICEDECANO DE LA FACULTAD PUBLICÓ “GOBIERNO CORPORATIVO”.



El Vicedecano de la Facultad de Derecho (FDER) Dr. Miguel Casanova publicó la primera parte del libro “Gobierno Corporativo”. Este primer tomo se titula “El Interés Social”.

Transcribimos unas líneas del Autor sobre el contenido de su libro:

La regulación y control de los directores de Sociedades Comerciales se enfrenta ineludiblemente con la cuestión del interés social. Para juzgar su conducta, así como para establecer pautas claras para su gestión, resulta necesario determinar cuáles son los fines e intereses que deben inspirar sus decisiones.

Una parte esencial del Derecho del Gobierno Corporativo se ocupa de regular qué implica el deber de actuar en interés de la sociedad. Esto es, en definitiva, establecer en qué consiste el interés social (aspecto objetivo o material) y cuál debe ser el procedimiento para su determinación (aspecto formal).

Este libro describe los principales rasgos de las teorías jurídicas que respecto del interés social se han tradicionalmente enfrentado. Ex-



pone un análisis crítico de los paradigmas en pugna y, como corolario, propone una formulación de la cláusula de interés social capaz de cumplir su función de guía de los directores de sociedades y que, al mismo tiempo, respete el papel que el Derecho está llamado a desempeñar en el ámbito del Gobierno Corporativo.

NUEVA EDICIÓN DE “ABOGADO Y ESCRIBANO POR UN DÍA”.

Con gran éxito, la Universidad de Montevideo (UM) celebró el certamen “Abogado y Escribano por un día”

Los encargados de la organización del evento: Dra. Ana María Guzmán, Dra. María Brugnini y el Dr. Esc. Guillermo Rosati, junto con varios de los integrantes de los tribunales evaluadores: Dra. Claudia Pintos, Dra. Marcela Tabakian y el Dr. Esc. Juan José Oddone.

La Facultad de Derecho (FDER) que organiza la actividad comenzó a recibir inscripciones el 7 de agosto y mantuvo una intensa actividad hasta el sábado 3 de octubre, día en que se desarrollaron las finales de la competencia.

El certamen tiene como objetivo ayudar a descubrir o afianzar vocaciones en el área

jurídica en alumnos de 5° y 6° año de liceos públicos y privados de Montevideo y del interior del país.

En la competencia -que lleva más de 14 ediciones y que se reitera todos los años - los estudiantes de bachillerato toman el rol de abogados y escribanos en un determinado “caso”, en forma muy similar a como lo harían en la vida real.

El concurso, tiene como objetivo fomentar el trabajo en equipo y brindar ayuda en materia de orientación vocacional, así como también dar a conocer la propuesta educativa de la UM en este campo de la actividad profesional.

Para 2015 se inscribieron 71 equipos. Clasificaron los mejores 24 trabajos escritos, 12 demandas y 12 contestaciones de demandas. Al igual que el año pasado, esos equipos clasificados a las rondas finales consiguen un premio que constan de descuentos para estudiar las carreras de Abogacía o Notariado en la FDER de la UM.

Los equipos finalistas fueron:

- 1° puesto - Instituto Habilitado Hermanas Capuchinas
- 2° puesto - Colegio y Liceo Pedro Poveda
- 3° puesto - Colegio y Liceo La Mennais



4° puesto - Instituto Pre Universitario (Pre/u).

5° puesto – Colegio y Liceo Pedro Poveda (segundo equipo)

Los estudiantes disfrutaron mucho la innovadora experiencia y agradecieron a la UM la oportunidad de “vivir” el rol de abogados o escribanos. Varios de ellos reconocieron haber descubierto su vocación tras la jornada en la sede de la Facultad de Derecho.

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UM DONÓ LIBROS A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UDELAR.

El Decano Dr. Nicolás Etcheverry entregó los libros a un estudiante de Relaciones Internacionales.

La Facultad de Derecho (FDER) de la Universidad de Montevideo (UM) entregó material bibliográfico publicado por la UM al Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR).

Durante el encuentro estuvieron presentes por la UM el Decano de la FDER Dr. Nicolás Etcheverry, el Vicedecano de la FDER Miguel Casanova y Valentina Morandi, de la Biblioteca de la UM.

Los libros fueron recibidos por un estudiante de Relaciones Internacionales de la UDELAR que agradeció el material.





Miembros de la Academia de Derecho Internacional de la Haya visitaron la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo invitados por el decano Dr. Nicolás Etcheverry.

ABOGADOS DE LA HAYA VISITARON NUESTRA FACULTAD.

Abogados expertos de la Academia de Derecho Internacional de la Haya estuvieron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo invitados por su decano el Dr. Nicolás Etcheverry

El jueves 5 de noviembre, el profesor Yves Daudet, Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, y la profesora Laurence Boisson de Chazournes visitaron la Universidad de Montevideo. Participaron de una sesión del Grupo de Trabajo de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UM. **Durante una hora dialogaron con diversos profesores vinculados al Derecho Internacional sobre temas y posibilidades de cooperación académica entre ambas instituciones.**

La Dra. Boisson de Chazournes es profesora de derecho en la Universidad de Ginebra y experta en temas fluviales y derecho del agua vinculados a los derechos humanos. El profesor Daudet, además de Secretario General de la Aca-

demia de Derecho Internacional de La Haya, es especialista en misiones de paz y en codificación. Su visita fue de enorme importancia para el país, máxime con la actual presencia de Uruguay en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Los especialistas extranjeros vinieron al Uruguay para poner en marchas el Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya **organizado con el Instituto Artigas de Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Con ocasión de su estadía en el país, aceptaron gustosamente aceptaron la invitación del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.**

ALUMNOS DE FDER GANARON CONCURSO "APORTES PARA EL DESARROLLO DEL DEPORTE EN URUGUAY"

Thomas Biscomb y Mateo Verdías, ambos estudiantes de Abogacía, ganaron el concurso monográfico "Aportes para el Desarrollo del Deporte en Uruguay", organizado por el estudio Hughes y Hughes.



El concurso consistió en la presentación de un trabajo que aporte al fomento, regulación y control de la actividad deportiva en Uruguay. El Tribunal estuvo integrado por el Dr. Alfredo Etchandy, sub-director de la Secretaría Nacional de Deportes; Dr. Luis Alberto Castillo, Presidente de la Federación Uruguaya de Basquetbol y el Dr. Pablo Ferrari, Secretario de la Unión de Rugby del Uruguay.

El trabajo presentado por Thomas y Mateo se titulaba “Estructuras jurídicas para el fomento del deporte: El fideicomiso financiero como herramienta al servicio del deporte”. En la ceremonia final, el Tribunal destacó que el trabajo se presentaba como una herramienta real para poder atraer inversiones al deporte, algo tan necesitado Uruguay.

El Dr. Pablo Ferrari destacó que la propuesta presentada por los alumnos en el trabajo ganador, fortalecería sin dudas la captación de inversiones en el deporte, la cual presenta cuatro patas: Estado, Sponsors, la propia Asociación y la Televisación.

Los alumnos de la FDER ganaron la posibilidad de realizar una pasantía en el estudio Hughes y Hughes y recibirán un voucher de U\$S 1000 para adquirir libros en cualquier librería especializada de la plaza.

NOTICIAS Y ACTIVIDADES EN EL CENTRO DE POSTGRADOS Y MAESTRÍAS

DIR. GENERAL DEL MERCOSUR EN DEFENSA DE TESIS

El economista Oscar Pastore, Director de la Secretaría del MERCOSUR participó en el tribunal de tesis del Dr. Francisco Bameule en el Centro de Posgrados de la UM.

Durante la defensa de la tesis el Dr. Bameule – argentino – estuvo acompañado por su Tutor Académico, el Dr. Jorge Fernández Reyes, Director del Máster en Integración y Comercio Internacional.

El título del trabajo presentado por Bameule es: “Sudamérica Bipolar: el impacto de la libertad económica y de la calidad institucional en el desarrollo de los países sudamericanos”.

En el desarrollo de este valioso trabajo de investigación académica, su autor procura comprobar y demostrar que la calidad institucional y la libertad económica afectan la Inversión Externa Directa (IED) de los países sudamericanos, constituyéndose el indicador IED como una manifestación de confianza de parte de los inversores.



Foto: El tribunal de defensa de tesis: Dr. Oscar Pastore – Director de Secretaria MERCOSUR-, Dr. Sergio Abreu – Presidente-, Dr. Pablo Genta - Coordinador de Master y Postgrados de la Facultad de Derecho, y el Dr. Francisco Bameule durante su Defensa.

Así Bameule utiliza los indicadores para realizar un diagnóstico, dividiendo los países sudamericanos en dos grupos: las naciones del eje bolivariano y las naciones del eje Monroe. Realiza luego una comparación de cinco parejas de países – uno de cada grupo – y trata de comprobar de qué manera pertenecer a uno u otro grupo afecta la IED y sus indicadores. Al efecto las parejas de países empleadas son: Argentina-Brasil, Uruguay-Paraguay, Chile-Bolivia, Perú-Ecuador, y Venezuela-Colombia.

Desde el inicio el Dr. Bameule advierte que el aporte académico que busca realizar con su trabajo es resaltar la importancia institucional en la región. Que su salud, su estabilidad y las reglas de juego generales que cada país elige aplicar a su economía definirán luego qué tipo de economía tendrán y qué grado de confianza motivarán a la hora de generar negocios.

En definitiva, el trabajo busca describir el “puente” que existe entre un concepto puramente humanístico como la Institu-

cionalidad de cada país, y sus economías, en una Sudamérica que evolucionó hacia una visión bipolar de ambas.

CICLO DE CONFERENCIAS DEL DR. CHABÉN

El Dr. Chabén es embajador uruguayo en Emiratos Árabes Unidos y profesor de la UM



Las charlas tituladas “La Agencia Internacional de Energía Renovable (IRENA)” y “Acceso a los mercados en los países árabes del Golfo”, se realizaron los días 19 y 26 de agosto en el Centro de Posgrados de la UM.

Dr. Nelson Chabén es embajador de Uruguay en los Emiratos Árabes Unidos. En las charlas que dictó, explicó cómo

es el sistema político de dicho país (en donde la forma de gobierno es una monarquía constitucional), su organización territorial (cada uno de los siete estados tiene su propio gobernante, aunque en el caso de Abu Dabi también es el presidente del país), y algunos de sus aspectos sociales y culturales.

El diplomático dijo que actualmente se encuentran “entre 150 y 200 uruguayos” residiendo en los Emiratos Árabes. Entre ellos se encuentran “ingenieros, veterinarios, contadores y tripulantes de las dos principales aerolíneas del país” (Qatar Airways y Etihad Airways).

Las actividades contaron con un gran número de participantes.

EL EMBAJADOR DE VENEZUELA PRESENCIÓ DEFENSA DE TESIS

Julio Chirino estuvo presente en la defensa de tesis de los Dres. Victoria Dutra y Luis Alejandro Sauce

El pasado 28 de agosto se desarrolló la defensa de tesis de los Dres. Victoria Dutra y Luis Alejandro Sauce, quien es venezolano,

para acceder al título de Magíster en Integración y Comercio Internacional. El título de su tesis es: “El Encadenamiento Productivo como una modalidad de Integración Comercial. La Experiencia de ENVIDRIO”.

Para la ocasión, el tribunal de defensa de tesis estuvo integrado por el Embajador del Uruguay ante los Emiratos Árabes Unidos Dr. Nelson Chabén, el Decano del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM) Cr. Pablo Regent y el Coordinador de Máster y Postgrados de la Facultad de Derecho Dr. Pablo Genta.

Durante la defensa los Dres. Sauce y Dutra estuvieron acompañados por su Tutor Académico, el Dr. Jorge Fernández Reyes, Director del Máster en Integración y Comercio Internacional.

Cabe destacar que en la ocasión se contó con la presencia del Sr. Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Bolivariana de Venezuela Julio Chirino, junto al Consejero Comunicacional Pablo Siris Seade y el Primer Secretario para temas Económicos y Comerciales Félix Arrúe.

En el desarrollo de este valioso trabajo de investigación académica, sus autores



procuran comprobar y demostrar la posibilidad de desarrollar políticas de integración económica y productiva a través del encadenamiento productivo, como resultado del intercambio comercial y el apoyo estatal en iniciativas autogestionadas por sus trabajadores, identificando y analizando las características del encadenamiento productivo, el grado de incidencia del fenómeno de la autogestión empresarial y el apoyo estatal, en el caso de estudio concreto de la empresa ENVIDRIO.

En lo concerniente a la Autogestión Empresarial, destacan que surge como un nuevo paradigma que no puede ser comprendido plenamente a la luz de las teorías económicas clásicas. Los autores argumentan que ni la teoría liberal ni la teoría marxista son suficientes para explicar este comportamiento económico basado en la solidaridad, reciprocidad y el trabajo asociativo fundado no solo en la maximización de ganancias sino en la satisfacción de necesidades humanas y encuentran en ENVIDRIO la materialización perfecta de dicha tesis.

Finalmente, y en vía de recomendaciones, los investigadores entienden que el escenario económico mundial obliga a re-

flexionar y actuar sobre las perspectivas de la integración productiva y, específicamente, sobre la necesidad de avanzar en encadenamientos productivos para garantizar una inserción competitiva en el escenario internacional, siendo el caso de ENVIDRIO un ejemplo relevante a ser considerado por el MERCOSUR.

El trabajo cuenta con una profusa referencia bibliográfica que denota un vasto relevamiento en la temática, así como un detallado marco teórico, fundamento de su investigación. De igual manera, son abundantes los cuadros, gráficas y flujogramas desarrollados que enriquecen la investigación.

EL DIRECTOR DE LA DGI JOAQUÍN SERRA EXPUSO EN LA UM

Invitado por Maestrías y Postgrados de la Facultad de Derecho, el Director General de Rentas Soc. Joaquín Serra expuso la conferencia "Situación y perspectivas de la DGI" el jueves 10 de setiembre en el Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo (UM).

Durante la exposición, Serra habló sobre los cambios y el nuevo modelo de gestión



de la Dirección General Impositiva (DGI) desde el año 2005 y la mejora de resultados gracias a esto. “Entre el 2005 y el 2014 la recaudación bruta creció en un 70% en términos reales, la tasa de evasión del IVA experimentó una caída importante, el costo de funcionamiento de la DGI también ha ido disminuyendo”, sostuvo.

El jerarca mencionó también los cambios que ha habido con respecto a la comunicación y el sistema de información sobre los pagos de DGI. Anunció que próximamente será posible abonar por celular.

Con respecto a la evasión de impuestos, Serra explicó las diferentes maneras de control e incentivo para asegurar que los contribuyentes paguen lo que deben y mencionó las herramientas que poseen de control de datos y la forma de cruzar la información. Además, señaló: “Estamos trabajando en un plan de control. Tenemos ahora una consultoría del Fondo Monetario para elaborar el plan de control del año 2016. Tenemos una serie de insumos, datos tributarios que provienen del contribuyente con sus declaraciones juradas, datos externos, datos de los registros, datos de las tarjetas de crédito de las distintas empresas públicas”.

A raíz de la mención del director sobre el sistema de trabajo de la DGI basado en metas grupales —de las cuales depende en cierta medida el sueldo de los funcionarios—, una de las presentes le preguntó si lo habitual era que esas metas se cumplieren. Serra explicó: “El sistema de metas ha permitido mejorar algunos procesos pero, muchas veces, lo que vemos es que se cumple un porcentaje muy alto y a veces nos genera la discusión interna de si estamos teniendo el nivel de exigencia adecuada o no hemos salariado el pago variable”.

Otro de los presentes le preguntó sobre la forma en que se concilia la recaudación total y la evasión. Serra explicó que desde hace años la estimación que hace DGI es la evasión del IVA, que se estima en un 10%. Sostuvo que existen algunos estudios académicos y antecedentes pero que, sin embargo, no existe una metodología probada para calcular la evasión. Agregó luego que existe una evasión de alrededor del 36% en el Impuesto a las Rentas de Actividades Económicas (IRAE).

Finalmente, uno de los presentes afirmó que ha visto una evolución notoria en la administración tributaria pero dijo también que es un “proceso de mejora continua” y preguntó si veía alguna posibilidad de auto regulación de la DGI y del establecimiento de plazos de actuación. Sobre esto, Serra mencionó el caso de España: “La administración entiende que por distintas circunstancias no puede garantizar los créditos del Estado por esas restricciones temporales que a veces no se ajustan a los tiempos que se precisan para cumplir adecuadamente las actuaciones. En el caso nuestro, no existen limitaciones de ese tipo”.

Explicó que, sin embargo, el control del tiempo es uno de las metas que tienen los inspectores. El director dijo que desde que se inicia la inspección hasta que se termina no deberían pasar más de 180 días. “Ese es el estándar que nos gustaría que nuestros equipos tengan y por eso lo hemos fijado como meta”, concluyó.

DR. JORGE DÍAZ EXPUSO EN EL CENTRO DE POSGRADOS

El Fiscal de Corte Dr. Jorge Díaz expuso en la UM en el marco del Posgrado en Derecho Penal Económico



A partir del 1° de enero de 2017, Uruguay contará con una nueva legislación en materia Procesal Penal que generará importantes cambios y desafíos procurando combinar la eficacia en la represión del delito con las garantías individuales.

Ante este panorama, el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, Dr. Jorge Díaz, fue invitado al Postgrado en Derecho Penal Económico que dirige el Dr. Jorge Barrera para exponer sobre la reforma.

En su presentación, Díaz mencionó algunas de las fallas del sistema judicial uruguayo. “Los jueces penales uruguayos no son imparciales”, dijo. Según Díaz, esto se debe al diseño del sistema que está errado y, como consecuencia, “estamos violando derechos humanos”.

Díaz fue Juez del Crimen Organizado. Asimismo, es quien diseñó y armó la reforma del Código de Proceso Penal referente al Ministerio Público y Fiscal.

EDUCACIÓN A DISTANCIA – CURSOS ON-LINE

La Facultad de Derecho continúa dic-

tando cursos completamente *on-line*, siendo pionera en tal sentido en el ámbito académico universitario nacional. Para ello cuenta con un sólido respaldo técnico e informático, que viene a completar la excelencia académica de los contenidos que se imparten. Se dictaron con gran éxito y aceptación los siguientes Cursos de Postgrado:

1. Derecho Concursal Uruguayo, a cargo de los profesores Dr. Camilo Martínez Blanco y Dr. Daniel Martínez Vigil, y cuenta con un diseño metodológico moderno, ágil y sencillo, tanto en los aspectos técnicos como en los académicos.

2. Protección de Datos Personales en el Área de la Salud, a cargo del Mag. Pablo Schiavi con participantes del área médica y jurídica tanto profesional como ejecutiva, particularmente del interior del país.

3. Delitos Informáticos - A cargo del Dr. Martín Pecoy y Dr. Jorge Barrera. En este curso se analizan de modo práctico las conductas ilícitas relacionadas con la informática y su realidad jurídico penal en el Uruguay y a nivel internacional, y también los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales. Contó con numerosos participantes, principalmente del interior del país.

4. Derecho brasileño aplicado, dictado de modo presencial y *on-line*, a cargo de la **Prof. Alina Celi Frugoni PhD**. El curso se orienta al estudio teórico-práctico del ordenamiento jurídico brasileño, sus fundamentos, principios e instituciones, teniendo en cuenta los crecientes procesos de globalización económica. El mismo está dirigido a abogados, escribanos, profesionales del sector público y privado, e integrantes de organizaciones internacionales o representaciones extranjeras que requie-

ran formación jurídica práctica en derecho brasileño.

Además de los cursos dictados se prevé ampliar esta modalidad a otras materias de diferencias áreas.

LIBROS, ARTÍCULOS Y PRODUCTOS ACADÉMICOS

“Código General del Proceso 3era. Edición. Reformas de la Ley 19.090 y posteriores”- Dr. PEREIRA CAMPOS, Santiago (coordinador).- Con el objetivo eminentemente práctico de examinar las innovaciones, este libro está dirigido a los operadores jurídicos y a los estudiantes de derecho. La obra contiene el texto vigente completo del Código General del Proceso con todas las modificaciones incorporadas y, además, se comenta uno a uno los cambios operados por la Ley N°19.090 y posteriores mediante una metodología comparativa.

“Curso de Derecho de la Integración. Tomo II” – Dr. FERNÁNDEZ REYES, Jorge.- Se analiza en forma exclusiva y en profundidad los distintos aspectos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en tanto se trata del Proceso de Integración Regional contemporáneo más importante en el que participa nuestro país, y que sin perjuicio de sus avances y retrocesos, mantiene plena vigencia y actualidad en el marco del desarrollo del comercio regional e internacional del bloque y de los países miembros. Se trata de un documento actualizado que permite visualizar las distintas etapas del proceso de integración hasta la actualidad.

“Organización Administrativa” – Dr. ROTONDO, Felipe (coordinador).- En este libro se reúnen las monografías realizadas por los participantes del curso de Organi-

zación Administrativa de la Maestría en Derecho Administrativo Económico en el año 2013. Se incluyen, asimismo, trabajos de los docentes de dicho curso.

VISITAS

- **Ec. Oscar Pastore** - Director de la Secretaría del MERCOSUR.
- **Dr. Nelson Chabén** - Embajador uruguayo en Emiratos Árabes Unidos.
- **Sr. Julio Chirino** - Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Bolivariana de Venezuela.
- **Soc. Joaquín Serra** - Director General de la DGI.
- **Dr. Jorge Díaz** - Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación.
- **Dr. Guillermo Yacobucci** - Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Austral de Buenos Aires.

INVESTIGACIÓN – TESIS

En el presente período se llevaron a cabo las defensas de Tesis de investigación académica para obtener el título de Magíster de los siguientes alumnos:

Cras. María Agustina Medina, Melisa Ronchi y Ana Inés Sabbia - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“Régimen de promoción de inversiones”*.

Dr. Francisco Bameule - Máster en Integración y Comercio Internacional. *“Sudamérica Bipolar: El impacto de la libertad económica y de la calidad institucional en el desarrollo de los países Sudamericanos”*.

Dr. Miguel Tomé - LL.M. Máster en Derecho - *“Antecedentes históricos de las actuales teorías del deudor comerciante “re-empresador” (“fresh start”) y su aplicación práctica a la actualidad, con especial énfasis en*

la legislación nacional”.

Dras. María Jimena Fernández y Carla Spagnuolo - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“Reflexiones sobre los límites al derecho de acceso a la información pública”.*

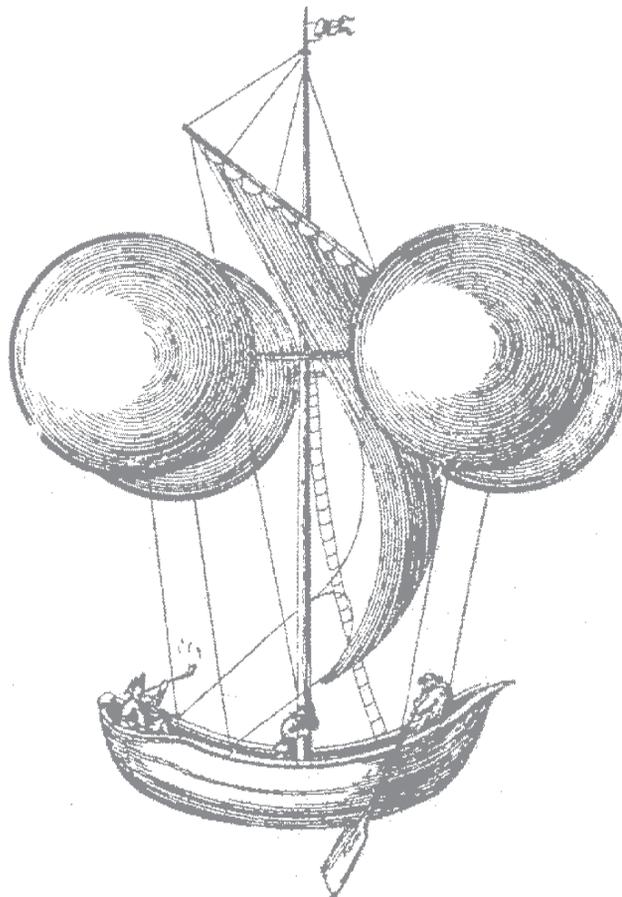
Dr. Marcos Lima Juliani - LL.M. Máster en Derecho.- *“La protección de la actividad sindical en la Ley 17.940.*

Dra. Victoria Dutra y el Lic. Luis Saucedo - Máster en Integración y Comercio Internacional. *“El encadenamiento productivo como una modalidad de integración comercial. La experiencia de Envidrio.”.*

Dres. Francisco Cobas y Hugo Lens - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“Las excepciones en el juicio ejecutivo fiscal, con especial énfasis en la inhabilidad de título”.*

Cra. Ana Arrigoni, Dra. Claudia Cedres y Esc. Ana Cestona - Máster en Derecho y Técnica Tributaria. *“El Responsable sustituto a partir de la Ley de Reforma Tributaria.”*

Dr. Juvenal Javier - Máster en Derecho Administrativo Económico - *“La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos.”.*



TESINAS DE MASTERS

JAVIER, Juvenal M.

**La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay,
con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos**

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. SU RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE EN URUGUAY, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU EJERCICIO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

JUVENAL M. JAVIER

INTRODUCCIÓN

Delimitación del objeto de estudio, método empleado, objetivos y estructura del trabajo.

1. La tesis propuesta implica una especial reflexión por cuanto la consideración de la objeción de conciencia como derecho subjetivo no se encuentra pacíficamente admitida, ni la mayoría de los sistemas jurídicos regula específicamente el instituto.

No se nos escapa que se trata de un medio de expresión de la voluntad del ser humano, que se halla íntimamente relacionado con su desarrollo como persona y de lo que entiende, frente a una situación determinada y conforme sus convicciones, como “bien” o “mal”.

2. Su reconocimiento a través de los períodos históricos no ha sido fácil, pero la afirmación de atributos propios e inalienables de la persona humana con los que tiene estrecha vinculación, como la libertad de pensar y de expresar sus pensamientos y convicciones, que le son íntimos y connaturales, revelan que su existencia no debería cuestionarse en un régimen de Estado de Derecho, pues son INHERENTES a su condición de tal.

3. Resulta claro que el tratamiento de este tema implica un gran desafío. Baste para demostrarlo las diversas posturas que respecto del concepto de objeción de conciencia y de su naturaleza jurídica se han sustentado, en algunos casos en franca contradicción unos con otros, así como la diversa jurisprudencia que existe en el derecho comparado.

Sin embargo, el abordaje de la cuestión resulta, a nuestro juicio, insoslayable, a la luz de la sanción de la ley 18.987 sobre interrupción voluntaria del embarazo. Seguramente también se irán presentando otras situaciones y el consiguiente planteamiento de la objeción en otros ámbitos de la actividad, pública y privada.

4. Este trabajo se ocupará del estudio de la objeción de conciencia en la Administración Pública, o más precisamente, en relación con quienes ejercen función pública, abordándose además la incidencia que la ley 18.987 pueda tener sobre la profesión médica, específicamente en el sector público.

Al respecto se tendrán presentes pronunciamientos relativos a situaciones de manifestación de objeción de conciencia planteados recientemente en nuestro país y en el derecho comparado, como lo han sido la relativa al pago de impuestos u objeción fiscal,

a la práctica de abortos o al servicio militar obligatorio.

5. El tema propuesto irrumpió con fuerza en Uruguay con la sanción de la referida ley 18.987, de interrupción voluntaria del embarazo, si bien con anterioridad la ley 18.473, de 2009, sobre voluntad anticipada del paciente respecto de los procedimientos y tratamientos médicos para su reanimación, ya había consagrado el derecho a la objeción de conciencia.

A nivel sanitario anteriormente ya se habían suscitado problemas, como consecuencia de la aprobación de la ley 18.426, de Salud Sexual y Reproductiva, de 2008 y de su decreto reglamentario 293/010.

La polémica se originó, básicamente, por cuanto la ley le dio un lugar preponderante al aborto y a su despenalización, lo cual provocó que, pese al apoyo de diversos sectores sociales, tres capítulos fueran objeto de objeciones u observaciones (el instituto de “veto”) por parte del Poder Ejecutivo, encabezado por el entonces Presidente de la República, Dr. Tabaré Vázquez.

A nivel jurisprudencial, la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n° 297/014, de 14 de agosto de 2014, fue la primera decisión de ese Cuerpo sobre el tema, la cual resolvió la suspensión de la aplicación de varios artículos del decreto 375/012, de 22 de noviembre de 2012, reglamentario de la ley 18.987, de 22 de octubre de 2012.¹

Posteriormente, la sentencia n° 586, de 11 de agosto de 2015, resolvió definitivamente respecto del fondo del asunto haciendo lugar parcialmente a la demanda y en su mérito, anulando, con efectos generales y absolutos, determinadas disposiciones del decreto referido, pero desestimando la demanda respecto de otras.

6. La elección del tema de investigación ha sido motivada por la consagración legislativa del instituto y la consiguiente constatación de que en nuestro país, pese a las expresiones legislativas y jurisdiccionales referidas, se carece del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha tenido lugar en otros países, en algunos casos para admitirlo y en otros, directamente para prohibirlo.

Al tratarse de un tema de suma importancia y actualidad y a la vez, poco estudiado entre nosotros, se torna imperioso encarar su análisis jurídico.

Conforme lo expuesto, este trabajo de tesis se orientará hacia el estudio de la objeción de conciencia en el contexto del sector público, sin perjuicio de que algunas de las consideraciones que se viertan puedan ser aplicables también al ámbito laboral privado.

7. De tal forma, se podrán extraer conclusiones que permitan estudiar y comprender cabalmente el alcance de la objeción de conciencia como instituto de protección del ser humano en cuanto tal.

¹ Breve tiempo después, la Sentencia n° 357 del mismo Tribunal, de 4 de setiembre de 2014, hizo lugar a la suspensión de la ejecución de los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 31, 32 y 35 del decreto 375/012, desestimando la solicitud en relación al art. 30.

8. Como objetivo general del presente trabajo se ha planteado analizar si todos los funcionarios públicos pueden ejercer el derecho y eventualmente, cuál es su fundamento; como objetivos particulares considerar, si se responde afirmativamente la cuestión anterior, en qué circunstancias y condiciones puede ser ejercido, bajo qué requisitos y límites y cuáles son los efectos y consecuencias de su reconocimiento.

Al estar el objeto de estudio enmarcado en el ámbito del Derecho Público y atento a su interdisciplinaria, se efectuará un enfoque desde ramas diversas del ordenamiento jurídico, como el Derecho Constitucional, de origen nacional y extranjero, el Derecho Penal y por cierto, el Derecho Administrativo, acudiéndose además a fuentes históricas, a fin de conocer la evolución y alcanzar una mayor comprensión de la objeción de conciencia.

Ello sin perjuicio de acudir a fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, por lo general extranjeros, dados los debates doctrinarios y las numerosas situaciones planteadas en la materia en otros países, las que ya han sido objeto de resolución por los órganos jurisdiccionales.

9. Con respecto a su estructura, el trabajo de tesis se ha conformado con once Capítulos, un Capítulo destinado a las conclusiones y tres Anexos.

Se examina el vínculo entre la objeción de conciencia y los derechos humanos, señalándose sus características distintivas y sus principales manifestaciones, sin olvidarse de sus orígenes, además de analizarse el régimen jurídico vigente en nuestro país, el proyecto de ley presentado, así como sus fundamentos constitucionales y legales.

Luego se estudia, particularmente, en el contexto del sector público y aún más concretamente, si el instituto jurídico de la objeción de conciencia puede ser esgrimido por aquellas personas que, siendo empleados del Estado, ejercen por tanto función pública.

Finalmente, como corolario del desarrollo indicado, se formularán las conclusiones y se indicará la Bibliografía que se ha consultado.

CAPÍTULO 1. CONTEXTO HISTÓRICO

1.1. A fin de ubicar el tema resulta necesario hacer una referencia al proceso de aparición histórica y evolución de la objeción de conciencia, sin pretensiones de exhaustividad y con el propósito de entender su desarrollo y arribar a una noción con un mayor aporte de elementos para su comprensión.

Debe comenzarse, entonces, por analizar las primeras manifestaciones de la objeción de conciencia en diversos períodos históricos, recurriéndose en principio a los textos antiguos que recogen registros que pautan las intervenciones de personajes que, por lo general, consideraron injusto el orden que los regía y proclamaron abiertamente su desobediencia.

En la Biblia, el hombre y la mujer desobedecen a Dios y son arrojados del Jardín del

Edén,² enfrentándose con la realidad terrenal.

En el libro del Éxodo, continuándose los relatos del Génesis, se narra la persecución que los israelitas sufrieron de parte de los egipcios al multiplicarse su número, lo cual provocó que el Faraón ordenara a las parteras de los hebreos Sifrá y Puá que mataran a todo niño varón hebreo recién nacido.

Sin embargo, las parteras temían a Dios y por tanto, desobedecieron a su rey, dejando vivir a los niños con el pretexto de que las mujeres hebreas no eran como las egipcias, pues eran muy robustas y daban a luz antes de que ellas pudiesen atenderlas.³

En el primer caso, Adán y Eva desobedecieron a Dios, pese al temor que sentían y el castigo de que morirían; en el segundo caso, el temor a Dios fue más fuerte y las mujeres desobedecieron a su dios terrenal, pues su orden entraba en conflicto y abierta contradicción con el mandato de Dios (Yahvé), al cual profesaban sumisión y respeto.

Otros libros del Viejo Testamento relatan diversos ejemplos en los que los israelitas desobedecen a su soberano, pues sus directivas contrariaban abiertamente la voluntad y las enseñanzas de Dios.

Así, el libro de Daniel relata como Ananías, Azarías, Misael y el propio Daniel se negaron a comer la comida y a tomar el vino que les servían en el palacio de Nabucodonosor, que era lo mismo que este ingería, pidiendo que no se les obligara a contaminarse con tales alimentos.⁴

Esta fidelidad estricta les expondrá repetidas veces a graves peligros, de los cuales serán liberados milagrosamente por Dios.

1.2. En la Antigua Grecia, la obra "Antígona", de Sófocles, narra como Antígona, desafiando el poder del rey Creonte, entierra a su hermano Polínices, muerto por su hermano Etéocles, lo cual había sido prohibido por el soberano.

Claramente, su actitud de desafío y desobediencia hacia el rey le costará la vida, siendo sepultada viva, ahorcándose luego; el deseo de sepultar a su hermano es más fuerte que el temor al rey, al que le dice: "*Yo no he creído que tu decreto tuviera fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy ni de ayer sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron. Por temor a la determinación de ningún hombre no debía yo violar estas leyes y hacerme acreedora al castigo divino.*"⁵

Tampoco debemos olvidarnos de Sócrates, que prefirió la muerte antes que obedecer un mandato injusto de la autoridad.

1.3. Durante el imperio romano, los cristianos se negaron a adoptar las normas del

2 Génesis 3, 1-2.

3 Éxodo 1, 13-21.

4 Daniel 1, 6-17.

5 Antígona - Edipo Rey, de Sófocles, Colección Clásicos Universales, Barcelona, Editorial Océano, 1999, p. 132.

Imperio, a participar en su defensa, a integrar su ejército y luchar contra los bárbaros que ponían en peligro sus fronteras, siendo por ello perseguidos sistemáticamente.

El poder del Papado y la influencia eclesiástica se fue extendiendo, pues Dios era la “conciencia” y la Iglesia era la voz de Dios, lo cual provocó que las voces disidentes (o desobedientes) fueran acalladas.

Luego de siglos de que la fuerza de la razón no pudo ser escuchada, dominada por la obediencia ciega, paulatinamente se fueron produciendo movimientos que rompían con las tradiciones y marcaron, aún tibiamente, el desarrollo del instituto de la objeción de conciencia.

Santo Tomás de Aquino resulta importante en esa evolución; en su concepción teleológica de la naturaleza y de la conducta del hombre toda acción tiende hacia un fin, el cual radica en el bien.

Al reconocer el bien como el fin de la conducta del hombre, la razón descubre su primer principio: se ha de hacer el bien y evitar el mal (“Bonum est faciendum et malum vitandum”).

Este principio, al estar fundado en la misma naturaleza humana es la base de la ley moral natural, es decir, el fundamento último de toda conducta; en la medida en que el hombre es un producto de la creación, esa ley moral natural está basada en la ley eterna divina. De la ley natural emanan las leyes humanas positivas, que serán aceptadas si no contradicen la ley natural, pero que serán rechazadas o consideradas injustas si la contradicen.

El sistema de Santo Tomás se desenvuelve según la idea de una perfecta conformidad de la ley humana (derecho positivo) con la ley natural; la obediencia a la autoridad pública es un deber primordial, pues, “entre la autoridad y el bien común hay connaturalidad esencial”.⁶

No obstante, si las leyes son injustas, no se está obligado a observarlas, sin perjuicio de “que la resistencia no deba ocasionar el escándalo o el desorden (...); si ellas van hasta violar los mandamientos de Dios se las debe desobedecer...”⁷

1.4. Como hemos visto, desde la Antigüedad y hasta comienzos del siglo XVI, la desobediencia a la autoridad política se justificaba desde lo moral o lo religioso, cuando se planteaba la contradicción entre defender el mandato divino y acatar los preceptos de la ley humana, entre obedecer los mandatos superiores no escritos y las prescripciones terrenales del rey, o entre someterse al mandato injusto de la autoridad y respetar la propia ética o una determinada concepción religiosa.

Ya iniciado el siglo XVI y hasta entrado el siglo XX, se desarrolla la concepción de la objeción de conciencia como un derecho derivado de la libertad de conciencia, la que es

6 DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*, 4ª edición, Lima, Edinar, 1990, p. 184.

7 DU PASQUIER, *op. cit.* y p. citadas.

invocada para justificar la desobediencia a la autoridad.

Tal es el caso de los Valdenses y de los Husitas, seguidores de Pedro Valdo y de Jan Hus, que a partir del siglo XII pero con mayor fuerza en el siglo XVI, predicaban y abogaban por un retorno a las enseñanzas del Libro de los Hechos de los Apóstoles y del Sermón de la Montaña, interpretando libremente las Sagradas Escrituras, apartándose así de la jerarquía eclesiástica.

Dentro de sus postulados, puede citarse la negativa a jurar fidelidad a rey o reino alguno, así como a prestar servicio militar.

Jean Cauvin (mejor conocido como Juan Calvino) y Martín Luder (o Lutero, como es mejor conocido), reafirmaron la supremacía del poder espiritual sobre el poder civil, al enfatizar que el Espíritu Santo ayudaría a cada hombre a interpretar la ley de Dios, contenida en los Santos Evangelios.

Sin embargo, ambos, que fueron contemporáneos e iniciaron el movimiento reformista, que fuera respondido por la Iglesia Católica con una serie de decretos doctrinales y la reestructuración del Papado y de las órdenes religiosas, conocida como Contrarreforma, o reforma católica iniciada con el Concilio de Trento (1545-1563), negaban el derecho de rebelarse contra los poderes establecidos, aún si estos desconocían los preceptos del Santo Evangelio.

1.5. Otros movimientos han tenido y mantienen aún posiciones en contra de tomar las armas o del servicio militar, como es el caso de los Anabaptistas o de los Menonitas (también conocidos como Amish), que aún mantienen su pensamiento como en sus inicios, o de los Cuáqueros, que reivindican la supremacía del poder de Dios sobre el poder civil y entienden que el Estado realiza actos que Dios condena, como iniciar guerras (por lo cual rechazan el servicio militar) o realizar ejecuciones capitales. Se han negado, por tanto, a subvencionar los gastos militares.

Se observa entonces, que en este período histórico irrumpe con fuerza el concepto de libertad de conciencia como un derecho erigido frente a la autoridad religiosa y política, las que habían dominado el campo del pensamiento humano hasta entonces, pero que comienzan a ser desplazados por los derechos de libertad.

Estos no se sustentan en preceptos éticos o religiosos, sino en la nueva noción que consideraba que la persona tiene facultades intelectuales (conciencia) que le permiten examinar, conocer y aplicar las normas jurídicas, religiosas y morales que se le imponían desde fuera.

El movimiento protestante destaca esta doctrina del “libre examen”, que se traduce en la formación de múltiples congregaciones religiosas, con concepciones propias; surgen, entonces, los primeros objetores de conciencia, concretamente, a la participación en actividades militares.

1.6. La evolución de este pensamiento, con ideas de libertad y tolerancia, desembocó

en las Revoluciones inglesa y francesa de los siglos XVII y XVIII y en los consiguientes cambios políticos, revelándose la desobediencia a la autoridad, la que será ahora justificada, no exclusivamente en el derecho divino, sino en el derecho positivo.

Ya avanzado el siglo XX, la objeción de conciencia aparece consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos, en algunos casos en las Constituciones y en otros en la ley.

Tal fue el caso, en principio, respecto del servicio militar obligatorio,⁸ extendido luego a otros supuestos, como se verá más adelante.

Por otra parte, también el cine se ha ocupado del tema de la objeción de conciencia.

En la película *Sargento York*, de 1941, protagonizada por el actor Gary Cooper, se plantea el conflicto entre el personaje, que es llamado a filas durante la primera guerra mundial y su resistencia a alistarse pues tendría que matar, lo cual contrariaba sus fuertes convicciones religiosas.

Finalmente, ayudado por los consejos de un pastor religioso logra encontrar la solución a su debate interior y decide luchar por su país.

En suma, la libertad de conciencia presenta circunstancias de surgimiento y desarrollo comunes a los derechos de libertad propios de las revoluciones norteamericana, primero y francesa, después, que se hallan profundamente emparentados con la objeción de conciencia, si bien esta tuvo su génesis mucho más cercanamente en el tiempo, ya que puede situarse en el origen de los movimientos pacifistas contra la guerra de Vietnam y en la fuerte reivindicación de los derechos civiles que tuviera lugar en los EEUU en los años sesenta del siglo XX.

Puede verse entonces, brevemente, el desarrollo del tema, que se ha manifestado a través de la historia de diversas formas y ha sido tratado en documentos, obras y escritos de muy diversa índole.

CAPÍTULO 2. DERECHOS HUMANOS Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA

2.1. Concepto de Derechos Humanos

2.1.1. A fin de precisar la noción y remarcar la importancia de su protección, debe decirse que el concepto nuclear de los “Derechos Humanos” es la dignidad de la persona, la cual es independiente de su existencia real en una persona humana.

Esencialmente, la dignidad de la persona, es lo que permite fundamentar los derechos humanos, pese a las violaciones de los textos que los reconocen y proclaman.⁹

8 Es el caso del Reino de los Países Bajos (Holanda) y del Reino de España, que reconocieron el derecho de objeción de conciencia en sus Cartas Constitucionales, de 1923 y de 1978, respectivamente.

Otros países lo hicieron por vía legal, como fue el caso de la IV República Francesa, en 1953 y de la República Italiana, en 1970.

9 RODRIGUEZ VILLASANTE, José Luis, “Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, número 5, (1991), p. 17.

Por tanto, el aspecto fundamental de los derechos humanos, es la protección de la persona humana, cualesquiera sean las concepciones religiosas, morales, filosóficas, sociales o políticas sobre su fundamento.

El Estado debe preservar a la persona, que es la destinataria principal de su protección,¹⁰ por cuanto los derechos fundamentales derivan de la dignidad del ser humano y por serle inherentes y por tanto, naturales, inalienables e imprescriptibles, tienen preeminencia sobre las prerrogativas del Estado, cuyo fin se debe ordenar a garantizar su efectiva vigencia.

Admiten límites y por tanto, no son absolutos,¹¹ pero los ordenamientos que los establezcan deben prever que tengan una razonable relación con el “contenido esencial” de tales derechos.

El Profesor ROTONDO,¹² ha expresado que el ordenamiento jurídico uruguayo tiene a la persona humana como el centro de todas las instituciones sociales. La persona humana posee derechos que son fundamentales porque provienen de la dignidad que le es inherente y a cuyo respecto el Estado efectúa un reconocimiento y establece procedimientos de garantía.

Señala que ello surge de lo previsto por la Constitución en su artículo 7º, el cual consagra el “derecho a la protección en el goce” de derechos de fondo, preexistentes, que ella no otorga; tal protección se diversifica, ajustándose a la esencia de los derechos fundamentales.

De este modo, los principios generales relativos a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno son de aplicación inmediata y deben guiar a una interpretación expansiva del respeto de la dignidad del ser humano y de las libertades.

Los derechos humanos pueden entonces definirse como un conjunto de libertades y derechos reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, que derivan de las exigencias básicas de la dignidad, de la libertad y de la igualdad de la persona humana.

Estos derechos no se encuentran limitados a un catálogo cerrado, limitados a su enunciación en el texto constitucional, sino que pueden ser clasificados conforme los momentos históricos de su consagración en normas de Derecho Positivo, de alcance universal o nacional, distinguiéndose los de primera, segunda, tercera y recientemente, los de cuarta generación, que serán objeto de análisis en los subcapítulos siguientes.

2.1.2. Distinguida doctrina nacional ha realizado un completo análisis de los derechos humanos, señalando su importancia desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como de los aspectos que se encuentran comprendidos y los conforman.

10 DROMI, Roberto, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, 13ª edición actualizada, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina - Hispania Libros, 2015, p. 182.

11 DROMI, Roberto, *op. cit.*, p. 182.

12 ROTONDO, Felipe - MARTINS, Daniel Hugo, *RÉGIMEN LEGAL DE EDUCACIÓN - LEY N° 18.437- Normas Constitucionales e Internacionales*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, p. 25.

En tal sentido, la Profesora ASIAÍN ha afirmado¹³ que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plasmado en los tratados internacionales, no es sólo un referente al que acudir para fundamentar una postura ni para adornarla.

Expresa que es Derecho vigente y vinculante, integrante del ordenamiento jurídico, que se encuentra jerarquizado por encima o a la par de las Constituciones, conformando el Bloque de los Derechos Humanos, afirmación que se encuentra en armonía con lo que había sostenido la doctrina nacional.¹⁴

Afirma que su núcleo duro, constituido por determinados derechos que son inalienables, imprescriptibles e inderogables, constituye el Derecho Imperativo o “*ius cogens*”, imponiéndose aún por sobre las Constituciones de los Estados.

De tal modo, sea o no el Estado parte de este tipo de tratados referidos a los Derechos Humanos, su supremacía normativa se impone en virtud del mandato de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, contenido en el artículo 53.¹⁵

2.1.3. La Profesora ASIAÍN señala, además,¹⁶ que este derecho no resulta derogable ni aún en tiempos de emergencia pública pues se impone por encima de la Constitución Nacional, en la hipótesis de que ésta no lo recogiera.

Al integrar el “bloque de derechos humanos”, este conjunto de normas es de aplicación directa en el orden interno y por tanto, aún en la hipótesis de que Uruguay no fuera parte de estos instrumentos internacionales, esos “actos de valor y fuerza internacional que obligan a la República Oriental del Uruguay” quedarían colocados “por encima de los actos constitucionales uruguayos.”

En cuanto a las personas, expresa¹⁷ que constituye un derecho directamente aplicable y reclamable interna e internacionalmente en diversos ámbitos e instancias, como la Organización de Estados Americanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y eventualmente, la Corte Internacional de Justicia.

Por otra parte, según consigna el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de la ONU, celebrada en Viena, Austria, en junio de 1993,¹⁸ “*todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados*”, de lo

13 ASIAÍN, Carmen, “RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA. Deberes del Estado Uruguayo a la luz del Derecho Humanitario Internacional”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 17 (2010), pp. 76 - 77. Versión Digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/.../DERECHO-17.pdf>... Fecha de consulta: 22.04.2015.

14 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *DERECHO PÚBLICO*, Tercera actualización, Montevideo, FCU, 2009, p. 100.

15 “Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

16 *Op. cit.*, p. 76.

17 *Op. cit.*, p. 76 citada.

18 ASIAÍN, Carmen, *op. cit.*, p. 77.

que se deriva que no será posible amparar en forma aislada uno u otro de los derechos proclamados, o la mayoría, descartándose alguno de ellos.

El respeto, salvaguarda y la promoción de todos y cada uno de los derechos fundamentales se impone a los Estados, como un deber positivo, comprometiendo su responsabilidad internacional.

2.1.4. El Profesor CORREA FREITAS¹⁹ ha hecho referencia, entre otros aspectos, a la clasificación doctrinaria que distingue entre los llamados “derechos de primera generación”, derechos de “segunda generación” y derechos de “tercera generación”, a los que cabe agregar hoy, a nuestro juicio, los de “cuarta generación”.

Los derechos de “primera generación” engloban a los llamados derechos individuales y se hallan dirigidos a respetar al individuo como ser humano, lo que se traduce en no impedir su actuación y su libertad de conciencia y en garantizar el libre y no discriminatorio goce de los derechos.

El Estado asume una actitud negativa, de no impedir, que implica un no hacer, no dificultar la actividad del hombre.

Los derechos de “segunda generación” comprenden los económicos y sociales e implican una actitud positiva del Estado, a fin de garantizar su goce, como el derecho al trabajo, a una vivienda higiénica y decorosa, a la protección de la familia, el derecho de asociación, entre otros.

Si no fuere así, ello supondría una clara negación de esos derechos, consagrados al reconocerse las diferencias que existen en la sociedad y estimarse que los más desvalidos son los que necesitan una protección especial del Estado.

Los derechos de “tercera generación” son a la vez individuales y colectivos. Tal es el caso del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, implícitamente consagrado en nuestro artículo 72 constitucional y en el artículo 47 de la Carta que en su inciso 1º declara que la protección del medio ambiente es de interés general.²⁰

Siguiendo al ilustre JIMENEZ DE ARECHAGA, el Profesor CORREA FREITAS señala que estos derechos tienen su base jurídica y su fuente directa en el Derecho Internacional, a diferencia de los anteriores que tienen su fuente en el Derecho Constitucional interno, desempeñando en estos casos el Derecho Internacional sólo una función coadyuvante, de resguardo complementario.

En tal sentido,²¹ en 1787 abrió camino la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, en sus diez primeras enmiendas conocidas como la “Declaración de

19 CORREA FREITAS, Rubén, *DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO*, Cuarta Edición Actualizada, Montevideo, FCU, 2013, Tomo I, pp. 229 y ss.

20 CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, pp. 289 - 283.

21 CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, p. 234.

Derechos”, ratificadas el 15 de diciembre de 1791.

2.1.5. Ya en el Siglo XX, el movimiento constitucionalista se inicia con la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1919, que reconocen los llamados derechos económicos y sociales.

Este camino fue seguido por la Constitución de la República Española de 1931 y tomado luego por otras Cartas Constitucionales, como la nuestra, que en la reforma de 1934 incorporó la Sección II, actuales artículos 7 a 72 inclusive.

Al movimiento constitucionalista, le sucedió el movimiento “internacionalista” o de “internalización de los Derechos Humanos”. Ello se concreta con la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, con el Pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ambos de 16 de diciembre de 1966.

Estos instrumentos concilian derechos en aparente contradicción, estipulando que los individuos tienen derecho a sus creencias, pero que la libertad de manifestar las creencias o religiones propias puede limitarse para proteger los derechos de las demás personas.

A los instrumentos internacionales referidos, deben agregarse tres sistemas regionales:²²

- en Europa, la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades, aprobada en Roma el 04 de noviembre de 1950;

- en América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 02 de mayo de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, aprobada por Uruguay por ley 15.737, de 08 de marzo de 1985;

- en África, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981.²³

2.1.6. Actualmente podemos hablar, además, de los Derechos de “cuarta generación”, que implican una expansión de los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio y que tiene que ver con la condición humana en la Sociedad Tecnológica y con los ataques a que se ve sometida (y por tanto, tales derechos) ante las nuevas formas de limitación del derecho a la libertad de expresión o a la libertad del pensamiento a través del acceso con restricciones o de la prohibición del acceso a Internet, como forma de controlar a los ciudadanos.

Estos derechos de “cuarta generación”, en los que se interrelacionan conceptos como

22 CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, p. 235.

23 Puede consultarse sobre los Pactos referidos, GROS ESPIELL, Héctor, “Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política internacional”, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, IIDH, Civitas, 1988, pp. 24 - 34; GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios Constitucionales*, Montevideo, Ingranusi Limitada, 1998, pp. 369 - 384.

los de ciudadanía digital, poder comunicacional, redes digitales, desterritorialización, tecnología y participación política, tienen que ver con un conjunto de posibilidades autodefinidas, que irán cambiando no sólo con las generaciones sino también con la evolución del entorno tecnológico a través de la innovación, que va generando nuevas expectativas.²⁴

2.1.7. Con respecto a la expansión de los derechos humanos, el Profesor CORREA FREITAS estima que los problemas que suscita su desconocimiento, restricción o prohibición ya no son considerados como un tema interno de los Estados, sino como un asunto que involucra a la Comunidad Internacional, ante la cual tales problemas deben ceder.

En su concepto, se trata de un claro triunfo de las ideas jusnaturalistas pues, en definitiva, el hombre, el ser humano, está antes y por encima del Estado. E implica también, el pleno reconocimiento de la dignidad humana, que siempre y en todo lugar debe ser protegida.²⁵

Se ha destacado además, que los derechos humanos recogidos y protegidos por el Derecho Internacional no son, en puridad, nuevos derechos, sino la universalización (o regionalización, según sea el caso) de aquellos preexistentes, a medida que el paso del tiempo permite a los pueblos tomar conciencia de su existencia en un camino que se presenta como irreversible, pues cada derecho reconocido es una conquista que se afianza en el acervo cultural de sus destinatarios y de la humanidad.²⁶

Ahora bien. No cabe duda que el paso decisivo para la protección de los derechos humanos ha sido su internacionalización a través de los Pactos que se han señalado y que actúan como verdaderos límites a la actuación de los Estados.

Ello por cuanto consagran y garantizan derechos y libertades fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e imponen la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, impiden la tortura, además de consagrar la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.

Esos derechos y libertades fundamentales, que se tienen simplemente por la condición de ser persona humana, pueden ser delimitados en su ejercicio, sin arbitrariedad (en el Uruguay, por razones de interés general y de acuerdo con el criterio de razonabilidad de la ley, según preceptúa el artículo 7º de la Constitución Nacional), pues el sistema jurídico debe proteger a los habitantes del país y alcanzar el bien común.

Tal tutela debe entenderse consagrada por la norma constitucional y desde los Derechos Humanos y debe ser complementada con la existencia de órganos del Estado independientes que protejan a los habitantes en el derecho a su acceso igualitario, libre y efectivo, conforme el ordenamiento jurídico vigente del Estado de Derecho.

24 BUSTAMANTE DONAS, Javier, "Segundos Pensamientos. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales", en *Revista Telos*, (*Cuadernos de Comunicación e Innovación*), N° 85. (2010). Versión digital disponible en: <http://www.telos.fundaciontelefonica.com/url.../pdf-generator?...articuloTelos...es>. Fecha de consulta: 22.06.2015.

25 CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, pp. 235 - 236.

26 DROMI, Roberto, *EL DERECHO PÚBLICO EN LA HIPERMODERNIDAD*, Madrid, Servicio de Publicaciones - Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Hispania Libros, 2005, p. 106.

2.2. Concepto de Objeción de Conciencia

2.2.1. Apenas se ingresa al estudio de la doctrina relativa a este instituto, se percibe que si bien ha sido objeto de un importante tratamiento, se han presentado dificultades para aportar una definición que pueda considerarse universal.

Aquí sólo mencionaremos algunas definiciones jurídicas que la doctrina ha aportado sobre este derecho, también llamado cláusula de conciencia, excepción religiosa u opción de conciencia, aunque con diferencias respecto de su alcance, que se desarrollarán más adelante.

En tal sentido, se ha afirmado que la objeción de conciencia consiste “en no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa”.²⁷ Desde un punto de vista más amplio, como “la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o resolución administrativa”.²⁸

También se ha afirmado que la objeción consiste en “el comportamiento resultante del conflicto entre un deber moral o de conciencia y un deber jurídico opuesto a aquel, que se resuelve por el objetor a favor del primero, ocasionando consecuentemente, el incumplimiento del segundo”,²⁹ o en “el incumplimiento de un mandato o un deber legal o normativo, por parte de quien lo considera contrario a los mandatos de la propia conciencia, afrontando el objetor las consecuencias negativas (castigo) que ese incumplimiento legal le acarrea”.³⁰

2.2.2. Se estima adecuado adoptar un punto de vista aún más amplio para definir un concepto general de objeción de conciencia. Así podría afirmarse que incluye “toda pretensión motivada por razones axiológicas –no meramente psicológicas– de contenido primordialmente religioso o ideológico, ya tenga por objeto la elección menos lesiva para la propia conciencia entre las alternativas previstas en la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la ley que es contraria al personal imperativo ético.”³¹

Más recientemente, CAÑAMARES ha expresado que³² “Bajo la denominación de objeción de conciencia la doctrina acostumbra a referirse a una amplia variedad de situa-

27 RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 410.

28 MARTÍNEZ - TORRON, Javier, *Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento*, citado por NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, Edit. McGraw-Hill. Interamericana de España / Ciencias Jurídicas, 1997, p. 14.

29 FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 56.

30 NAVARRO FLORIA, Juan, *El derecho a la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Abaco de R. Depalma, 2004, p. 25.

31 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY. Las objeciones de conciencia*, 2ª edición, Madrid, Iustel, 2012, p. 37.

32 CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, (2014), p. 37.

ciones de conflicto que se producen cuando las convicciones personales –religiosas o ideológicas- rechazan el cumplimiento de obligaciones de índole general procedentes de la ley o de un contrato.”

Agrega que “Se trata de un instituto de perfiles muy abiertos, que pretende la acomodación de la conciencia de los individuos mediante la búsqueda de un justo equilibrio entre los intereses personales y generales, donde se valoran las circunstancias concurrentes en cada caso. Se comprende así que, por su propia naturaleza, la regulación normativa no resulta un recurso jurídico idóneo para regular la objeción de conciencia, ya que la abstracción de la norma no permite tomar en consideración la multiplicidad de matices que definen los distintos conflictos que se pueden llegar a producir sobre una materia concreta. Por eso la doctrina ha insistido en residenciar su resolución en el ámbito jurisdiccional donde, a través de un juicio de ponderación de los distintos intereses en concurso, se puede valorar en qué medida la objeción de conciencia puede ser estimada.”.

Prosigue afirmando que “Atendiendo a la jurisprudencia comparada puede constatare cómo las respuestas de los tribunales al fenómeno de la objeción de conciencia distan mucho de ser uniformes. Se aprecia, en términos generales, un comprensible recelo a admitir que el cumplimiento de normas de general aplicación –o de obligaciones previa y voluntariamente asumidas en la esfera contractual- pueda ser dispensado para salvaguardar la conciencia de los ciudadanos. De hecho, en algunas ocasiones, se ha puesto de manifiesto que el reconocimiento de la objeción de conciencia con carácter general supondría socavar los cimientos del Estado democrático.”

Lo cierto es que uno de los conflictos más llamativos que conoce el Derecho contemporáneo es el de la objeción de conciencia, o mejor aún, el de los conflictos entre la ley y la conciencia, contradicción que resulta inherente a la propia noción de orden jurídico y al ejercicio racional de la individualidad humana.

Sin embargo, como señala prestigiosa doctrina,³³ desde hace ya tiempo, es tal la multiplicación de supuestos y modalidades, de formas de solución, de presupuestos ideológicos, filosóficos y religiosos, que suele hablarse de objeciones de conciencia, en plural.

Esta especie de “bing bang” de la objeción de conciencia tiene su origen, conforme dicha doctrina,³⁴ por un lado, en la crisis del positivismo legalista, fincado en el axioma “la ley es todo el derecho” y por otro, en el valor de las motivaciones que subyacen en los comportamientos de objeción a la ley, disímiles de las que conducen a la simple y pura transgresión de la norma fundada en el simple egoísmo y no basadas necesariamente en creencias religiosas, sino en contenidos éticos de conciencia.

En tal sentido, de la inicial negativa al servicio militar con armas se ha pasado al rechazo de la prestación social sustitutoria y desde esta, se ha reclamado la objeción de conciencia a la cuota impositiva dedicada a gastos de defensa.

33 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *CONFLICTOS...*, p. 30.

34 Autores y *op. cit.*, p. 30 cit.

A su vez, de la objeción de conciencia del personal sanitario a la realización de abortos, se ha pasado a la negativa del personal no sanitario a colaborar formal o materialmente a la práctica del aborto, la de algunos farmacéuticos a dispensar medicamentos abortivos, o a la resistencia de algunos contribuyentes a pagar impuestos dirigidos a políticas sanitarias que financian el aborto.³⁵

2.2.3. En nuestro país, se la ha considerado como el derecho fundamental de incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia, ya que de nada valdría la libertad de conciencia si no se la pudiese hacer valer en el momento en que ella es vulnerada.³⁶

Se trata del rechazo de un individuo a realizar una conducta que le sería jurídicamente exigible, en virtud de una norma³⁷ o de un mandato jurisdiccional o administrativo, por motivos de conciencia.

No se trata, por tanto, de un alzamiento contra el Derecho en general, ni contra ciertas instituciones jurídicas, sino exclusivamente contra la obligatoriedad de la norma para el objetor, que se ve enfrentado al dilema de obedecer a la norma o a su propia conciencia.

La objeción de conciencia no es otra cosa que la oposición de una persona (el objetor) a un imperativo legal o a una autoridad, fundándose en sus propios principios de diverso orden (moral, religioso, ideológico) y manifestada con total claridad.

Conforme lo expuesto, la objeción de conciencia es generalmente definida en términos que remarcan el rechazo absoluto, por coherencia con las convicciones y principios de la propia conciencia, a una orden particular y directa, hacia todo o parte del ordenamiento jurídico, o a una práctica establecida que exige a la persona (en términos de obligación), una determinada conducta, que le puede ser impuesta en forma individual o colectivamente.

2.2.4. He mencionado que la objeción de conciencia también conoce otras acepciones, planteadas por la doctrina.

En tal sentido, se le conoce como “cláusula de conciencia” (también conocida como objeción de conciencia en sentido “propio”), cuando el objetor se niega a realizar y dar cumplimiento a una exigencia revestida de fundamento legal, por razones de libertad de pensamiento y de creencias, por razones religiosas, éticas, ideológicas, intelectuales, humanitarias o morales, siempre planteada como una cuestión axiológica.^{38 39}

35 Autores y *op. cit.*, p. 32 cit.

36 DELPIAZZO, Carlos, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, 2013, Volumen 2, p. 227.

37 En Uruguay, debe hablarse de “regla de derecho”, conforme lo establecido en el artículo 23 literal a) del Decreto-Ley 15.524, orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que considera tal a todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual

38 CASTILLO TORRES, Gerardo, *Estudio Comparado sobre la regulación de la objeción de conciencia de los agentes de salud o sanitarios ante la práctica del aborto en los sistemas jurídicos mexicano y español*. Trabajo de fin de Máster, Barcelona, Universitat Abat Oliba CEU, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Derecho y Ciencias Sociales, 2011, p. 19. Versión digital disponible en: http://www.recercat.cat/bitstream/handle/.../TFM_CASTILLO_TORRES.pdf?...1. Fecha de consulta: 10.05. 2015.

39 La Constitución Española de 1978 hace referencia a la “cláusula de conciencia” en el artículo 20.1 literal d, al expresar

El objetor obra entonces contra el designio legal, pues por las razones expresadas, le resulta insoportable la exigencia y por tanto, no da cumplimiento al deber jurídico impuesto por la norma.

En suma, la objeción se plantea como una actitud omisiva, manifestación de la libertad religiosa o de conciencia.⁴⁰

También se le conoce, como hemos dicho, como una “excepción religiosa”, aunque su ámbito de protección no se vea limitado sólo a creencias religiosas, pues puede entenderse extendido también a aquellas creencias que, sin ser religiosas, cumplen en la vida de las personas una función similar.

En este caso, el objetor debe motivar su comportamiento en profundas, íntimas y sinceras convicciones, a partir de las cuales rechaza el deber o la conducta que la norma exige, por considerar que le ocasiona un grave mal moral y por tanto, está dispuesto a sufrir cualquier tipo de pena, antes que llegar a violentar su conciencia.

El sujeto que “objeta” sólo pretende una exención particular, concreta, a su respecto y para el caso específico. Sería el caso de que se obligase a cumplir con el servicio militar obligatorio, sin posibilidad de realizar prestación sustitutoria alguna, al integrante de una confesión religiosa que, por principio, rechaza el uso de armas o el dar muerte a otra persona.

Conforme lo expuesto, la objeción de conciencia puede entenderse como la negativa a realizar cualquier actividad, prestación u obligación en contra de las propias creencias.

2.2.5. La “opción de conciencia” se plantea, con precisión, en la ley, de tal forma que queden bien determinadas jurídicamente las posiciones del objetor y la del no objetor cumpliéndose, en definitiva, el imperativo legal, pero conforme a la vía más acorde con la conciencia del sujeto.

En tales casos, la ley permite al ciudadano optar, actuando conforme los dictados de su conciencia, sin que formalmente la ley sea desobedecida, pues se establecen supuestos específicos en los que el cumplimiento del deber jurídico se halla exceptuado, los que actúan como una verdadera vía de escape y eliminan todo conflicto entre el individuo y la norma.

Se le llama también objeción de conciencia “impropia”, pues la propia ley, bajo determinadas circunstancias y supuestos, habilita el incumplimiento del precepto.

que se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, agregando luego que: “La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”.

40 Sería el caso, por ejemplo, de las objeciones de saludo a la bandera por parte de Testigos de Jehová, o de escolarización obligatoria. En los Estados Unidos estas objeciones, por lo general, se han considerado protegidas por la *Free Exercise Clause* (Cláusula de libre ejercicio religioso) y por tanto, comprendidos dentro de la Primera Enmienda de la Constitución, de 1791: *El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo el libre ejercicio de dichas actividades; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios.*

La persona actúa entonces, a diferencia de lo que sucede en la “cláusula de conciencia” (u objeción de conciencia en sentido “propio”), respetando la ley que, a su vez, resolvió previamente todo conflicto de derecho con relación al sujeto que, potencialmente, sería un objetor de conciencia.

Es el caso de que la ley ordene cumplir con el servicio militar obligatorio y al mismo tiempo, prevea la opción de cumplirlo sin armas,⁴¹ o en su lugar, la de realizar una prestación sustitutoria, lo que será referido más adelante, al estudiarse la objeción de conciencia al servicio militar.

Sobre el fundamento constitucional de la objeción en Uruguay, se hará referencia en el Capítulo 6.

CAPITULO 3. CARACTERÍSTICAS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

De acuerdo con elaboraciones doctrinarias⁴² y lo que viene de expresarse, la objeción de conciencia presenta diversos aspectos que le caracterizan. Ellos son:

3.1. Su ejercicio implica un comportamiento PACIFICO (pasivo) y no debe vincularse a la acción o lucha política, pues su fin no es modificar la ley (que podría ser su resultado indirecto, pero en todo caso, no buscado) que considera injusta, sino proteger sus valores y la rectitud de su conciencia.

Por el contrario, en la figura de la desobediencia civil, con la cual la doctrina española la vincula, precisamente se busca un determinado cambio legislativo, por lo que el individuo se haya dispuesto a transgredir la ley, hasta conseguirlo.

3.2. Es un comportamiento omisivo de un deber exceptuable, en determinados casos y con determinadas condiciones.

La objeción de conciencia hace referencia a un no-hacer, a una no acción, emprendida contra un deber jurídicamente impuesto, que el objetor considera injusto y que en determinados casos y condiciones es para él exceptuable, aunque no por ello es menos deber jurídico.

El derecho de objetar hace siempre referencia a una regla de derecho obligatoria y que debe ser cumplida.

3.3. Una vez reconocido el derecho de objetar, la cuestión más importante será la de delimitar cuál es su preciso alcance y contenido.

Ello implica fijar límites al derecho de objeción, los que se encuentran impuestos por los derechos y bienes de los demás, pues el objetor, por serlo, no está habilitado para

41 Asunto planteado en la República Argentina en el caso “Portillo” y resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Sentencia de 18 de abril de 1989, obligando al objetor, Alfredo Portillo, a cumplir con el servicio militar (obligatorio, por ese entonces), pero sin armas.

42 CASTILLO TORRES, Gerardo, *op. cit.*, pp. 20 - 26.

lesionar los derechos ajenos, o para obligar a terceros a compartir su criterio, lo cual ocasionaría la colisión de derechos.

Su ejercicio es entonces INDIVIDUAL

3.4. Se tratará siempre de una imposición de carácter PERSONAL, que el sujeto por sí mismo debe realizar y que en atención a sus creencias él considera injusto. Por tanto, su ejercicio es PERSONALÍSIMO.

3.5. La objeción siempre se funda en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas.

Este resulta un factor de suma importancia porque refleja el motivo, el cual es de tal trascendencia para el sujeto que le llevará a enfrentarse con el imperativo legal, contradiciendo la norma.

3.6. La objeción deriva de derechos y principios considerados fundamentales, como la dignidad humana, la libertad ideológica, religiosa o de conciencia, entre otras.

Su ejercicio se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico, ya sea expresa o implícitamente, en ocasiones como derecho fundamental, o recibe reconocimiento jurisprudencial y sirve de basamento sólido para el reconocimiento y tutela de otros derechos, aunque su ejercicio podría ser reglamentado o sometido a limitaciones, en determinadas circunstancias. .

3.7. Como se expresara, puede haber sido reconocido, expresamente o no, en el ordenamiento jurídico de un Estado. Según lo haya sido o no, su ejercicio podría ser considerado legítimo o ilegítimo, aunque cabe su reconocimiento por la jurisprudencia.

En este último caso, deberán ponderarse por el Juez los bienes y derechos en conflicto, sus límites y su contenido, haciéndose prevalecer aquel derecho que mejor tutele al individuo, conforme su "contenido esencial".⁴³

3.8. Puede ser reconocido por el Estado condicional o incondicionalmente.

En el caso de reconocimiento incondicional, el Estado, a través de la Ley, le otorga eficacia jurídica a la mera declaración objetora, a la simple expresión manifestada de la objeción, independientemente de los motivos en que ella se funde. Tal es el caso en Uruguay de la objeción prevista en el artículo 9º de la ley 18.473, sobre voluntad anticipada, que se analizará en el Capítulo 7.

El reconocimiento condicionado, por el contrario, supone un sometimiento del objeto al juicio de la autoridad, que debe comprobar la admisibilidad y aún la sinceridad de los motivos alegados por el objetor para contradecir la norma.

3.9. Con el planteamiento de la objeción, no se pretende modificar ninguna norma.

⁴³ JAVIER, Juvenal, "EL CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFERENCIA AL PROCESO PENAL, AL ESTADO DE DERECHO Y A LA LEGÍTIMA DEFENSA", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa* N° 5, (2014), pp. 44 - 56.

El objetor no pretende que la norma sea modificada o abrogada, o que se reconsidere una decisión, sino lograr la coherencia y armonía entre su conciencia y creencias y lo que la disposición manda.

3.10. El ejercicio de la objeción no acarrea sanción alguna.

Como garantía de su ejercicio y manifestación de la tutela de las libertades de expresión del pensamiento, religiosa e ideológica, el planteo de la objeción no debe suponer sanción o discriminación de tipo alguno.

En suma, la objeción de conciencia implica una forma de desobediencia jurídica, conforme la cual ante el supuesto de obediencia a la ley como conducta debida y esperada, el objetor no la acata, en virtud de un imperativo ético, no necesariamente religioso, que le impone una conducta o una abstención contraria a lo que la ley ordena.

Por lo expuesto, ese no acatamiento o desobediencia a la ley, para no ser punible, debe entonces presentar las características fundamentales referidas, esto es, no ser activa (lo es en el caso de la revolución o de la rebelión, perseguibles penalmente), sino PASIVA, no ser colectiva, sino INDIVIDUAL, etc.

Cabe citar aquí al Profesor español MUÑOZ CONDE: *“La Constitución sólo garantiza el pluralismo pacífico....en una democracia habrá siempre que admitir un cierto grado de discrepancia y siempre que sea posible habrá que solucionar esta discrepancia por medios no represivos ni violentos.”*⁴⁴

CAPITULO 4. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia se ha presentado históricamente en diversas áreas del quehacer humano, cada vez con mayor frecuencia, lo cual resalta la importancia del instituto, si bien no ha sido reconocido con la misma amplitud y aún se ha negado su existencia, en los ordenamientos jurídicos de los diversos países.

Entre sus manifestaciones más importantes, puede mencionarse la objeción de conciencia académica, científica, farmacéutica, fiscal, al juramento, jurisdiccional, laboral, médica y militar.

Sobre cada una de ellas, haremos una breve mención en los subcapítulos que siguen.

4. 1. Académica o Educativa

Esta modalidad de la objeción de conciencia se presenta en los establecimientos educativos que tienen una determinada orientación religiosa y el alumno, en consecuencia, debe acogerse a recibir todas las clases que integran el programa, aún cuando ellas podrían tener un contenido contrario a su educación religiosa y moral.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, “La Objeción de conciencia en el Derecho Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, (1996/A), p. 101.

La educación de los menores de edad y de los jóvenes, así como su orientación, resulta de fundamental importancia y las autoridades públicas deben asegurar, por lo menos, un mínimo de educación, en función del interés general, si bien no debe soslayarse que la responsabilidad primordial es de los padres o responsables legales.

Tal confluencia de responsabilidades provoca que en ocasiones se susciten conflictos entre la ley y la conciencia que se dan, por lo común, desde dos ámbitos:⁴⁵ uno de ellos, referido a aquellos casos en que la conciencia de los menores o de sus padres se opone a determinados contenidos didácticos que son regularmente impartidos como parte de la curricula escolar; y el otro, referido a la negativa a aceptar algunas normas que rigen la vida de la institución docente, como por ejemplo, la participación obligada en ciertas actividades escolares no estrictamente docentes o las reglas de vestimenta escolar, cuando son puestas a preceptos religiosos que imponen portar determinadas prendas.

En tal sentido, los casos más conocidos objeto de resolución de los Tribunales, han sido protagonizados por estudiantes pertenecientes a la congregación de los Testigos de Jehová.

4.1.1. Señala CAÑAMARES,⁴⁶ que el ámbito educativo se ha mostrado propicio para la objeción de conciencia por tratarse de un contexto especialmente sensible en el que confluyen los derechos de padres y alumnos -estos en plena fase de formación y de desarrollo personal- con la competencia en materia de programación general de la enseñanza que corresponde a las autoridades educativas.

Al respecto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos), adoptado por el Consejo de Europa el 04 de noviembre de 1950, en el artículo 2 del Protocolo Adicional 1° de 1952, establece: *“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”*.

En nuestro continente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 12 ordinal 4, establece que *“Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

En la práctica, se ha admitido mediante manifestación expresa y por escrito, que los padres puedan exponer la situación y en consecuencia, el establecimiento educativo facilitará las alternativas religiosas o cívicas para superar la objeción, dentro de un marco de enseñanza pluralista y democrático.

Se toma como centro el derecho fundamental a la educación, al cual se asocia el derecho de los padres a que sus convicciones sean respetadas, con el fin de salvaguardar un *pluralismo* educativo, esencial a la sociedad democrática.

45 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 236.

46 Op. cit., p. 46.

4.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy ilustrativa respecto de los variados perfiles que presenta la objeción de conciencia en esta materia, habiendo resuelto casos de padres que reclamaban la dispensa de la escolarización obligatoria de sus hijos por motivos de conciencia,⁴⁷ junto a otros en que se planteaban objeciones al seguimiento de asignaturas obligatorias en el curriculum escolar,⁴⁸ a la participación en ceremonias académicas por tener connotaciones contrarias a la propia conciencia,⁴⁹ e incluso no han faltado casos de objeción al empleo de determinados métodos de corrección de menores basados en el castigo físico.

En materia educativa el punto de partida, como primer caso de objeción de conciencia educativa resuelto por el Tribunal Europeo, es la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, que establece que en razón de la importancia del Estado moderno, la enseñanza pública será el instrumento privilegiado para alcanzar el propósito de que este respete sus convicciones.

La acción fue planteada por padres que solicitaban, por motivos religiosos y de conciencia, que sus hijos fueran eximidos del seguimiento de una asignatura obligatoria sobre educación sexual porque su contenido resultaba contrario a sus convicciones cristianas.

El Tribunal, desestimando la acción, entendió que la legislación impugnada no constituía un intento de adoctrinamiento tendiente a preconizar un comportamiento sexual determinado.

En consecuencia, dado que la asignatura tenía un carácter crítico, objetivo y pluralista no quedaba afectado el derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias convicciones, que mantienen intacta la facultad de aclarar y aconsejar, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección, conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas.

Por lo demás, a juicio del Tribunal, los padres que desean sustraer a sus hijos de la educación sexual integrada pueden matricularlos en escuelas privadas sujetas a obligaciones menos estrictas en materia de educación sexual, o bien instruirlos en

47 Caso Konrad vs. Alemania, de 11 de septiembre de 2006. (Dec. Adm. 35504/03) El texto se encuentra disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76925> (Última consulta 14.7.2015).

Un comentario sobre esta decisión puede verse en L. MARTÍN RETORTILLO, Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la "enseñanza en casa", en AA.VV, *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Ed. Dykinson, Madrid, (2014), pp. 264 - 267.

Pueden también verse otras decisiones de admisibilidad anteriores correspondientes a los casos B. N. y S. N. vs. Suecia, de 30 de junio de 1993 (Dec. Adm. 17678/91). Texto disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1604>; (Última consulta 14.7.2014); Leuffen vs. Alemania, de 9 de julio de 1992 (Dec. Adm.19844/92). Texto disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1349> (Última consulta 14.7.2014). En todos los casos, las citas son de CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 47, nota al pie 27.

48 Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, entre otras, citada por CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 47, nota al pie 28.

49 Sentencia Efstratiou vs. Grecia, de 18 de diciembre de 1996; Sentencia Valsamis vs. Grecia, también de 18 de diciembre de 1996. Ambas decisiones desestiman los recursos presentados por unos alumnos de secundaria, testigos de Jehová, que se negaron a participar, por motivos religiosos, en los desfiles escolares organizados para la fiesta nacional conmemorativa del inicio de la guerra, en 1940, entre Grecia y la Italia fascista. Entendían que sus creencias religiosas les impedían participar en la conmemoración de una guerra. Cita de CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 47, nota al pie 29.

su domicilio.⁵⁰

Por todas estas razones, el Tribunal consideró que la denegación de la dispensa solicitada no vulneró los derechos de los padres reconocidos en el artículo 2 del Protocolo Adicional.

4.1.3. El Tribunal estableció una serie de principios para la interpretación del artículo 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio, el que reconoce el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

En este sentido, se indicó que este derecho implica que aquéllos, al cumplir un deber natural hacia sus hijos de “*asegurar la educación y la enseñanza*”, pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones.⁵¹

Adicionalmente se advierte que el verbo “respetar” significa mucho más que “reconocer” o “tener en cuenta”, ya que además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. Al mismo tiempo, la palabra “convicciones”, aisladamente, no es sinónimo de “opinión” e “ideas” sino sólo de aquellas que revisten un cierto grado de “obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia”.

En realidad, conforme CAÑAMARES,⁵² la cobertura jurídica de la objeción de conciencia en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al tratarse de un derivado de la libertad religiosa e ideológica, abarca cualquier conflicto de conciencia frente al cumplimiento de obligaciones generales. De esta manera, la objeción puede encontrar fundamento en otros artículos del Convenio.

Ejemplifica con el conflicto de conciencia planteado en el ámbito educativo, caso en el que entrará también en juego el artículo 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio, en el que se garantiza el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la educación que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Como tuvo ocasión de reconocer el propio Tribunal en el referido fallo Kjeldsen, el contenido del citado artículo 2 debe interpretarse a la luz del derecho de libertad religiosa, ya que los padres ejercen también su libertad religiosa y la de sus hijos en el ámbito educativo.

En consecuencia, el Tribunal acabará reconociendo, en algunos pronunciamientos posteriores, el derecho de los padres a objetar en conciencia el seguimiento por parte de sus hijos de determinadas asignaturas cuyo contenido se considera contrario a sus convicciones religiosas o ideológicas.

4.1.4. En el año 2007, la Gran Sala del Tribunal pronunció una importante decisión en materia de objeción de conciencia educativa: la sentencia Folgero vs. Noruega, de 29 de

50 CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 48.

51 CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 48.

52 *Op. cit.*, p. 40.

junio de ese año.⁵³

La referida sentencia resolvió un recurso formulado por unos padres que se oponían a que sus hijos cursaran una asignatura denominada “Cristianismo, religión y filosofía” porque, aunque no se trataba propiamente de una asignatura de religión, apreciaban en su contenido una falta de neutralidad que desembocaba en un adoctrinamiento de los menores en contra de sus convicciones filosóficas.

Los padres compartían los objetivos de la asignatura -implantada para generar un clima de tolerancia y respeto hacia otras religiones o filosofías de vida y para que la juventud conociera adecuadamente las raíces de la cultura europea y noruega-, pero entendían que su contenido se encontraba dirigido hacia planteamientos propios del cristianismo.⁵⁴

Conviene advertir que la legislación educativa noruega integra la llamada “cláusula de vocación cristiana”,⁵⁵ en cuya virtud uno de los objetivos esenciales de la enseñanza consiste en proporcionar a los alumnos una educación cristiana y moral.

Cuando se introdujo en la currícula la asignatura “Cristianismo, religión y filosofía”, se contempló, para quienes no compartieran las creencias cristianas, la posibilidad de dispensa parcial de la asignatura, en relación con aquellas actividades que pudieran ser interpretadas como práctica o adhesión a una religión, ya sea la participación en oraciones, salmos, etc., o el seguimiento de aquellas partes teóricas que los padres entendieran que pudieran tener el mismo efecto.

La dispensa de actividades estrictamente religiosas era concedida, en términos generales, sin que los padres tuvieran que exponer sus razones para la exención; en cambio, para la parte teórica resultaba necesaria una solicitud motivada de los padres que, en el caso de que fuera estimada, se traducía en que los hijos debían seguir atendiendo dichas enseñanzas, pero a través de un sistema de educación diferenciada, en el que el maestro tuviera especialmente en cuenta la pertenencia filosófica o religiosa de los padres a efectos de respetar los derechos garantizados en el artículo 2 del Protocolo Adicional.

Los recurrentes consideraron que sólo una exención total de la asignatura protegería adecuadamente el derecho de libertad religiosa de sus hijos y su derecho a educarles según sus propias convicciones.

53 La doctrina Folgero fue reiterada algunos meses más tarde por el propio Tribunal en un caso muy próximo sobre objeción de conciencia educativa, que vino a ser resuelto en la sentencia Zengin v. Turquía, de 9 de octubre de 2007. Un comentario sobre su contenido puede verse en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 15, (2007). Tomado de CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 49, nota al pie 35.

54 Lo expresado respecto de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Folgero, fue tomado de CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, pp. 49 - 50.

55 La citada cláusula apareció originalmente recogida en el artículo 1 de la Ley 24/1969, de 13 de junio, donde se afirmaba que el propósito de la educación primaria y de la primera etapa de la educación secundaria, deberá ser “con la comprensión y la cooperación de las familias, proporcionar a nuestros alumnos una educación cristiana y moral, desarrollar sus capacidades, tanto espirituales como físicas y una buena cultura general de forma que puedan convertirse en seres humanos autónomos y útiles en el seno de su familia al igual que de la sociedad.”

4.1.5. Según la Corte, debido a la cláusula de vocación cristiana, en el contenido de la asignatura existían diferencias no solamente cuantitativas sino también cualitativas, que distinguían la enseñanza sobre el cristianismo de la referida a las demás religiones y filosofías, lo cual propiciaba que su contenido pudiera calificarse de adoctrinador.

Tales desequilibrios no se conciliaban a través de una mera exención parcial de la asignatura, con las exigencias derivadas del artículo 2 del Protocolo Adicional, sobre todo cuando la propia legislación, a través del sistema de “educación diferenciada” en la transmisión de conocimientos teóricos, exponía a los padres al severo gravamen de tener que manifestar ante la escuela aspectos de su vida privada y de sus convicciones religiosas para conseguir la dispensa, al tiempo que se veían obligados a solicitar a los profesores que asumieran mayor carga docente.

En una decisión muy ajustada -por 9 votos contra 8-, la Corte entendió que Noruega, al rechazar la exención total solicitada por los padres, no veló suficientemente para que las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de esta asignatura fuesen difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista, produciéndose, por consiguiente, la vulneración del derecho de los padres reconocido en el artículo 2 del Protocolo Adicional.

4.1.6. Señala CAÑAMARES,⁵⁶ que si comparamos Kjeldsen con Folgero, a efectos de poner de manifiesto la evolución de la jurisprudencia de la Corte Europea sobre la objeción de conciencia educativa se aprecia que, en ambos casos, se trata de asignaturas en las que se mezclan junto a contenidos objetivos otros de carácter valorativo, que en un caso vienen referidos a conductas sexuales y en el otro, a planteamientos religiosos propiamente cristianos.

Contrariamente a la posición mantenida en Kjeldsen, en que ni siquiera se admite una dispensa parcial de la asignatura, en el fallo Folgero se consagra una amplia protección de la conciencia, que lleva a considerar que ni siquiera una dispensa de ese tipo -traducida en una adaptación curricular de la asignatura que tuviera en cuenta las convicciones de los padres- respetaría su derecho reconocido en el artículo 2 del Primer Protocolo adicional.

Ello es así, por cuanto supondría someterles a la pesada carga de tener que identificar qué partes exactamente del programa son contrarias a sus propias convicciones y de explicar los detalles de sus planteamientos más íntimos ante el centro educativo.

4.1.7. Una situación particular se ha dado en España con la introducción de la materia Educación para la Ciudadanía, una de las principales novedades de la Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo de ese año que, con diferentes denominaciones, se imparte con carácter obligatorio en algunos cursos de la Educación Primaria, la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato,⁵⁷ estableciéndose además que la misma

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 50 citada.

⁵⁷ MARTIN SÁNCHEZ, Isidoro, “Algunos supuestos controvertidos de objeción de conciencia”, en *“Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España”*, Madrid, fundación Universitaria Española, 2009, pp. 233 - 273. Versión digital disponible en: http://www.imdee/descargas/archivos/02_11_11_927.pdf. Fecha de consulta: 30.04.2015.

no puede ser considerada como alternativa o sustitutoria de la enseñanza de la religión.

La introducción de la asignatura provocó una importante reacción ciudadana, apoyada por la jerarquía eclesiástica española y por numerosas asociaciones de padres y de docentes, sobre todo de fe católica, pues consideraban que una parte no pequeña de esa materia y de los materiales empleados para su enseñanza, constituían un adoctrinamiento en cuestiones morales sobre las que sólo a los padres correspondía decidir cuál es la posición correcta.⁵⁸

Su implantación con carácter obligatorio suscitó una intensa y amplia polémica en diversos sectores sociales, hasta el punto de que fueron miles las objeciones de conciencia planteadas por los padres (más de 52.000) para que sus hijos fueran declarados exentos de cursar la misma.

En el ámbito doctrinal, su implantación dió lugar a opiniones encontradas. Algunos autores la defendieron, en algunos casos, de una manera decidida y entusiasta, o de una forma más moderada en otros, aunque alertando sobre sus necesarios límites, o respecto de los conflictos que su carácter obligatorio podría ocasionar.⁵⁹

Contrariamente al criterio anterior, otros autores señalaron que con la materia se pretendía la construcción de una conciencia moral y cívica basada en una determinada ética, lo cual implicaba un adoctrinamiento estatal.⁶⁰

Señalaban, como muestra de esta finalidad adoctrinadora, que se priorizaba una educación afectivo-emocional no mencionada en la Resolución 12 del año 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, así como la inclusión de una ideología de género, que consideraban una intromisión en ámbitos de la vida de la persona en los cuales el Estado no puede ingresar.

Expresaban que la consecuencia de estos contenidos y del carácter obligatorio de la materia, era la vulneración de la neutralidad del Estado y de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución Española.

58 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 298.

59 Tal es el caso de LLAMAZARES FERNANDEZ, Dionisio, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, 1ª edición, Madrid, Dykinson, 2009, p. 79, el cual afirma que "lo sorprendente no es que se piense ahora en crear esta materia curricular, sino en que no se haya hecho antes ya que esta materia es la fundamental del currículo a cuyo servicio tienen que estar todas las demás"; FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *Educación para la Ciudadanía. Una perspectiva constitucional*, en López Castillo, Antonio (ed.), *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, 2007, p. 153. Allí considera que "La asignatura debería recoger todos aquellos valores y principios cuyo alcance se desprende pacíficamente de la interpretación doctrinal o jurisprudencial, y debería eludir todas aquellas cuestiones que en una Constitución abierta no pasarán nunca de ser opciones legítimas de partido, posibilidades del legislador democrático, pero que al poder ser combatidas o rechazadas con idéntica legitimidad constitucional, el Estado no podría imponerlas como opciones éticas de obligada transmisión."

60 MARTÍ SÁNCHEZ, José María, "Educación para la Ciudadanía, Ley Orgánica 2/2006, de Educación", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 23 (2007), opina que "todo el armazón conceptual de la Educación para la ciudadanía ha reposado en una postura ideológica, la que aflora en el Manifiesto del Partido Socialista Obrero Español con motivo del XXVIII aniversario de la Constitución. Las consecuencias para la nueva asignatura, con contenidos transversales, es la transformación de los objetivos y elementos propuestos por el Consejo de Europa, con vocación abierta y plural, en adoctrinamiento incapaz de responder a las necesidades educativas de la población española", pp. 253 - 254; en el mismo sentido de denuncia del adoctrinamiento, RUANO ESPINA, Lourdes, "Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía", p. 24.

4.1.8. Desde el punto de vista jurisprudencial, son numerosas las resoluciones de los tribunales de instancia recaídas sobre los recursos presentados por los padres, que han alegado el derecho a la objeción de conciencia para solicitar que sus hijos menores de edad fueran declarados exentos de cursar la referida materia.

Una serie de resoluciones versaban sobre la petición de la suspensión cautelar de la obligación de asistir a las clases de esta materia, en tanto no se resolviese el recurso planteado, pronunciándose algunos Tribunales a favor y otros en contra.

Los que la han admitido, ha sido bajo el argumento de la inexistencia de un perjuicio para terceros y que de no acordarse la suspensión se recibirían enseñanzas que harían superflua la petición contenida en el recurso.⁶¹

En otras ocasiones, han denegado las peticiones por entender que no cabe la objeción de conciencia contra la materia, pues la misma no lesiona ningún derecho fundamental, así como por la improcedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.⁶²

En este examen jurisprudencial, resulta insoslayable analizar la posición del Tribunal Supremo español, el cual se ha pronunciado sobre esta cuestión, en principio, en cinco sentencias, en las que ha considerado que el dictado de la materia resulta ajustado a derecho, rechazando las objeciones de conciencia presentadas por los interesados con el fin de ser declarados exentos de cursarla.

Las cuestiones y los argumentos contenidos en estas sentencias son diversos, pero uno de los más importantes es el que sostiene que si bien en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.5 de la Constitución española, el Estado está obligado a intervenir en la educación, a fin de ofrecer una información sobre los valores necesarios para el adecuado funcionamiento del sistema democrático, respecto de planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales sobre los que existan debates sociales, debe hacerlo en forma neutral, pues la neutralidad estatal permite en este punto informar pero no adoctrinar al alumnado.

4.1.9. El Tribunal Supremo se refirió además a la cuestión, de fundamental importancia para este trabajo, de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia respecto de la referida materia.⁶³

Conforme la postura del Tribunal, la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia con un alcance general. Sin embargo, ello no es impedimento para que el legislador ordinario pueda reconocer la posibilidad de dispensar del cumplimiento de determinados deberes jurídicos por razones de

61 Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 3 de diciembre de 2007; Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de marzo de 2008.

62 Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (resolviendo ahora en sentido contrario al referido en la Nota al pie anterior), de 11 de febrero de 2008, Fundamentos Jurídicos quinto y sexto.

63 Sentencias de 11 de febrero de 2009, Recurso n. 905/2008, Fundamento Jurídico octavo y de 11 de marzo de 2009, recurso n.4668, Fundamento Jurídico séptimo.

conciencia.

Se expresó⁶⁴ que la jurisprudencia española no ofrece una base suficiente para poder afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con carácter general. En apoyo de esta interpretación, cita varias sentencias del Tribunal Constitucional entre las que se encuentra la 53/1985, de 11 de abril, que será citada nuevamente en el subcapítulo correspondiente a la objeción de conciencia relativa al servicio militar obligatorio.

Si bien en esta sentencia el Tribunal Constitucional manifestó que el personal sanitario puede oponerse por razones de conciencia a la práctica del aborto, para el Tribunal Supremo sería muy difícil poder deducir de esto un principio general porque el aborto es un supuesto límite.

En opinión del Tribunal Supremo, tampoco en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ni en la jurisprudencia referente a ellos cabe encontrar fundamentos para un derecho a la objeción de conciencia con alcance general.

Sin embargo, pese a esta posición restrictiva, el Tribunal Supremo *“no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido de algún deber jurídico válido. Pero, (agrega) esas circunstancias verdaderamente excepcionales no han quedado acreditadas en el presente caso”*.⁶⁵

Descartada entonces la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, el Tribunal entiende que tampoco cabe sostener la existencia de un derecho de esta naturaleza en el concreto ámbito educativo, basándose en el artículo 27.3 de la Constitución Española.⁶⁶

Según el Tribunal, este precepto *“permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones”*.⁶⁷

4.1.10. Un tema importante y vinculado con la objeción que se viene estudiando es el relativo al uso del velo islámico en la educación pública, planteado desde

64 Sentencia de 11 de febrero de 2009, Recurso n° 905/2008, Fundamento Jurídico octavo ya citado.

65 Sentencia y Fundamento Jurídico citados en Nota al pie precedente.

66 El artículo citado, en su ordinal 3, reza: *“3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

67 Sentencia y Fundamento Jurídico citados. En este caso, el Tribunal hace mención a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Folgero vs. Noruega, de 29 de junio de 2007 y en el caso Hasan Zengin vs. Turquía, de 9 de octubre de 2007.

En tales casos, el Tribunal consideró que la enseñanza de la religión con carácter obligatorio, sin posibilidad de dispensa, vulneraba el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó que estas sentencias pudieran tener incidencia en relación con el supuesto de la Educación para la Ciudadanía, porque se refieren a la enseñanza de la religión y no imponen al Estado el deber de reconocer la objeción de conciencia, sino sólo la obligación de otorgar la dispensa.

hace ya varios años en algunos países de Europa,^{68 69 70} en especial Francia y que ahora

68 Como causas del problema se ha situado al fuerte impacto de la inmigración a nivel social y los obstáculos que las instituciones encuentran en el desarrollo de proyectos que lleven al reconocimiento de las diferencias en un ámbito de libertad y escrupuloso respeto de los derechos fundamentales. Ello afecta el discurso sobre los derechos humanos, que se encuentra en una encrucijada, al ser parcialmente cuestionado, en la dialéctica entre universalismo y comunitarismo. La cuestión no sería cómo preservar una cultura en su pureza prístina, sino cómo crear espacios de entendimiento común y lograr que el proceso de intercomunicación no sea forzado o excluyente (GARCIA VAZQUEZ, Sonia, “El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 17, 2013, p. 373). Versión digital disponible en: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/12565/1/AD_17_2013_art_18.pdf. Fecha de consulta: 28.07.2015.

69 La polémica no se ha planteado solamente en Francia, donde la misma ha sido muy fuerte por la importancia que reviste el principio de laicidad, sino también en otros países, con grandes diferencias en algunos puntos en relación con las posturas asumidas en el país gallo. En Alemania, que podría calificarse como un Estado neutro que mantiene relaciones de cooperación con las diferentes confesiones, no existe ninguna ley que prohíba el uso de los símbolos religiosos en general, o del velo islámico en particular, pero algunos Länder sí han aprobado legislación específica que directamente prohíbe el uso de esta prenda en colegios públicos. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha aprobado que los Länder podían prohibir el uso del velo islámico siempre que se hubiera adoptado legislación específica sobre la materia y se adaptase a las previsiones constitucionales, debiendo aplicarse el principio de igualdad entre el velo islámico y otros símbolos religiosos, incluidos los cristianos, cuando reformasen sus legislaciones.

Las diferencias con la postura francesa resultan en algunos puntos significativas. Por ejemplo, la Administración educativa francesa ha considerado que permitir el velo islámico no sólo es incompatible con la laicidad, sino que puede ser peligroso para las niñas y sus compañeros en clase de educación física, natación o tecnología; en Alemania, en cambio, los tribunales han accedido a dispensar de las clases de natación mixtas por motivos religiosos.

En el Reino Unido no se prohíbe el uso de los símbolos religiosos y a pesar de tener una Iglesia oficial, es uno de los países que más trabaja por la integración y la buena gestión del pluralismo religioso. Los casos de mujeres y niñas que llevan hiyab en escuelas, juzgados u otras dependencias públicas se evalúan de manera individual, y no existe ley alguna que prohíba su uso, al igual que el de otros símbolos religiosos a los que se ha extendido la polémica del pañuelo o velo islámico -como el turbante de la comunidad sij-, si bien los tribunales tienden a proteger la libertad religiosa y el uso de símbolos confesionales. En principio, las escuelas pueden decidir sobre su código de vestimenta y la mayoría de las instituciones de enseñanza aceptan el uso del velo islámico.

Como nota singular, cabe mencionar que desde 2008 se otorgó rango legal a las cortes islámicas de arbitraje que venían operando en Londres, Bradford, Manchester y Birmingham para casos civiles entre musulmanes (“divorcios”, disputas financieras, peleas domésticas). Ello ha sido criticado, con el argumento de que se permite la existencia de un sistema paralelo separado de la ley general aplicable a todos los ciudadanos y que atenta contra los pilares democráticos, además de que la mayoría de las veces tiene implicaciones negativas para el estatuto jurídico de mujeres y menores de edad. (Basado en GARCIA VAZQUEZ, Sonia, *op. cit.*, pp. 384 - 387).

70 El origen de la cuestión se sitúa en 1989, cuando tres alumnas magrebíes de un colegio de la población de Creil, a las afueras de París, fueron expulsadas por el director por negarse a quitarse el *hiyab* durante las clases. Cuando el asunto se propaló entre la opinión pública, el gobierno francés solicitó un dictamen particular al Consejo de Estado, que en dictamen de 27 de noviembre de 1989 analizó la importancia que en la escuela pública tiene el principio de laicidad del Estado, consagrado en el artículo 1 de la Constitución republicana de 1958 y en la propia legislación escolar, que observa a las personas como individuos y no como miembros integrantes de una comunidad o etnia. El régimen jurídico vigente establecía la autorización del uso de signos de pertenencia religiosa por parte de los alumnos como regla general y su interdicción como excepción.

Posteriormente, en Grenoble, una alumna comienza una huelga de hambre, apoyada por importantes manifestaciones convocadas por representantes de la comunidad musulmana, después de haber sido expulsada de una escuela pública por llevar velo y negarse a asistir a clases de gimnasia.

El 20 de septiembre de 1994, el gobierno francés libra una Circular en la que recuerda a los directores de los institutos públicos que no deben aceptar elemento alguno de proselitismo en las aulas.

El 23 de febrero de 1995, el Tribunal de Apelación de Liège resuelve el caso de una joven musulmana que invoca sus creencias religiosas basadas en una norma jurídica para usar el velo islámico. El Tribunal no pone en duda que el uso de signos religiosos manifieste una opinión política, religiosa o filosófica, pero considera que la prohibición del uso de dichos signos que realiza el centro escolar no es contraria a la libertad de conciencia ni a la libertad de culto garantizada a los estudiantes, ya que se aplica sin discriminación y se funda en consideraciones objetivas.

Luego del informe de la Comisión Stasi sobre laicidad en la escuela pública se sanciona la ley n° 2004-228, la más restrictiva de Europa sobre laicidad, que prohibió ir a clase con signos religiosos externos, abriendo el debate sobre los límites de la tolerancia religiosa.

Cuando la discusión y el debate parecían agotados en relación con este tema, la controversia se desplazó a las reivindicaciones de los alumnos *Sij*s cuando un liceo expulsó a un alumno por asistir a clase con un turbante. El Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise consideró que la institución no cumplió con las estipulaciones de la ley 2004-228 sobre

se presenta también en Uruguay.⁷¹

En Francia, la ley 2004-228 del 15 de marzo de 2004,^{72 73} prohíbe el uso del velo islámico, el “hiyab”,⁷⁴ en las escuelas francesas. Si bien se proscribieron otros símbolos religiosos como la kippa y las cruces cristianas (siempre que fueren “ostensibles”), fue el uso del hiyab el que se situó en el centro del debate público.

En el país gallo, la tradición laica es más importante que en otros países, en la medida que el principio de laicidad está inscrito en el artículo primero de la Constitución

la necesidad de abrir un previo diálogo con el alumno antes de iniciar el expediente disciplinario. Sin embargo, varios alumnos de entre 15 a 18 años fueron expulsados definitivamente por no haberse alcanzado con ellos un acuerdo.

En marzo de 2006, el Consejo de Estado dirimió cualquier controversia, al tiempo que señaló (apoyándose en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -Phull vs. France, de 2003- que obligó a los *Sijis* a quitarse los turbantes en el aeropuerto con el fin de pasar los controles de seguridad) que estos debían renunciar a su turbante para sacarse las fotografías de la licencia de conducir y otros documentos públicos.

71 La polémica sobre el derecho o prohibición del uso del velo islámico en centros de estudio en Uruguay se planteó en el mes de julio de 2015, luego de que el ex Presidente de la República, doctor Julio María Sanguinetti, en su columna publicada en *Correo de los Viernes* se mostró sorprendido ante aquellos que manifiestan que los niños pueden utilizar símbolos religiosos en los centros de estudio.

Por su parte, líderes musulmanes en Uruguay denunciaron cierta discriminación.

El tema provocó reacciones a nivel político. Algunos legisladores expresaron que no existiría inconveniente en que una niña o una joven quisiera utilizar velo en clase. El velo no tiene por qué representar un problema, pues es parte de la religión, de una forma de vivir y para nada viola la laicidad.

Algunas autoridades de la educación inicial y primaria, en el mismo sentido, manifestaron que se debe aceptar el velo en el salón de clase.

Uno de los mayores cuestionamientos son las diferencias culturales, que se perciben, entre otras cosas, en la utilización del velo y el trato hacia la mujer.

Por otra parte, autoridades religiosas musulmanas, afirmaron que Uruguay no es un país intolerante, pues no se siente discriminación; sin embargo hay otros problemas, como los relativos a que las musulmanas no pueden ir con velo a trabajar o no se tiene derecho a una hora libre durante la fiesta de cierre del Ramadán, además de que existen notorias diferencias en las costumbres. Fuente: diario *El País*, edición digital, lunes 27 de julio de 2015. Versión digital disponible en: <http://www.elpais.com.uy/informacion/sanguinetti-velo-transforma-escuela-lugar.htm>. Fecha de consulta: 27.07.2015.

72 El texto del artículo 1 de la ley referida es el siguiente: “Ley n° 2004-228 de 15 de marzo de 2004, en aplicación del principio de laicidad, sobre el uso de signos o atuendos que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos.

ARTÍCULO 1. Se introduce en el Código de Educación, después del art. L.141-5 un artículo L.141-5-1 con la siguiente redacción: “Art. L.141-5-1.- En las escuelas, colegios y liceos públicos, se prohíbe el uso de signos o atuendos a través de los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa.”

73 El informe Stasi, así llamado por el nombre de la Comisión formada ante lo que se consideraba como ataques graves y comportamientos amenazantes frente a la laicidad, convocó a toda la sociedad francesa a participar en el debate sobre tal principio. Se escucharon así las opiniones de un amplio abanico de grupos y de individuos, incluidas las mujeres musulmanas que usaban el velo y otras que se rehusaban a portarlo. El 11 de diciembre de 2003 la Comisión entregó su informe al entonces presidente Jacques Chirac. El documento no se limita al análisis del supuesto cuestionamiento de la noción de laicidad por el uso del velo islámico, sino que abarca además múltiples aspectos de orden económico, político y social, ofreciendo en cada caso recomendaciones para reforzar el principio de laicidad, considerado como un “valor fundador” de la República Francesa.

El texto del informe puede verse en: https://laicismo.org/data/docs/archivo_135.pdf. Fecha de consulta: 28.07.2015.

74 El *hiyab* es un velo característico de las mujeres árabes que deja el rostro completamente visible. Otros tipos de velo son la *Shayla*, que es un pañuelo muy largo y con forma rectangular que se coloca alrededor de la cabeza, siendo muy común su uso en la zona del Golfo Pérsico; el *niqab* es una prenda que cubre todo el cuerpo hasta la rodilla y sólo deja libre la zona de los ojos, razón por la cual muchas mujeres lo combinan con otro velo más pequeño para esa zona; el *Chador* es un manto negro que cubre todo el cuerpo femenino desde la cabeza hasta los pies; es frecuente que se use combinado con un pañuelo para tapar el cabello y por último, el *burka* afgano, que oculta completamente el cuerpo, permitiendo que la mujer pueda ver hacia el exterior sólo a través de una pequeña rejilla tupida de tela que, a su vez, impide ver su rostro.

Respecto del uso del velo, ello varía según el país y va desde la obligación de portar Chador impuesta por el régimen iraní hasta la prohibición de usar el hiyab en Turquía, en tanto en Marruecos la mujer puede elegir libremente si portarlo o no.

francesa de 1958.⁷⁵

Sin embargo, puede advertirse que, en general, existe una gran confusión en torno al término laicidad, pues se le identifica de manera exclusiva con la separación del Estado y las iglesias, haciéndose referencia a los valores de respeto, de diálogo y de tolerancia de tal modo que la laicidad queda vinculada al reconocimiento de la pluralidad religiosa y al respeto de los derechos humanos.

Otras veces se le identifica como un modelo específico del pensamiento occidental, ligado a la ideología liberal y a la Ilustración y por tanto, estrechamente vinculado al valor de la tolerancia, así como a la neutralidad del Estado en materia religiosa.

En la actualidad, la discusión alcanza inclusive a cuál es la diferencia entre los conceptos de “laicismo” y “laicidad”.

Se ha afirmado por la doctrina que defiende la independencia del hombre y más particularmente del Estado, respecto de toda influencia eclesiástica o religiosa,⁷⁶ que ambos términos se pueden utilizar indistintamente.

Por un lado, el Estado adopta una posición neutral en lo que respecta a la religión y proteger al individuo de cualquier interferencia sobre sus propias creencias. El término “laicidad” implica aquí el ejercicio libre de la religión, libertad que el Estado debe garantizar como derecho individual de sostener cualquier creencia religiosa, considerada como uno de los derechos humanos fundamentales y que se extiende más allá de la mera libertad de pensamiento, abarcando también a la libertad de culto y la libertad de congregación religiosa.

Por otro lado, la laicidad consiste en no permitir que las iglesias interfieran en las responsabilidades del Estado.⁷⁷

La laicidad es, entonces, una concepción sobre la separación de la iglesia y del Estado, una separación de las estructuras del Estado de las correspondientes a las instituciones religiosas, sin que ello implique ningún tipo de hostilidad por parte del Estado hacia la religión.

Si la laicidad se entiende fundamentalmente como neutralidad (con respecto a las religiones), no es fácil responder si el uso del hiyab es contrario o no a ese principio. Los partidarios de una respuesta afirmativa argumentan que el hiyab es el símbolo de la sumisión de la mujer por la religión, que constituye una traducción extremista del ejercicio del culto y que por su carácter ostensible introduce en el seno mismo de las instituciones

⁷⁵ “Artículo 1. Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada.

La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales.” (negrilla del autor).

⁷⁶ YTURBE, Corina, “El principio de laicidad: el caso del velo islámico”, en *Dianoia, Anuario de Filosofía*, N° 56, UNAM, 2006, p. 71. Versión digital disponible en: http://www.dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/download_file/276/497/. Fecha de consulta: 28.07.2015.

⁷⁷ Autora y *op. cit.*, p. 81.

y en particular de la escuela pública, consideraciones extrañas a su misión educativa.

Los partidarios del velo responderán que su uso es un elemento fundamental e indisoluble del ejercicio de los preceptos de la Charria,⁷⁸ que no usarlo sería una falta grave contra los deberes religiosos “libremente” asumidos por las mujeres que lo usan y que ese velo no constituye para nada un elemento ostentoso o de propaganda, puesto que se trata sólo de un pedazo de tela de color neutro.⁷⁹

Estos argumentos podrían multiplicarse al infinito, pues se trata de un debate aún planteado. La discusión sobre el uso del hiyab atravesó a todos los grupos y partidos en Francia, pues hubo feministas a favor de la diferencia cultural, feministas radicales, izquierdistas que defendían el velo y partidos de izquierda que apoyaban la ley, pero ponían el acento en el desempleo, las otras formas de discriminación, el racismo, o en la no integración.

4.1.11. El principio de laicidad en la República francesa, se encuentra sometido a dos principios jurídicos.⁸⁰

El primero de ellos es la neutralidad del Estado, que tiene dos derivaciones. Por un lado, neutralidad e igualdad deben ser tomadas en conjunto; así lo establece el artículo primero de la Constitución de 1958, ya transcrito, que impone a la República asegurar “la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de su origen, raza o religión”.

Por otro lado, la Administración Pública debe ofrecer todas las garantías de la neutralidad, lo que se concreta en que el funcionario solamente es libre de manifestar sus opiniones y creencias fuera del servicio público, circunscribiéndolas a la esfera privada.

Asimismo, también en relación con las finanzas hay una exigencia de neutralidad absoluta: “La República no reconoce, ni paga, ni subvenciona ningún culto.”⁸¹

El segundo principio jurídico de la laicidad es la libertad de conciencia, conforme el cual el Estado no puede imponer ningún tipo de restricción en las elecciones filosóficas, políticas o religiosas de los ciudadanos.

Queda entonces protegido y garantizado el libre ejercicio del culto, siempre y cuando no amenace el orden público; si bien las elecciones espirituales o religiosas dependen de la libertad individual, no son relegadas a la intimidad de la conciencia, es decir, no se les niega su capacidad de expresión manifiesta.⁸²

El concepto de laicidad representa, entonces, la neutralidad pública y manifiesta

78 El Islam reconoce como textos fundadores al Corán, palabra de Dios recogida por el Profeta, a la Sunna, conjunto de hechos y de sentencias del Profeta y a la Charria, que explicita el conjunto de preceptos que el creyente debe observar en su vida cotidiana.

79 Autora y *op. cit.*, p. 81 - 82.

80 YTURBE, Corina, *op. cit.*, p. 82.

81 Conforme artículo 2º de la ley francesa de 09 de diciembre de 1905, sobre separación entre el Estado y la iglesia.

82 YTURBE, Corina, *op. cit.*, p. 83.

del Estado con respecto a todo tipo de prácticas religiosas, institucionalizada a través de la eliminación de los símbolos, imágenes y vestimentas religiosos de las oficinas y espacios públicos.

Esta exigencia se aplica sobre todo a la escuela, pues allí es donde se da la conciliación entre la libertad de conciencia y las exigencias de neutralidad del servicio público. Es el lugar donde los alumnos tienen la posibilidad de construir su autonomía y de ejercer su propio juicio sobre las religiones y la espiritualidad en general.

Los principios de la laicidad en relación con la enseñanza son: a) el respeto de la neutralidad de los programas y de los profesores; y b) el respeto de la libertad de conciencia de los alumnos.⁸³

Como contrapartida, si bien no hay una intromisión del poder político en las cuestiones de culto, a cambio se formula una “exigencia compartida”, un equilibrio entre derechos y obligaciones, que implica “un esfuerzo interpretativo” tanto de los cultos como de los individuos para conciliar el dogma religioso y las leyes que rigen la sociedad.

4.1.12. Cabe preguntarse, luego del planteo de la cuestión en Francia, cómo se presenta la situación en Uruguay.⁸⁴

El Profesor DURAN MARTÍNEZ, señala que nuestra Constitución no habla ni de laicidad ni de laicismo,⁸⁵ pero la libertad religiosa se desprende naturalmente de los artículos 7, 10, 29, 38, 39 y 72. La libertad de cultos es propia de una sociedad pluralista, que es un rasgo esencial del Estado Constitucional de Derecho.

El artículo 5° de la Carta,⁸⁶ en su primera oración, es la explicitación del principio general contenido en los artículos expresados, que se explica como una introducción a la separación de la Iglesia y el Estado y a la exoneración tributaria que seguidamente dispone.

La segunda oración, “el Estado no sostiene religión alguna”, es la fórmula adoptada por el Constituyente para imponer la separación aludida. Se separa de la Iglesia Católica y en virtud del principio de libertad de cultos que conlleva la igualdad, no sostiene, es decir, no profesa, religión alguna.

Eso quiere decir que el Estado no es religioso, pero ello no significa, conforme DURAN, que deba ser indiferente al fenómeno religioso.

El reconocimiento del dominio de los templos a la Iglesia Católica no es sino una

⁸³ Autora y *op. cit.*, p. 83.

⁸⁴ Deberá aquí tenerse presente lo expresado en Nota al pie 80.

⁸⁵ DURAN MARTÍNEZ, Augusto, “Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 17 (2010), pp. 93 - 95.

⁸⁶ Dicho artículo establece: “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.”

medida para solucionar una situación de hecho creada por el régimen anterior de Estado confesional. Pero revela, además, una separación benévola, así como la exoneración impositiva indica también que la separación de la Iglesia y del Estado ha sido del tipo benévolo.

En efecto, prosigue DURAN MARTÍNEZ, la Constitución, al exonerar de impuestos, efectúa una medida de fomento. Si fomenta una actividad es porque la considera valiosa. De manera que en virtud de la libertad de cultos existente, puede afirmarse que nuestro Estado es imparcial ante las diversas religiones, pero ante la medida de fomento dispuesta cabe concluir que no es neutral ante el fenómeno religioso.

Formula luego una importante afirmación, al señalar que lo expresado es coherente en una Constitución como la nuestra que tiene por centro a la persona humana. Y la persona humana es un todo indisoluble con una triple dimensión: individual, social, trascendente.

Ese artículo 5° supone así un respeto por esa dimensión trascendente. Y ello es fiel reflejo de la intención de los constituyentes que pretendieron actuar con un espíritu de verdadera tolerancia.

Señala que, por lo expresado, no estima de recibo posturas que sostienen que el artículo 5° establece un tipo de separación neutral entre la Iglesia y el Estado, o que impone una actitud prescindente del Estado ante el fenómeno religioso o que impide al Estado apoyar, alentar, auxiliar o fomentar la acción religiosa de terceros o instituciones de enseñanza privada que tengan un contenido misional de propagación de la fe, más allá de la exoneración tributaria prevista en el texto constitucional.

De lo expuesto deduce el Profesor que el artículo 5° de la Constitución no impide la enseñanza religiosa en los institutos estatales de enseñanza. Es más, interpretado este artículo en el contexto de la Constitución y sobre todo desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, cabe concluir que esa enseñanza se impone cuando ella es requerida.

La libertad de cultos impide que se imponga una enseñanza religiosa, pero la libertad de enseñanza expresamente garantizada por el artículo 68 comprende el derecho a recibir esa instrucción si se desea, puesto que todos tenemos derecho a una formación integral. La actividad del Estado, que solo se justifica finalizada al bien común, determina esta respuesta.

El rechazo de la enseñanza religiosa en los institutos estatales en base exclusivamente al artículo 5° de la Constitución configura así una conducta inconstitucional, por errónea interpretación de nuestro marco constitucional.

Concretamente sobre el principio de laicidad en Uruguay,⁸⁷ el Profesor ROTONDO señala que el artículo 17 de la ley 18.437, de Educación General, establece que se “ase-

87 ROTONDO, Felipe, “La Religión en la Educación Pública Uruguaya. Régimen legal”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 17 (2010), p. 98. Versión digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-17.pdf>. Fecha de consulta: 28.07. 2015.

gurar el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de la información y conocimiento que posibilite una toma de posición consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias.”

Por tanto, no existen temas excluidos del ámbito educativo público siempre que se traten de acuerdo con lo dispuesto por esa norma, de manera de asegurar una posición libre, personal y consciente del educando, sin imponerse opiniones de ninguna índole y con el deber de garantizar la confrontación leal y fundada de “saberes y creencias”, conocimientos y convicciones, lo cual comprende múltiples temas, incluidas las creencias religiosas.

Respecto del principio de laicidad en sí y su consagración normativa, señala⁸⁸ que la Constitución no refiere expresamente a él, pero que surge implícitamente del artículo 72, complementado por los artículos 5° y 58.

Expresa que la laicidad no es prescindencia y su fundamento es la libertad; no es intolerancia, pero tampoco mera tolerancia, si tolerar es padecer, aceptar incluso a desgano la existencia de algo. Es respeto a los demás, de sus creaciones y opciones en lo religioso, filosófico, político.

4.1.13. En Uruguay, a nivel de la educación estatal, las soluciones han sido disímiles, diferenciándose el régimen adoptado en la educación secundaria con el previsto en el ámbito universitario.

La Resolución del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) N° 2, Acta N° 71, de 22 de setiembre de 1986, modificó el Reglamento de Evaluación y Pasaje de Grados del nivel medio de Educación, estableciendo que “las inasistencias por motivos religiosos” se consideran “justificadas”, debiendo los padres, tutores o curadores informar al director del establecimiento dentro del plazo de quince días de iniciados los cursos, que su hijo no concurrirá los días sábados por razones religiosas.⁸⁹

El régimen se extendió luego al Ciclo Básico.

Posteriormente, por Resolución N° 20, Acta N° 14, de 25 de marzo de 2009, la ANEP dispuso que no se computasen faltas de los estudiantes por razones religiosas, con un límite de cuatro días por año lectivo; que se instruyese a los docentes para que no fijasen escritos o pruebas, “ en los días en que uno o más alumnos hayan solicitado exoneración de concurrir a clase por motivos religiosos y la solicitud haya sido aceptada ” y “ en el caso de los exámenes, si no es posible fijar una fecha que no coincida con esos días, se le debe habilitar al alumno o alumnos dentro del mismo período la fijación de una mesa especial para otro día, siempre y cuando el o los estudiantes se hayan inscripto para el mismo día ”.

88 ROTONDO, Felipe - MARTINS, Daniel Hugo, *RÉGIMEN LEGAL DE EDUCACIÓN* citado, p. 45.

89 ROTONDO, Felipe, “La religión en la educación...” citada, p. 100.

Finalmente, la Resolución dispone que “aquellos estudiantes que por motivos religiosos debidamente probados prefieran no asistir a clase los días sábados tendrán prioridad para ser inscriptos en aquellos centros educativos públicos o en grupos donde no se imparten clases ese día”.⁹⁰

Sin embargo, en el ámbito público universitario la posición predominante ha sido la opuesta. Así, el Consejo Directivo Central de la Universidad de la República, por Resolución N° 15, de 28 de octubre de 2008, tomada por 8 votos en 15, negó la aplicación de excepciones a fin de contemplar la situación de aquellos fieles cuyo credo religioso les impedía asistir a clases o realizar alguna actividad académica determinados días.⁹¹

En todo caso, se trata de un tema polémico, en el que deben considerarse principios fundamentales, como los de laicidad, educación, religión, libertad, o enseñanza, entre otros.

4.1.14. En el ámbito de la enseñanza universitaria privada, la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga (UCUDAL) ha dictado normas, (con valor de Ordenanzas) por las se respeta la orientación religiosa de sus estudiantes, contemplándose inclusive el cambio de parciales o exámenes cuando la fecha de estos coincida con festividades religiosas.⁹²

Analizando el tema, la Profesora ASIAÍN⁹³ formula las siguientes reflexiones: “Hemos avanzado en materia educativa en muchas áreas. Hemos entregado una computadora por alumno en la escuela primaria pública. Bienvenido sea ese signo de progreso que se erige en herramienta para el desarrollo intelectual y técnico del futuro adulto. Pero: ¿informática si y religión no? ¿No es por lo menos insuficiente, cuando no sectaria nuestra Educación?”

Concluye luego: “No se trata de cambiar ni nuestro Derecho ni el espíritu que lo ha inspirado. Varela mismo previó algún tipo de formación religiosa ya en 1877. Nuestra Constitución no la prohíbe, más aún, complementada la Carta por la vía del art. 72 con aquellos derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, tal solución resulta impuesta, por ser la forma más plena del respeto a la Libertad Religiosa. Si a estas consideraciones agregamos las obligaciones impuestas por el Derecho Humanitario Internacional, entonces el deber de brindar instrucción o formación religiosa en las escuelas públicas en régimen plural se alza como ineludible.

Perteneciendo la Libertad Religiosa a aquel núcleo duro de derechos inalienables, inderogables, imprescriptibles, que se imponen a los Estados aún por sobre sus constituciones si éstas no lo recogieran, que conocemos como ius cogens, entonces queda más patente aún el deber del Estado de brindarla.”

El Profesor ROTONDO,⁹⁴ analizando la titularidad de la libertad cultural, los roles

90 ROTONDO, Felipe, *op. cit.*, p. 101.

91 Autor y *op. cit.*, pp. 101 - 102.

92 Tal sería el caso del día del perdón (Yom kippur), que celebra la comunidad judía.

93 ASIAÍN, Carmen, “RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA.....” citado, p. 8.

94 ROTONDO, Felipe - MARTINS, Daniel Hugo, *RÉGIMEN LEGAL* citado, pp. 26 - 27.

de la familia, de la sociedad y el Estado, señala que el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley 15.737, en su artículo 12 ordinal 4, especifica que los padres y en su caso, los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Haciendo referencia luego a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 16.137, en el artículo 14, señala que se prevé que los Estados parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como respetarán los derechos y deberes de los padres y en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

En el artículo 28, expresa el autor referido, se reconoce el derecho del niño a la educación:

“1.Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;.....”.*

Finalmente, como breve conclusión, debe señalarse que las referencias y comentarios que vienen de realizarse claramente ilustran respecto de lo complicado que resulta alcanzar una solución uniforme sobre el tema, en el que se mezclan y entrecruzan diversos factores de distinto origen y naturaleza.

4.2. Al Juramento

En esta modalidad, la persona rechaza invocar el nombre de Dios para garantizar su compromiso o su verdad.⁹⁵

La obligación de prestar juramentos o promesas, ha sido en ocasiones objetada por dos tipos de motivaciones: por un lado, una que deriva de la “conciencia laica”, que impide jurar con una fórmula que obligue ante Dios (*objeción en el juramento*) y por otro lado, la proveniente de la obediencia a preceptos confesionales que prohíben jurar de manera absoluta (*objeción al juramento*).^{96 97}

95 La referencia bíblica al juramento se encuentra en Exodo 20, 1-7 y en Deuteronomio 5, 5-11.

96 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, pp. 488 - 489.

97 Algunas congregaciones interpretan con rigor el versículo 5 del Evangelio de San Mateo: “33. Además habéis oído que fue dicho a los antiguos: No jurarás falsamente, sino que cumplirás al Señor tus juramentos; 34. Pero yo os digo: No juréis de ninguna manera; ni por el cielo, porque es el trono de Dios; 35 ni por la tierra, porque es el estrado de sus pies;

En algunos países, se admite el juramento político o ético a efectos estrictamente administrativos, como parte de la ceremonia de investidura del funcionario en el cargo, o cuando una persona prestará una declaración como testigo en un tribunal de justicia.

Es el caso de la toma de posesión de los presidentes de los EEUU, en la que tradicionalmente se añade “que Dios me ayude”,⁹⁸ de la República de Colombia,⁹⁹ o de la República de Panamá,¹⁰⁰ aunque en este caso se prevé expresamente que el presidente electo prescinda de la invocación a Dios si no profesa creencia religiosa alguna.

En Europa, ha sido frecuente que las legislaciones eliminen el problema, ofreciendo una alternativa al juramento, en forma de obligación de conciencia o de honor, compatibilizando la obligación de prestar juramento con las convicciones religiosas, ateas o agnósticas de la persona obligada.¹⁰¹

En Italia se ha planteado, además, el problema del llamado *juramento de fidelidad* que debía prestar el personal docente de centros de algunos niveles educativos estatales, bajo sanción de la pérdida de su puesto de trabajo.

Al registrarse oposiciones fundadas en motivaciones de libertad religiosa y de libertad de enseñanza, se aprobó una ley¹⁰² que estableció una excepción al régimen jurídico general de los empleados civiles del Estado.

En Uruguay, si bien existe en el Código General del Proceso el artículo 161, relativo al interrogatorio de los testigos y a la previa promesa o juramento de decir verdad (*juramento de decir la verdad*) que debe tomárseles, en la práctica la misma no es, por lo general, requerida a los deponentes.

Otras formas de este tipo de objeción se dan cuando la persona requerida expresa que no tiene un Dios por el cual jurar y considera el acto como vacío de contenido, o cuando rechaza formular el juramento, impuesto por la ley, por desconfianza en el sistema jurídico o político imperante.

4.3. Científica

Esta forma de objeción de conciencia puede definirse como aquella resistencia o negativa, de orden primordialmente moral, por la cual el personal médico puede negarse a participar en la realización de investigaciones o experimentos que, a juicio del objeto, son contrarios a sus principios éticos.

ni por Jerusalén, porque es la ciudad del gran Rey. 36 Ni por tu cabeza jurarás, porque no puedes hacer blanco o negro ni un solo cabello” (Mateo 5: 33-35).

98 El juramento presidencial en los EEUU se encuentra establecido en el artículo II, Primera Sección, cláusula 8 de la Constitución Federal.

99 Artículo 192 de la Constitución Política de Colombia.

100 Artículo 176 de la Constitución Política de Panamá.

101 Así ha acontecido en Bélgica, por ley de 27 de mayo de 1974 y en Italia, aunque en este caso fue la Corte Constitucional la que modificó la fórmula del juramento en los Códigos procesales civil y penal (Sentencia 117/1979, de 2 de octubre).

102 Ley de 30 de marzo de 1981, n 116.

Por lo común, se trata de casos en los cuales los científicos conocen que se está experimentando con especies animales o se está realizando experimentación genética y se oponen a ello en función de sus creencias o principios.

Esta modalidad se encuentra vinculada con la objeción de conciencia fiscal, por cuanto se cuestiona cada vez más la utilización de fondos públicos para determinadas investigaciones de orden científico que implican violentar la conciencia o creencias de determinados contribuyentes.

Tal sería el caso de los dineros empleados para investigaciones que implican la utilización de especies animales, o la manipulación genética. También se ha rechazado la subvención (y por tanto, el empleo de dineros públicos para su financiamiento) de prácticas médicas como el aborto, en aquellos países en que aún se haya bajo discusión.

Precisamente, a la objeción de conciencia fiscal me referiré en el subcapítulo 4.5.

4.4. Farmacéutica

Esta forma de objeción de conciencia se presenta cuando se obliga o pretende obligar a un profesional de esta área a una conducta exigida, en principio, por las leyes, reglamentos o aún protocolos institucionales de actuación, que es rechazada por el individuo fundado en razones fundamentalmente de índole moral.

Pueden existir además fundamentos jurídicos, deontológicos y científicos justificados para considerar que la dispensación de estos fármacos puede ser éticamente dudosa.

En tal sentido, un tema muy debatido en Europa años atrás ha sido el de la adquisición sin receta de la llamada “píldora del día después” (PDD), ante el efecto abortivo del medicamento.

Lo expresado resulta extremadamente importante, pues el farmacéutico no sólo vende medicamentos, sino que como profesional tiene responsabilidad en la venta, la que podría ser eventualmente compartida con el médico que expidió la receta, así como por la venta o expendio a menores de edad, o aún podría configurarse por no haber explicado claramente los peligros que implica la ingestión de determinado medicamento.

Se habla también de la “objeción de ciencia”, que consiste en la capacidad del farmacéutico de negarse a dispensar un fármaco que, según su criterio profesional o creencias, no procura la curación deseada por el paciente.

En nuestro país, el debate se ha planteado respecto de la dispensación en farmacias de la marihuana, según lo dispuesto por la ley 19.172, de 20 de diciembre de 2013 y su decreto reglamentario 120/014, de 06 de mayo de 2014.

En los artículos 5° y 6° del reglamento se establece que el cannabis psicoactivo será dispensado en farmacias y fijan los detalles necesarios para obtener la licencia ante el IRCCA, persona pública no estatal que se crea a fin de controlar todo lo relativo al nuevo régimen legal aprobado.

Las dificultades señaladas por los Químicos Farmacéuticos, desde antes de sancionarse el proyecto, ahora ley, van desde la inconveniencia de expender este producto, contrario a la salud según algunos, en verdaderos centros de salud como lo son las farmacias, hasta la aglomeración de personas consumidoras en determinado barrio, al conocer que en la farmacia de la zona se vende el producto.

Tales profesionales, Directores Técnicos de las farmacias y por tanto, responsables del control de calidad y de la acreditación del cumplimiento de la normativa aplicable, exigen que se establezcan las propiedades farmacológicas del producto y que se dispense como un medicamento, bajo prescripción médica.

Como puede verse, se trata de un tema de arduo debate, que aún se encuentra lejos de arribar a su fin, sin perjuicio de que puedan alcanzarse soluciones consensuadas.

4.5. Fiscal

Esta modalidad de la objeción de conciencia implica la negativa del individuo, encarada como una omisión, a pagar los tributos a que legalmente se encuentra obligado, fundándose en que los recursos recaudados por la vía impositiva serán destinados a sostener y financiar programas, actuaciones o planes estatales que, a su juicio, son contrarios a la moral o aún aberrantes desde el punto de vista humano.

En el caso, no se trata de evadir el pago de impuestos al Fisco, perjudicando al erario, sino que lo que se discute es el destino que se da a los fondos que la ley obliga a abonar, por considerarlos contrarios a la conciencia.

La forma más conocida, aunque no la única, es la que intenta reducir la cuota personal del impuesto sobre la renta de las personas físicas en la medida correspondiente al porcentaje que el Estado destina a los gastos militares o de defensa, aunque también han sido frecuentes las objeciones por razón de las subvenciones públicas a los abortos voluntarios permitidos por la legislación estatal.¹⁰³

La doctrina ha mostrado una postura dubitativa acerca de concebir esta modalidad como una verdadera manifestación de la objeción de conciencia, por cuanto la relación entre el juicio de conciencia del sujeto y la norma jurídica que se incumple es remota, no produciéndose un enfrentamiento entre la ley y la conciencia, sino entre esta y el destino que se le da al impuesto (gastos de defensa armada, aborto, etc.).

De tal forma, como ha señalado la doctrina,¹⁰⁴ por un lado, no estaríamos ante una prestación de carácter personal, como sí lo es claramente el servicio militar y por otro, su eficacia para alcanzar los objetivos que se enuncian como pretendidos resulta dudosa.

A ello debe sumarse que competiría al legislador determinar por ley un reconocimiento jurídico de la objeción, su compatibilidad con los principios constitucionales involucrados, determinando además la prestación sustitutoria y cómo se cumpliría ésta.

103 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 117.

104 Autores y *op. cit.*, p. 118.

Esta modalidad se ha desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, donde ciudadanos de diversos credos y posiciones la han defendido y por supuesto, es el país donde se ha verificado la mayor cantidad de casos.

Durante la guerra de Corea, entre 1950 y 1953, se plantearon algunos casos aislados, pero fue durante el conflicto bélico en Vietnam, alentado por las críticas de la opinión pública a la presencia norteamericana en ese país, que se plantea con mayor fuerza la objeción, alcanzando los objetores fiscales un número importante (mayor a medio millón de habitantes, conforme algunos estimados).

Respecto de la objeción fiscal, pueden distinguirse dos momentos. Un primer momento, que podría denominarse político, hace referencia a las reivindicaciones de determinados sectores de la sociedad que reclaman soluciones legales ante una demanda de contribución al gasto público, de forma de impedir que se financien con dineros públicos los gastos militares y de defensa.

De tal forma, la objeción fiscal así considerada se convierte en instrumento al servicio de otros fines y de alguna manera, abre camino a la desobediencia civil.

El segundo momento, de mayor importancia para nuestro estudio, hace referencia al choque entre la conciencia individual y la norma jurídica, resistiéndose el objetor a someterse a esta última, en virtud de que entiende que existe un mandato de superior valía o importancia que aquel al que la norma jurídica representa.

Dentro de esta pueden diferenciarse dos elementos que conforman la base de la conducta de resistencia del objetor: por un lado, el relativo a la conciencia individual del sujeto, que considera la imposición del impuesto como una cooperación, asaz indirecta, a una actuación inmoral y por el otro, un afán de oposición general a esa actuación inmoral por parte del Estado.

El desarrollo filosófico de esta forma de objeción de conciencia, le es atribuido a Henry David THOREAU (1817-1862), quien es considerado el precursor en la materia.

En su ensayo de 1849, THOREAU analizaba la situación de los EEUU, expresando lo siguiente sobre la recaudación de impuestos:

“Yo me entrevisto con el gobierno americano, o su representante, el gobierno del Estado, directamente, cara a cara, una vez al año – nada más – en la persona de su recaudador de impuestos; esta es la única forma en la que una persona de mi posición puede encontrarse con ese Estado. Y entonces él dice bien claro: Reconózcame; y la manera más sencilla, la más efectiva, en el actual curso de los hechos, la manera indispensable de tratar con él en su cara, de expresarle uno su poca satisfacción y poco amor por él es negarlo.”

Se trata de una manifestación de la objeción muy arraigada en los Estados Unidos, en la mayoría de los casos referida a convicciones religiosas, aunque también se presenta aunado a ideas filosóficas de carácter pacifista (dirigidas por lo general contra las fuerzas armadas) y por tanto, muy relacionadas con la objeción de conciencia militar,

además de asociadas a los ideales cristianos de los objetores.

Sin embargo, se han identificado relaciones entre esta objeción y otras formas de objeción fiscal, motivadas por actividades gubernamentales que también resultan conflictivas y se entienden lesivas para los derechos de la persona, como sería el caso de la aplicación de la pena de muerte y de la práctica de abortos en instituciones públicas, pues los gastos que ocasionan son sufragados por fondos públicos provenientes de impuestos.

Actualmente, la objeción sigue vigente y la recaudación de los impuestos es más detallada y eficaz por parte del Estado; su posterior impacto en la vida de los individuos debería ser el motor para lograr una sociedad más justa.

Sin embargo, siguen planteándose múltiples problemas con esta modalidad de objeción, en respuesta a situaciones que se estiman cuestionables, como los excesivos gastos en materia de defensa, o la nueva modalidad de fuertes reclamos contra gastos millonarios para la realización de eventos deportivos internacionales, como se manifestara en Brasil durante la realización de la Copa Mundial de Fútbol 2014.

4.6. Jurisdiccional

El planteamiento de esta modalidad implica la contraposición de dos principios fundamentales, como lo son la libertad de conciencia y la administración de justicia, que entran en conflicto entre sí al argumentar el funcionario (Juez) que sus creencias personales le impiden entender en un determinado asunto en el que es llamado legítimamente a resolver.

4.6.1. La objeción de conciencia judicial, que en la actualidad cuenta con diversos motivos para su ejercicio,¹⁰⁵ particularmente en España, plantea el problema de su fundamentación jurídica.

En este país, una postura usual es negar la posibilidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por los jueces. En apoyo de ella, se alega que la objeción no se encuentra mencionada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se aduce, además, que la sujeción de los jueces es únicamente a la Constitución y al imperio de la ley y se destaca su deber inexcusable de resolver los asuntos que conozcan.¹⁰⁶ De aquí se deduce, asimismo, la imposibilidad para el juez de anteponer su conciencia a una ley que considere inmoral y por tanto, su deber de aplicarla.

Se añade el argumento de que el juez es un órgano del Derecho, en cuanto ejerce un poder del Estado y por ello su estatuto jurídico no es asimilable al de otro tipo de funcionarios.

¹⁰⁵ Entre otros, cabe citar a título de ejemplo, a la oposición del juez al divorcio, a los matrimonios entre personas del mismo sexo, a la esterilización de los incapaces, a la suplencia del consentimiento en el caso de la petición de la interrupción voluntaria del embarazo por mujeres menores de edad, etc.

¹⁰⁶ Conforme el artículo 117.1 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial.

Es cierto que no debe oponerse interés público (cumplimiento de la ley en todo caso) e interés privado (negativa a cumplir un deber); pero en el caso, como señala prestigiosa doctrina,¹⁰⁷ lo que hay en juego son dos intereses públicos: el de que la ley se cumpla y el de que el derecho fundamental a la libertad de conciencia sea respetado. Cuando es posible una fácil sustitución para el objetor, se reducen las razones para que predomine el primero sobre el segundo.

Como corolario de lo expresado, se afirma la imposibilidad de los jueces de plantear la objeción de conciencia, pues esta sería contraria a la potestad jurisdiccional en cuanto el ejercicio de ésta “no es un deber ciudadano (...) sino que se trata de una potestad genuina del Estado que se ejerce a través de unos servidores que voluntariamente asumen un cometido profesional”.¹⁰⁸

4.6.2. Como señalara alguna doctrina, para que los jueces pudieran ejercitar la objeción en España sería preciso realizar una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconociendo expresamente ese derecho.¹⁰⁹

En contra de esta postura –y a juicio de MARTÍN SANCHEZ, con mejor fundamento,¹¹⁰ algunos autores han defendido el derecho de los jueces a ejercitar la objeción de conciencia.

Una de las cuestiones básicas en este punto, es la de desentrañar el significado y alcance del sometimiento del juez al imperio exclusivo de la ley.

Esta mención de la ley, de acuerdo a dicho autor, debe interpretarse en el sentido de sujeción no sólo a la ley formal sino a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en cuanto objeto de una resolución judicial justa.

Partiendo de tal premisa, resulta necesario ponderar el deber constitucional de sometimiento del juez a la ley con su derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, de cuyo contenido forma parte la objeción de conciencia.

Al realizar tal ponderación, debe tenerse en cuenta que la posibilidad del ejercicio de la objeción por el juez no implica su apartamiento del sometimiento a la ley, sino más bien el reforzamiento de este deber.¹¹¹

Tampoco cabe entender la objeción como un privilegio sino como un derecho fundamental, cuyo ejercicio comportaría el apartamiento del juez de un proceso como garantía

107 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 506.

108 Así lo afirma REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “La objeción de conciencia por los jueces”, en Roca, María José (Coord.), *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, p. 177, citado por MARTÍ SÁNCHEZ, José, *op. cit.*, p. 25.

109 *Op. cit.* en Nota al pie anterior.

110 MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *op. cit.*, p. 25.

111 DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “La objeción de conciencia de los miembros del Ministerio Fiscal”, en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 89, 2006, p. 268. Allí señala que “Es preferible que un Juez contrario por motivos de conciencia a una ley se abstenga, a la situación inversa: imponerle su aplicación provocando, bien que abdique de su conciencia, bien que sitúe de una manera subrepticia sus postulados de conciencia por encima de la ley emanada del Parlamento.”

de la imparcialidad judicial.¹¹²

Por otra parte, el reconocimiento de la objeción no desvirtúa el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

4.6.3. En efecto, como ha sido puesto de relieve, el “juez predeterminado por la ley cuando concurre una causa de abstención no es el juez al que apuntan las normas de competencia, sino el juez que resulta de esa regla de competencia con las que disciplinan la abstención y recusación”.¹¹³

Conforme MARTÍN, en virtud de estos argumentos, es posible defender razonablemente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por los jueces, derecho que, de admitirse su eficacia directa, no puede conllevar una falta de acatamiento a la Constitución.¹¹⁴

Evidentemente la objeción de conciencia no es un derecho ilimitado. Por ello, no resulta posible aceptar una objeción general e indeterminada, formulada por el juez con anterioridad al conocimiento de cualquier causa.¹¹⁵ Por el contrario, es preciso ejercitarla en relación con cada supuesto concreto.

Igualmente, debe quedar siempre a salvo el derecho de las personas a obtener una tutela efectiva de los jueces y tribunales. Por tanto, no resulta posible admitir la objeción cuando no sea factible la sustitución del juez objeto.¹¹⁶

Esta inadmisibilidad resulta acorde con la imposición del límite del orden público a las libertades garantizadas en el artículo 16.1 de la Constitución,¹¹⁷ entre los elementos constitutivos de aquel figura “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales.”¹¹⁸

La antes mencionada afirmación de la doctrina española tutela a todos los ciudadanos, pero deja fuera de la protección, precisamente, a los propios Jueces, privándoles del ejercicio de su Derecho simplemente porque no hay otro Magistrado que pueda cumplir con la celebración civil.

En Uruguay, los Magistrados son responsables ante la Ley de la “más pequeña agre-

112 PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “Prevaricación judicial y objeción de conciencia”, en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 89, 2006, pp. 310-312, pone de relieve que “El juez que entiende que su convicción ha de afectar a su decisión de una forma relevante, y que el conflicto de conciencia que implica le impide adoptar una decisión adecuada al derecho vigente, se encuentra afectado en su imparcialidad.”

113 DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *op. cit.*, p. 275.

114 MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *op. cit.*, p. 26.

115 DEL MORAL, GARCÍA, Antonio, *op. cit.*, p. 265, hace notar que “no sería admisible un juez que asumiese un destino en el orden jurisdiccional penal y que alegase que su conciencia no le permite imponer penas privativas de libertad por repeler a sus más íntimas convicciones.”

116 MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, pp. 26 - 27.

117 El artículo 16, ordinal 1 de la Constitución española, reza: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”

118 Conforme dispone el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

sión contra los derechos de las personas”, desde la Constitución de 1830 y conforme al actual artículo 23, pero como ciudadanos, no debería recurrirse al simple argumento referido para quitarles el “derecho de poder ejercer el derecho”, cuya existencia y plena vigencia la Constitución reconoce para todos. Otro tema será el de resolver si le corresponde o no su tutela, en el caso concreto.

4.6.4. En otro orden, debe decirse que también la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo,¹¹⁹ ha planteado la posibilidad de la objeción de conciencia por parte de los Oficiales del Registro de Estado Civil¹²⁰ y de los Jueces encargados del registro civil llamados a celebrar esos matrimonios.

En tal sentido, por ejemplo, en nuestro país se podría plantear la objeción por la Justicia de Paz, en una Sede del interior de la República, a la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin descartar el hecho de que siempre cabe la posibilidad de que celebre la unión objetada otro juez competente, cuya conciencia no se vea alterada ante esa celebración, resulta claro que se trataría, en todo caso, de una situación en la que no se ejerce función jurisdiccional, sino de índole administrativa, dentro de la estructura del Registro de Estado Civil, unidad ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura y por tanto, dependencia del Poder Ejecutivo.

4.6.5. En otros países la polémica siempre ha estado presente. En la República Argentina, apenas sancionada la ley de matrimonio igualitario n° 26.618, de 15 de julio de 2010, una jueza de Paz de la provincia de La Pampa, basada en su condición de “cristiana evangélica”, se negó a casar parejas homosexuales.

En la provincia de San Juan, la encargada del Registro Civil en el barrio Los Pinos de la localidad de Chimbass, argumentó que su “formación religiosa”, le impedía casar a parejas integradas por personas del mismo sexo.

El Director del Registro Civil de la ciudad de Concordia, provincia de Entre Ríos, fundó en una “especie de igualitarismo que no corresponde” su negativa a celebrar casamientos entre personas del mismo sexo.

En la provincia de Córdoba la situación planteada fue similar, pues cinco jueces de Paz se negaron a realizar casamientos entre personas de igual sexo.

Cabe acotar que la referida ley 26.618 no hace mención alguna respecto de que el funcionario pueda ejercitar el derecho de objeción de conciencia.

119 En Uruguay, por la ley 19.075, de 03 de mayo de 2013, se aprobaron normas relativas al Matrimonio Igualitario, modificándose varias disposiciones del Código Civil.

120 Son funcionarios públicos pertenecientes a la Dirección General de Registro de Estado Civil, unidad ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura, que tiene diversas funciones, como la de inscripción de nacimientos, defunciones, celebración de matrimonios, entre otras. Se encuentran subordinados, por tanto, al Poder Ejecutivo. Existen oficinas en la ciudad de Montevideo específicamente para contraer matrimonio u otras para solicitar testimonios de partidas de nacimiento o de defunción o realizar otros trámites, así como oficinas en algunos hospitales. En el interior del país, sus tareas son cumplidas, salvo excepciones puntuales, por los Jueces de Paz, magistrados dependientes del Poder Judicial.

Para la Corte Suprema de la Nación argentina, la invocación de la objeción de conciencia resulta ser una conducta personal incluida como *acción privada*, aunque externa, en el ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución,¹²¹ con contenido similar al artículo 10 de nuestra Carta.

Ahora bien, como hemos indicado, cuando la conducta de un hombre entra en interferencia con *el orden y la moral pública* o *cuando perjudica a un tercero* (expresiones empleadas en dicho artículo 19), sale ya del ámbito de las *acciones privadas*.

4.6.6. Tales son, entonces, para el máximo órgano de expresión de la jurisprudencia argentina, los límites a la posibilidad de invocar la objeción de conciencia; en definitiva, se trata de los mismos límites que tiene la libertad religiosa considerada en sentido genérico.

La objeción de conciencia sería entonces viable, en tanto el deber eludido no sea de aquellos que pueden considerarse como básicos para la convivencia en común, pero no podría ejercitarse si están en juego intereses fundamentales de la sociedad (que debería determinarse con cuidado cuáles son), de modo tal que en este caso tales intereses deberían prevalecer sobre las cuestiones personales de conciencia.

Sin embargo, la interferencia estatal tiene que tener carácter absolutamente excepcional, en atención a la importancia de este derecho para el respeto de la libertad (y la dignidad) de la persona humana.

4.6.7. En España, han sido frecuentes las actuaciones judiciales por motivos de conciencia relacionadas con la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio.

En tal sentido, varios jueces encargados del Registro Civil plantearon diversas cuestiones de inconstitucionalidad contra la referida ley, la cual autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, por entender que en este punto era contraria al artículo 32.1 de la Constitución.¹²²

Sin embargo, el Tribunal Constitucional -en los Autos 505/2005 y 508/2005, ambos de fecha de 13 de diciembre- no admitió dichas cuestiones de inconstitucionalidad, por entender que los jueces encargados del Registro Civil carecen en estos casos de legitimación activa, pues su planteamiento está reservado a los órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción en el ámbito de un proceso y no en los supuestos del ejercicio de la jurisdicción voluntaria.¹²³

121 Constitución Argentina: "Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

122 El artículo 32 ordinal 1 de la Constitución española de 1978, reza: "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica."

123 El Auto 505/2005, de 13 de diciembre, manifiesta en su Fundamento Jurídico 5 que "en nuestro ordenamiento, so riesgo de desfigurar radicalmente el instituto creado por el art. 16.3 CE, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida por órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción (art. 117,3 y 4 CE), investidos, por tanto, de las garantías propias y ocupando la posición institucional que para el ejercicio de dicha función la misma Constitución determina (art. 117, apartados 1 y 2 CE)".

En tal sentido, resulta útil mencionar el caso de un juez español encargado del Registro Civil, el cual se negó por motivos de conciencia a tramitar el expediente matrimonial de dos personas del mismo sexo.

Este supuesto fue resuelto por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el cual, en su Acuerdo de 22 de noviembre de 2006, desestimó el recurso de alzada interpuesto por el mencionado juez en el que alegaba el derecho a ejercitar la objeción de conciencia.

En su argumentación, el Acuerdo señala que el juez encargado del Registro Civil sigue siendo juez y perteneciendo al Poder Judicial, estando por tanto sometido a su normativa.

Igualmente, pone de manifiesto la inexistencia en el ordenamiento español de un derecho general a la objeción de conciencia derivado del artículo 16 de la Constitución y alegable, por tanto, frente a cualquier deber legalmente establecido.

Por ello, concluye que *“Sólo el previo reconocimiento constitucional o legal de ésta (la objeción de conciencia) hace legítimo su ejercicio. Reconocimiento de un eventual derecho de los jueces encargados del Registro Civil que no se contempla en nuestro ordenamiento”*.¹²⁴

4.6.8. Fuera de Europa, en Canadá, el tema también ha provocado polémicas y soluciones judiciales encontradas. En tal sentido, a lo largo del año 2003 diversos Tribunales provinciales concluyeron que la exigencia de diversidad de sexos para contraer matrimonio era discriminatoria y por tanto, inconstitucional.

Para evitar situaciones distintas en unas y otras provincias, el gobierno federal formuló una consulta al Tribunal Supremo Federal. Este se expresó el 9 de diciembre de 2004, a través de una decisión consultiva¹²⁵, declarando que una eventual reforma legal que admitiese el matrimonio entre personas del mismo sexo no sería contraria a la *“Charter of Rights”*,¹²⁶ si bien tendría que garantizar el derecho a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos llamados a participar en la celebración del matrimonio.

Poco después, se aprobó la ley federal de 20 de julio de 2005, que regula el matrimonio entre personas homosexuales con los mismos derechos y deberes que el de las heterosexuales.

Luego de esta manifestación, afirma, en el Fundamento Jurídico 6, que *“en su condición de encargado del Registro Civil, el Juez, en el ejercicio de las funciones que al respecto le han sido encomendadas (...) no ejerce jurisdicción ni, por consiguiente, su actuación puede ser calificada como jurisdiccional. Cualidad que, como es lógico, tampoco revisten las decisiones o resoluciones que pueda dictar en el ejercicio de sus funciones como encargado del Registro Civil”*.

Por su parte, el Auto 508/2005, de 13 de diciembre, repite literalmente las anteriores argumentaciones en sus Fundamentos Jurídicos 5 y 6.

124 En dicho Acuerdo, dos Magistrados integrantes del Consejo, partiendo de la distinción entre la función jurisdiccional y la registral -y de la equiparación de esta última a la ejercitada por el resto de los funcionarios- propugnan la aplicación directa del artículo 16.1 de la Constitución y, por tanto, el apartamiento del juez del expediente en cuestión.

125 Reference re Same -Sex Marriage, [2004], S.C.R.698, 2004 SCC 79).

126 La referencia es a la *“Carta Canadiense de Derechos y Libertades”*, declaración de derechos contenida en la Primera Parte de la Constitución de 1982. La Sección 1 determina que los derechos y libertades se garantizan sometidos únicamente a los límites razonables impuestos por la ley tal como se demuestren justificados en una sociedad libre y democrática.

4.6.9. Esta resolución del Tribunal Supremo canadiense ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional español, que la menciona de forma expresa y acoge su figura metafórica de la Constitución como un “árbol vivo” (Fundamento Jurídico 9) al expresar: “.....se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un “árbol vivo”, –en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo– que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.”

Prosigue: “Ello no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.”

En el Fundamento 9 de la sentencia del Supremo Tribunal Constitucional 198/2012,¹²⁷ se recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

4.6.10. Dicho Tribunal Europeo ha entendido que el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede imponer a ningún Estado la obligación de habilitar el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y continúa reconociendo que “el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra”, absteniéndose de imponer su propia apreciación sobre el matrimonio a “las autoridades nacionales que son las mejor situadas para apreciar las necesidades de la sociedad y responder a ellas”.

Por tanto, en esta materia no se puede descartar una evolución de la jurisprudencia europea en el mismo sentido que ha ocurrido con las personas transexuales, ya que en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Europeo pasó de considerar imposible para los transexuales casarse con una persona del sexo opuesto a su nuevo sexo, por ser contrario al artículo 12 del Convenio,¹²⁸ a sentenciar que “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”.¹²⁹

4.6.11. En este tema, resulta importante hablar de la ética del juzgador, lo cual implica referirse a la ética judicial y por esta, en rigor, nos estamos refiriendo a la ética de la Judi-

¹²⁷ Se trata del asunto Schalk y Kopf vs. Austria, de 24 de junio de 2010.

¹²⁸ Es el caso del asunto Rees vs. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986.

¹²⁹ Asunto Christine Goodwin vs. Reino Unido, de 11 de julio de 2002.

catura. Esta implica que quienes integran como magistrados el Poder Judicial procedan con independencia, integridad y neutralidad, dándole una solución justa, rápida y en forma eficiente a los litigios o asuntos en que son llamados a resolver.

Esta ética comprende variadas cuestiones relacionadas con la moral, con los deberes morales o deontología, con el imperio del Derecho y con las exigencias que el ejercicio del cargo le impone al funcionario que lo desempeña a fin de que, siendo mejor persona, pueda alejarse de toda duda, menoscabo o entredicho respecto del cumplimiento de sus funciones o de su comportamiento personal, logrando el prestigio para la Institución que representa y asumiendo la conducta debida de un funcionario estatal dedicado a tan delicada tarea.

En el caso del Juez, interesa la ética judicial¹³⁰ como valor moral que intenta establecer criterios o normas de conducta, con exigencias que le son impuestas como profesional del derecho que desempeña la actividad de juzgar en asuntos controversiales, pues tiene la autoridad para ello y que no se halla exento de respetar determinados deberes respecto al bien en general que debe perseguir, así como a las normas y valores de índole moral que debe observar.

Puede decirse, entonces, que en tanto la ética resulta inseparable de lo humano, la ética judicial es inseparable de la actividad del juez.

Para concluir, conforme lo señalado por prestigiosa doctrina,¹³¹ visto que lo pretendido por los jueces que puedan objetar no es perpetrar un acto de desobediencia frente a una norma u orden superior sino ante un mandato o contenido normativo que represente una lesión de un específico imperativo moral del sujeto –no una mera opinión-, permitir, para ese caso concreto, el uso del mecanismo previsto para su sustitución por otro juez no afectado, sin quiebra de los derechos de nadie, pues los contrayentes del mismo sexo podrían igualmente casarse, sería puro respeto a su derecho fundamental a la libertad ideológica y de conciencia.

4.7. Laboral

Esta forma o modalidad de objeción de conciencia se plantea cuando una persona, ligada por un vínculo laboral, se niega a cumplir con una tarea u orden determinada pues, a su juicio, realizarla o cumplirla violentaría su conciencia o principios morales.

Si bien su consagración es bastante reciente, cada vez con mayor frecuencia se van dando situaciones de esta categoría, de la mano de la globalización y de los consecuentes desplazamientos de trabajadores de una zona a otra del planeta, donde se asientan con sus creencias y particulares modos de vida, comprensivo de su religión, costumbres, vestuario, idioma, etc.

Pueden citarse como casos de esta modalidad, a los trabajadores que se niegan a rea-

130 La Acordada de la Suprema Corte de Justicia 7688, de 28 de julio de 2010, declaró con fuerza de tal los principios de la Ética Judicial Iberoamericana, contenidos en la Parte I del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santo Domingo, en junio de 2006.

131 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 510.

lizar cualquier tipo de actividad en días de descanso o fiestas religiosas o que, inclusive, vinculada con la modalidad anterior de objeción académica, se niegan a enviar a establecimientos educativos a sus hijos en tales ocasiones.

También se plantearía la objeción cuando un empleado insistiera en realizar celebraciones religiosas en la empresa en que trabaja, por ejemplo, orando hacia La Meca cinco veces al día, como es de rigor en todo buen musulmán, o llevar pelo largo y barba en labores que no lo admitirían, como cuando se manipulan alimentos.

En los EEUU, la fundamental *Civil Rights Act*, de 1964, que significó un importante avance legislativo para superar los conflictos y la discriminación motivada en la raza, sexo, origen, trabajo y religión, exige que los empleadores faciliten un tratamiento particular (adaptación razonable) a aquellos trabajadores con peculiares necesidades religiosas, salvo que ello implique una excesiva imposición.

En el Derecho norteamericano, los Tribunales han sentado precedentes favorables a los objetores de conciencia, siendo la tendencia tanto a nivel legislativo como jurisprudencial ante el conflicto que plantea la objeción de conciencia, la de obligar a los sujetos de la relación laboral (empresario, trabajador y en su caso, sindicato) a buscar un arreglo o acuerdo a través de la referida “acomodación (o adaptación) razonable”.

La doctrina nacional¹³² ha expresado que el “derecho de acomodo del trabajador” se corresponde con una auténtica “obligación de acomodar” por parte del empleador, quien tiene que realizar los ajustes necesarios en el ámbito laboral para respetar alguna característica de los trabajadores que rechazan realizar determinadas funciones.

Se trata entonces de que todos, en lo que aquí concierne en el ámbito laboral, ya sea en el sector público o en las empresas privadas, se adapten y respeten la práctica de la diversidad de credos, en tanto ello no les ocasione un gravamen excesivo o indebido.

Como antecedente jurisprudencial, puede citarse el “caso Thorton”,¹³³ conforme al cual un trabajador de religión presbiteriana, Donald Thorton, que ocupaba un puesto de trabajo en la ciudad de New England, Connecticut, como gerente de una cadena de almacenes, se rehusó a continuar trabajando los días domingos, pues se consideraba moralmente obligado a respetar ese día como sagrado.

Si bien se le ofrecieron alternativas como forma de acomodar su conciencia a los deberes de la empresa, como ser trasladado a una tienda de Massachusetts, que cerraba los días domingos, o bien continuar en su localidad, pero en otro cargo de menor responsabilidad e inferior salario, el trabajador no las aceptó.

132 VERGARA, Victoria y GUTIERREZ, Gianni, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: “TODAVÍA HAY JUECES EN BERLÍN...Y TAMBIÉN EN URUGUAY”, en *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 26 (2014), p. 104. En el trabajo citado, la referencia se realiza respecto de la conducta del Ministerio de Salud Pública y el llamado “derecho de acomodo”, ante la Sentencia del TCA 297/014, que se comenta en el Capítulo 10.

133 Citado por IVANOFF, Klaudia, “Objeción de Conciencia en el ámbito laboral vinculada a la creencia adventista sobre el sábado como día de reposo”, en *DERECHO Y RELIGIÓN, Recopilación de estudios del Curso de Posgrado 2011*, (ASIAÍN, Carmen, coordinadora), Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2012, p. 176.

El Supremo Tribunal del Estado y la Suprema Corte estimaron que la ley era inconstitucional, pues privilegiaba la observancia del sabbath (día de reposo para los adventistas *sabbarian*) y de las objeciones de conciencia derivadas, las cuales prevalecían automáticamente sobre otros legítimos intereses seculares presentes en la organización del trabajo, no respetando el derecho del trabajador presbiteriano a ejercer la objeción, concluyéndose que el Estado, a través del dictado de normas confusas, no respetaba dicho principio.

En Europa, la Directiva 2000/78/CE (Consejo de Europa), de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a través de la que se pretende armonizar la legislación de los Estados miembros, prohibiendo tanto la discriminación laboral

directa como la indirecta basada, entre otros motivos, en la religión o en las convicciones.¹³⁴

Señala CAÑAMARES¹³⁵ que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁶ ha puesto de manifiesto que en materia de objeción de conciencia puede resultar también involucrado (además del artículo 2 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al tratarse la objeción académica o educativa) el artículo 14 del Convenio, el que consagra el derecho a la igualdad y su corolario de no discriminación por razones religiosas e ideológicas.

Su relación con la objeción de conciencia se ha puesto de relieve muy especialmente en el ámbito laboral, ante situaciones de discriminación indirecta.

Por tal hay que entender aquella situación provocada por disposiciones o políticas empresariales que son aparentemente neutrales, pero que tienen un efecto adverso para algunas personas por su religión o convicciones, entre otras razones.

Para combatir estas situaciones, la legislación occidental ha precisado que para no incurrir en tal discriminación, aún cuando la obligación cuyo cumplimiento se objeta obedezca a una exigencia laboral de buena fé, el empleador está obligado a atender la objeción de conciencia planteada por sus empleados, salvo cuando le haga incurrir en un gravamen indebido. Se trata del llamado “derecho de acomodación de las creencias religiosas en el ámbito laboral”, ya anteriormente referido.

En suma, se trata de situaciones de difícil solución, pero con un criterio amplio y si no existiesen riesgos para la empresa o para el cumplimiento de las actividades estatales y si resulta razonablemente compatible con los requisitos legales podría, según el caso, verificarse la pertinencia de la objeción.

4.8. Médica

134 CAÑAMARES, Santiago, op. cit., p. 41, nota al pie 10.

135 CAÑAMARES, Santiago, op. cit., p. 41.

136 El Tribunal es conocido también como Tribunal de Estrasburgo, por el nombre de la ciudad del norte de Francia en la cual tiene su sede.

Este tipo de objeción, vinculada a la prestación de servicios sanitarios,¹³⁷ quizás la más extendida junto a la objeción de conciencia militar, básicamente se presenta en dos circunstancias: cuando es el paciente quien la invoca y cuando el personal médico es quien la aduce.

Respecto del paciente, se plantea cuando este se niega a recibir un tratamiento médico determinado, por considerar que atenta contra su integridad moral o contra su libertad de conciencia.

Respecto del personal médico, existen diferentes situaciones que darían origen a esta modalidad.

Sin lugar a dudas la relativa al aborto es de las que ha dado lugar a mayores discusiones doctrinarias, considerándose como la que realmente debe ser objeto de la objeción, planteándose diversas soluciones legales.

Inclusive se la ha relacionado con la objeción de conciencia fiscal, cuando lo recaudado por el Estado por concepto de tributos es destinado a subvencionar los gastos destinados a prácticas médicas relativas al aborto.

Respecto de la modalidad en estudio, se aborda su análisis particular en nuestro país en el Capítulo 7 del presente trabajo.

4.9. Militar

La modalidad más conocida, junto a la objeción de conciencia relativa al aborto, es la relacionada con el cumplimiento del servicio militar obligatorio, que consiste en la negativa a prestar servicio en las fuerzas armadas por entenderse, básicamente, que es una forma de justificar la muerte de otro semejante, lo cual es contrario a los postulados morales y religiosos de diversos grupos.

Puede ser definida como la negativa a cumplir la obligación militar que impone el servicio militar obligatorio o la participación de un sujeto individual en una guerra a través de su reclutamiento forzoso.¹³⁸ Tal negativa encuentra su base en la alegación de motivos de conciencia al servicio militar obligatorio (de orden *común*, conforme la doctrina),¹³⁹ que impiden al sujeto cumplir la obligación impuesta por la norma estatal.

Este tipo de objeción *común*, en su forma menos radical se diluye cuando las legislaciones prevén la opción de un servicio civil como alternativa, más o menos reglamentada, al servicio militar obligatorio.

Podría aportarse, además, una definición más amplia, que comprende la genérica integración al ejército u otros supuestos, como la objeción de conciencia *sobrevenida* (por

137 MORENO DIAZ, Juan Manuel, *El Derecho de Objeción de Conciencia. Caracterización General. Su aplicación específica a las prestaciones de servicios sanitarios*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003. Versión digital disponible en: <http://www.fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/1126>. Fecha de consulta: 22.07.2015.

138 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 82.

139 Autores y *op. cit.*, p. 84.

oposición a la *común*) a la persona luego de su libre incorporación a filas, en aquellos países donde el alistamiento es voluntario, o la objeción de conciencia al servicio armado, pero no estrictamente al servicio militar, que se da frecuentemente entre los miembros de la congregación de los adventistas del séptimo día.¹⁴⁰

Sin embargo, han surgido problemas, más recientemente, cuando se plantea la exención total, lisa y llana, del servicio militar, pero además del servicio civil o prestación sustitutoria, o cuando el sujeto rechaza todo contacto o relación con el sistema de reclutamiento.¹⁴¹ Todo ello se analizará en los siguientes subcapítulos.

4.9.1. Esta negativa o rechazo que implica la objeción a la obligatoriedad del servicio militar tiene su origen, como se viera en el Capítulo 1, en los principios cristianos, cuyos seguidores se negaban a tomar las armas como súbditos romanos, siendo perseguidos y dándoseles muerte por su negativa.

Hasta no hace mucho tiempo, si bien se reconocía, por lo general, la objeción, las leyes imponían a los objetores una prestación sustitutiva o de reemplazo, de naturaleza civil, que implicaba el cumplimiento de actividades de interés social o de utilidad pública.

No se le concibe, entonces, como una exclusión o un beneficio para quien objeta, sino como una compensación, si bien no violatoria de los principios morales que defiende y de su libertad de conciencia. De otra forma, se violentaría el principio de igualdad.

Solía reconocérsele por la doctrina como “la primera objeción”, sobre cuyos parámetros se estudiaba la procedencia o no de las restantes objeciones, pero ese tratamiento preferencial no debe convertirse en paradigmático,¹⁴² tratando de introducir forzosamente las restantes objeciones en la que estamos analizando. Y ello por dos razones.

La primera, es que si se toma como modelo de objeción a la objeción de conciencia militar, tiende a gravarse a las restantes objeciones con peculiaridades que sólo pueden predicarse de esta objeción, pero no en todo caso.

Tal sería el ejemplo de la característica de esta objeción de tener, en su regulación positiva, la doble tendencia a controlar la buena fé del objetor y correlativamente, a establecer una prestación social sustitutoria que haga difícil el mismo fraude.

Sin embargo, esta peculiaridad, hoy en crisis incluso para este tipo de objeción, no puede trasladarse, sin más, a los restantes tipos. Tal sería el caso, con la dificultad notoria de imponer la prestación sustitutoria a los médicos o personal paramédico que objetan a la realización de prácticas abortivas.¹⁴³

La segunda razón, consiste en que los problemas de las objeciones de conciencia son hoy muy diferentes a los que llevaron en los años 50 al protagonismo de esta objeción

140 Autores y *op. cit.*, pp. 82 - 83.

141 Autores y *op. cit.*, p. 85.

142 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 81.

143 Autores y *op. cit.*, p. 82.

de conciencia. Ello por cuanto la misma viene perdiendo parte de su dramatismo, por efecto de las reformas legales realizadas en los países, de forma tal que pensar en las objeciones de conciencia sólo en términos de objeción de conciencia al servicio militar es empequeñecer el discurso¹⁴⁴ en un tema de imprevisibles implicaciones futuras.

Sobre el reconocimiento de la objeción, se citarán algunos casos.

En la región, la República Argentina ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia con gran amplitud, si bien no en una norma de alcance general, a través de la importante labor de la doctrina y de la jurisprudencia, en tanto la República del Paraguay¹⁴⁵ y la República Federativa del Brasil,¹⁴⁶ admiten el derecho en sus Cartas Constitucionales, aunque imponen prestaciones sustitutorias o alternativas a los objetores.

En otros países, la solución es la inversa, prohibiéndose el ejercicio de la objeción de conciencia sea en la propia Norma Constitucional, como es el caso de la República Bolivariana de Venezuela,¹⁴⁷ o por imperio de la Ley, como ocurre en los Estados Unidos Mexicanos.¹⁴⁸

En el sistema interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la objeción de conciencia se recoge implícitamente en el art. 12 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la que se garantiza la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Al encontrarse regulado en la CIDH, los titulares del derecho a la libertad personal pueden dirigirse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) en caso de vulneración de aquel.

El asunto más relevante que ha debido tratar la COIDH en cuanto a libertad religiosa y objeción de conciencia es el caso “Alfredo Díaz Bustos vs Bolivia”, promovido en defensa de la referida persona, Testigo de Jehová, quien se resistía a cumplir sus deberes militares, argumentando razones de orden religioso.¹⁴⁹

Planteado el 08 de enero de 2004 por el Defensor del Pueblo de Bolivia, el caso fue resuelto a través de un acuerdo de solución amistosa entre las partes, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 27 de octubre de 2005.

4.9.2. En los Estados Unidos de Norteamérica, la jurisprudencia ha realizado una muy importante labor para esclarecer los alcances de este instituto.

En tal sentido, ha reconocido diversas modalidades de la objeción militar, que puede ser para todo el servicio armado o específicamente para el ejército, ya sea armado o no. Básicamente, ha expresado que puede ser sobrevenida o selectiva (frente a un conflicto

144 Autores y *op. cit.*, p. cit.

145 Constitución de 1992, artículos 37 y 129.

146 Constitución de 1988, artículos 5 numeral 8 y 143 numeral 1°.

147 Constitución de 1999, artículos 59 y 61 inciso 2°.

148 Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, de 15 de julio de 1992, artículo 1° inciso 2°.

149 Alfredo Díaz Bustos vs. Bolivia, Caso 14/04, Informe No. 97/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 (2005). Versión digital disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Bolivia14.04sp.htm>. fecha de consulta: 28.04.2015.

bélico en particular, como lo fue el de Vietnam), o *in any form* (negándose a participar en la guerra en curso, pero no necesariamente en toda guerra), etc.

También ha establecido la naturaleza jurídica de la objeción militar, afirmando que se trata de un privilegio concedido por el Congreso en determinadas circunstancias, pero no de un derecho constitucional de exención del servicio, entendiéndose que la exención no deriva directamente de la libertad religiosa o de conciencia.

La justicia norteamericana ha aducido diversos motivos de conveniencia para la exención legislativa del servicio, como ser que evita los efectos negativos que en la moral de un grupo militar causaría la presencia de un objetor y por tanto, de un sujeto coactivamente integrado a filas y por ello, disconforme, en quien no sería posible confiar.

También ha reconocido que es más importante respetar la creencia de un sujeto que forzarle al servicio militar y ha afirmado que el reconocimiento de la objeción impide el planteamiento de conflictos sociales.

Ha expresado, asimismo, que el Congreso tiene el poder constitucional, fundamental para la seguridad de la Nación, de sostener la defensa nacional por medio de la guerra y puede, por tanto, discrecional y libremente, tomar o no en consideración las creencias religiosas o morales de los sujetos obligados a prestar el servicio militar.

En definitiva, se advierte que no se considera que se trate de un derecho del ciudadano, sino de un privilegio o mejor aún, de una concesión del Congreso.

Por tanto, el objetor se encuentra en una situación de subordinación frente al poder del Estado, pues la concesión del privilegio es discrecional al no existir una razón jurídica preceptiva para otorgarlo.

4.9.3. En Europa y concretamente en el Reino de España, la Constitución de 1978 recibe de manera directa la objeción de conciencia en los artículos 30.2 y 53.2,¹⁵⁰ relativas al ejercicio del derecho en el caso del servicio militar obligatorio, hoy derogado,¹⁵¹ si bien los artículos 10 y 16 de la Carta, en especial este último, son considerados por la doctrina y jurisprudencia como el fundamento constitucional de la objeción de conciencia, tratándose de aquellas disposiciones sobre las que se centran las mayores discusiones y discrepancias.

En España, entonces, la única forma de objeción de conciencia constitucionalmente reconocida es la referente al servicio militar, enmarcada dentro de la libertad ideológica reconocida en el mencionado artículo 16.

150 El artículo 30.2 de la Constitución Española de 1978 establece que "La Ley fijará las obligaciones militares....y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria."

La Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguló el ejercicio de la objeción de conciencia y de esa prestación.

El artículo 53.2 amplía la garantía del recurso de amparo a la objeción de conciencia al servicio militar.

151 Por aplicación de la Disposición Adicional 13ª de la Ley 17/1999, de 18 de mayo de ese año.

Otro tanto aconteció en la República Argentina con la sanción de la Ley 24.429, de Servicio Militar Voluntario, de 14 de diciembre de 1994.

Por otra parte, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha reconocido otro supuesto de objeción de conciencia, concretamente, respecto de los profesionales sanitarios que se negaron a la práctica de abortos, fundándose en la supremacía de la libertad religiosa o ideológica y por tanto, en el referido artículo 16.

En la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, conocida como “sentencia sobre la legalización del aborto”, aplicable en el ámbito público y privado, el Tribunal Constitucional reconoció que el derecho de objeción de conciencia puede oponerse no sólo frente a prestaciones militares, sino también ante cualquier tipo de imposición que obligue a actuar en contra de las propias convicciones.

4.9.4. En Europa el tratamiento de la objeción con el tiempo ha ido evolucionando. La única referencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la objeción a la misma se haya contenida en el artículo 4¹⁵² en el que al proscribirse los trabajos forzados, se advierte que no tendrán tal consideración el servicio militar o cualquier otro servicio sustitutivo que pudiera establecerse en aquellos países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima.

Fácilmente, se concluye que esta referencia a la objeción de conciencia tiene un carácter tan indirecto e incidental que no puede considerarse como un reconocimiento de dicha institución en el ámbito del Consejo de Europa.

El silencio del Convenio sobre este fenómeno ha sido compensado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa la que, a través de diversas Resoluciones y Recomendaciones, ha puesto de manifiesto que la objeción de conciencia no constituye un instituto autónomo desligado de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, sino que es consecuencia de la libertad religiosa e ideológica reconocida en su artículo 9.¹⁵³

Es así que la objeción de conciencia al servicio militar es la modalidad que mejor permite constatar la evolución de la posición de Estrasburgo en relación con el reconocimiento y fundamentación jurídica de la objeción de conciencia en general.

4.9.5. La posición de la Corte frente a esta modalidad de objeción ha sido tradicionalmente restrictiva. De hecho, la inmensa mayoría de las demandas de reconocimiento fueron declaradas inadmisibles por entender que el artículo 4.3 del Convenio no consagra derecho alguno a objetar la realización del servicio militar ya que, propiamente, condiciona su eventual reconocimiento a las disposiciones internas de cada Estado miembro.

El primer pronunciamiento producido en ese ámbito en relación con la objeción de

152 CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 39.

153 Dicho artículo establece: “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

conciencia al servicio militar corresponde a la ahora desaparecida Comisión de Derechos Humanos, en el caso *Grandrath v. Alemania*.¹⁵⁴

En esta decisión se vino a declarar inadmisibles las demandas presentadas por un Testigo de Jehová que se había negado, por motivos religiosos, a cumplir la prestación social sustitutoria prevista por el Derecho alemán para quienes se declararan objetores de conciencia al servicio militar.

La Comisión sostuvo que la alegada violación de la libertad religiosa debía analizarse a la luz del artículo 4.3 del Convenio, ya que este derecho no ampara la objeción de conciencia militar.

De esta manera, afirmó que los objetores solo tienen derecho a verse eximidos del cumplimiento del servicio obligatorio cuando así se prevea en el ordenamiento interno de cada Estado.

Además indicó que en aquellos casos en que la objeción de conciencia fuera admitida como legítima, los objetores podían ser requeridos para realizar un servicio civil sustitutorio, sin que el reconocimiento de dicha objeción pudiera facultarles para eludir el cumplimiento de dicha prestación.¹⁵⁵

Adicionalmente, la Comisión rechazó las alegaciones de discriminación religiosa del recurrente basadas en que la legislación alemana permitía que otros ministros de culto -católicos, evangélicos y de otras confesiones religiosas- se vieran eximidos del cumplimiento de la prestación social alternativa.

En su opinión, la diferencia de tratamiento no podía considerarse discriminatoria en tanto respondía a una justificación objetiva y razonable, ya que *Grandrath* no podía ser considerado ministro de culto, en tanto era director de estudios bíblicos y desempeñaba algunas tareas de carácter religioso fuera de su horario laboral.

4.9.6. En todo caso, conviene advertir que el Tribunal de Estrasburgo, aún sin admitir la objeción de conciencia al servicio militar, ha reconocido el estatus de objetor de conciencia ante situaciones de discriminación o frente a condenas excesivas por parte del Estado, derivadas del incumplimiento de las obligaciones militares.

Cabe citar a este respecto la Sentencia *Thlimmenos vs. Grecia*,¹⁵⁶ que resolvió un recurso presentado por un Testigo de Jehová que consideraba se vulneró su derecho a la libertad religiosa y a la igualdad al impedirle, después de superar el correspondiente concurso, tomar posesión de una plaza de auditor contable por haber sido condenado penalmente por incumplir el servicio militar.

A juicio del Tribunal, impedir a los objetores el ejercicio de la profesión de auditor

¹⁵⁴ Decisión de Admisibilidad 2299/64, de 12 de diciembre de 1966.

¹⁵⁵ Otras decisiones que siguen la misma doctrina son: *X vs. Austria*, de 2 de abril de 1973 (Decisión de admisibilidad 5591/1972); *X vs. Alemania*, de 5 de julio de 1977 (Decisión de admisibilidad 7705/1976).

¹⁵⁶ Sentencia *Thlimmenos vs. Grecia*, de 6 de abril de 2000.

contable con base en la legislación que excluía a quienes hubieran sido condenados penalmente resultaba discriminatorio, ya que una condena penal basada en las propias convicciones no denota una actitud deshonesto de tal naturaleza que pudiera reducir la capacidad del interesado para ejercer aquella profesión.

Un punto de inflexión en esta tendencia se produjo en el voto particular formulado por la Juez Power en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bayatyan vs. Armenia* (2009),¹⁵⁷ el que resolvió en forma negativa un recurso planteado por un Testigo de Jehová que comunicó a las autoridades nacionales su objeción de conciencia al cumplimiento del servicio armado por motivos religiosos, manifestando al mismo tiempo su disponibilidad para el cumplimiento de un servicio civil alternativo.¹⁵⁸

El actor se dirigió al Tribunal reclamando una revisión de su restrictiva jurisprudencia, invocando que el Convenio Europeo es un “instrumento vivo” cuyas disposiciones han de ser interpretadas a la luz de las normas y estándares legales vigentes que se han ido abriendo al reconocimiento de esta objeción.

En consecuencia, solicitaba a la Corte que reconociera que la condena impuesta por Armenia vulneró su derecho de libertad religiosa en los términos contemplados en el artículo 9 del Convenio.

4.9.7. El Tribunal confirmó la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces, aduciendo que no pueden obviarse las disposiciones del artículo 4.3.b, que deja al arbitrio de

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de octubre de 2009.

¹⁵⁸ En Armenia el servicio militar es obligatorio a partir de los 18 años de edad y quien se niegue a cumplirlo puede ser sentenciado hasta a tres años de prisión. Vahan Bayatyan, testigo de jehová y estudioso de la Biblia, escribió cartas a las autoridades en las que explicaba que servir en el ejército iba en contra de su conciencia y de sus creencias religiosas, pero que estaba dispuesto a realizar un servicio civil alternativo.

Por más de un año siguió solicitando a las autoridades que reconocieran su objeción al servicio militar por motivos de conciencia. Sin embargo, en 2002 lo arrestaron y fue acusado de evadir el servicio militar, siendo sentenciado a dieciocho meses de prisión. El fiscal apeló la decisión, solicitando que se aumentara la pena con el argumento de que la objeción de conciencia era “infundada y peligrosa”. El tribunal de apelación hizo lugar a su solicitud y aumentó la pena a treinta meses de prisión.

Bayatyan recurrió la decisión ante el Tribunal de Casación de Armenia, la última instancia en ese país, que confirmó el fallo del tribunal anterior. Además de ello, se le transfirió a una prisión para cumplir su sentencia junto a presos comunes.

Desde 2001, Armenia es miembro del Consejo de Europa y por tanto, sus ciudadanos pueden apelar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando hayan agotado todos los recursos judiciales disponibles en su país. Eso fue lo que decidió hacer Bayatyan, que en su apelación declaró que su encarcelamiento por negarse a servir en el ejército violaba el artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, solicitando que su derecho a la objeción de conciencia al servicio militar fuera amparado conforme dicho artículo, algo que nunca antes había ocurrido.

El 27 de octubre de 2009, el Tribunal Europeo emitió su fallo. Basándose en casos anteriores y en la definición de libertad de conciencia contenida en el Artículo 9º del Convenio Europeo, sentenció que dicho artículo no protegía la objeción de conciencia al servicio militar.

Bayatyan, que para ese entonces se encontraba en libertad, casado y con hijos, decidió llevar el caso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo admitió, pese a que sólo los acepta en contadas ocasiones.

El 7 de julio de 2011, en Estrasburgo (Francia), la Gran Sala finalmente emitió su veredicto. En el mismo, 16 de los 17 jueces (con la sola oposición de la juez de Armenia) consideraron que su país había violado el derecho a la libertad de conciencia al condenarlo y encarcelarlo sólo por ser objetor de conciencia.

El fallo marcó un hito en la historia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues fue la primera vez que se reconoció que el Artículo 9º del Convenio Europeo amparaba el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Por tanto, para el tribunal encarcelar a un objetor de conciencia, en una sociedad democrática, equivale a violar un derecho fundamental.

los Estados la decisión de reconocer el derecho a la objeción de conciencia. Y añadió que el hecho de que la mayoría de los Estados miembros hayan reconocido en sus legislaciones internas este derecho no puede servir como argumento para entender que aquellos que no lo hayan hecho estén violando las obligaciones del Convenio.

Por ello -concluye el Tribunal- el artículo 9, a la luz del artículo 4.3.b no garantiza un derecho a rechazar el cumplimiento del servicio militar por motivos de conciencia.

Contrariamente, la Juez Power sostuvo en su voto que, a la luz de la doctrina del “instrumento vivo”, el artículo 4.3.b del Convenio -donde ni se reconoce ni se excluye la existencia de un derecho a la objeción de conciencia- no puede servir de “carta blanca” a los Estados para legitimar cualquier medida adoptada frente a los objetores de conciencia.

Consecuentemente, se debe aplicar la doctrina general sobre limitaciones a las libertades, según la cual cualquier injerencia en los derechos reconocidos por el artículo 9 del Convenio debe estar debidamente justificada en una sociedad democrática y resultar proporcionada.

4.9.8. Esta vinculación de la objeción de conciencia con el contenido del artículo 9 del Convenio Europeo ha quedado finalmente consolidada por la Gran Sala¹⁵⁹ del Tribunal de Estrasburgo en su sentencia del caso Bayatyan,¹⁶⁰ donde sostuvo que la condena del objetor entrañó una injerencia en su derecho de libertad religiosa ya que el demandante, Testigo de Jehová, solicitó la exención del servicio militar en razón de convicciones religiosas sinceras.

La Corte puso de manifiesto que, aunque el artículo 4.3, en sí mismo, no reconozca ni excluya el derecho a la objeción de conciencia, una interpretación sistemática del Convenio lleva a concluir que la objeción de conciencia no es algo que quede abandonado al criterio de cada uno de los Estados miembros, sino que cuenta con una cobertura jurídica clara, especialmente al amparo de la libertad religiosa consagrada en el artículo 9 del Convenio.

Al mismo tiempo consideró que dicha injerencia no resultaba necesaria en el marco de una sociedad democrática, desde el momento que existían otras soluciones sustitutorias viables y efectivas para la protección de los intereses legítimos de Armenia -el orden público y los derechos y libertades fundamentales del conjunto de la ciudadanía- como lo demuestran los ordenamientos de otros Estados miembros en los que se admite la objeción de conciencia al servicio militar.

¹⁵⁹ La Gran Sala del Tribunal está compuesta de diecisiete jueces, los que la integran durante tres años mediante un sistema de rotación de dos grupos, que se alternarán cada nueve meses. Para su composición, se tiene en cuenta el equilibrio geográfico y la representación de sexos, intentándose reflejar las diferentes tradiciones legales existentes en los 47 Estados parte.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, dispone: “Artículo 43. Remisión ante la Gran Sala. 1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia.”

¹⁶⁰ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de 7 de julio de 2011.

Por último, conviene indicar que esta doctrina ha sido reiterada en otras decisiones posteriores,¹⁶¹ estimándose la vulneración de la libertad religiosa de objetores que habían sido condenados por su negativa a cumplir el servicio militar, en casos en que la legislación interna no contemplaba ninguna alternativa al servicio armado.

4.9.9. Para concluir, me referiré a tres manifestaciones singulares de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: una, es la llamada objeción de conciencia *total* (también conocida como *insumisión*), otra, la objeción de conciencia por lesión *relativa* de las propias convicciones y la tercera, la objeción de conciencia *selectiva*.

La objeción de conciencia *total* es la forma más radical de objeción, pues el “insumiso” u objetor total se niega no sólo a realizar el servicio militar, sino también a cumplir con la prestación alternativa, de carácter social o civil.¹⁶²

Por lo general, tales comportamientos son sancionados por las legislaciones, aún cuando la objeción tenga reconocimiento constitucional, imponiéndose pena de prisión cuando el objetor no se presenta a cumplir la prestación sustitutoria,¹⁶³ o pena de multa o de prisión de hasta tres meses, pudiendo además el objetor sufrir el confinamiento en una institución o campo penitenciario a fin de cumplir la parte del servicio civil que le reste.¹⁶⁴

Otros países, en cambio, protegen a los insumisos, previendo la ley la exención de todo servicio, militar o civil respecto de los miembros de confesiones religiosas que presumiblemente rehúsen cumplir cualquier clase de servicio religioso,¹⁶⁵ aunque en la práctica sólo se ha aplicado a los Testigos de Jehová.

4.9.10. La objeción de conciencia *relativa*,¹⁶⁶ ha sido definida por la jurisprudencia norteamericana, basándose no en la disponibilidad para tomar las armas, que no es propiamente impuesta, pero sí erigida en condición para obtener un beneficio o cargo público.

El típico caso de esta modalidad, es el de aquellos que veían rechazada su solicitud de nacionalización en los EEUU a causa de sus convicciones pacifistas, pues no estaban en situación de ser juramentados para defender al país contra todo enemigo interior o exterior, condición necesaria conforme la “Naturalización Act” de 1906 para obtener la ciudadanía.

El Tribunal Supremo había interpretado que el texto del juramento incluía la disponibilidad para intervenir activamente con las armas en un hipotético conflicto bélico. Ello cambió en 1946,¹⁶⁷ ante el recurso planteado por un miembro de la congregación adventista del séptimo día, que admitía la prestación del servicio militar, pero no con armas.

161 Sentencias Eçerp vs. Turquía, de 22 de noviembre de 2011; Savda vs. Turquía, de 12 de junio de 2012 y Tarhan vs. Turquía, de 12 de junio de 2012.

162 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 108.

163 Es el caso de Finlandia, donde por lo común la detención no excede de seis meses.

164 Es el caso del Reino de Noruega.

165 Es el caso del Reino de Suecia.

166 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 108.

167 Caso Giraud vs. United States, 328 US, 61 (1946).

4.9.11. La objeción de conciencia *selectiva*, es aquella en la que el objetor se rehúsa a combatir en una determinada guerra, como lo fuera el caso del conflicto en Vietnam de los años sesenta y setenta del siglo XX.

Tal fue el caso resuelto por el Tribunal Supremo de EEUU,¹⁶⁸ en forma negativa al planteo que pretendía que los objetores se acogieran a la “Selective Service Act” de 1967, alegando que interpretar esa exención como aplicable sólo a quienes objetaban contra toda clase de guerra iba contra las dos cláusulas religiosas de la primera enmienda constitucional, la garantía de la libertad religiosa y la separación entre religión y Estado.

El Tribunal rechazó el argumento,¹⁶⁹ basando su decisión en que dos obstáculos de importancia impedían admitir la operatividad de la oposición a una guerra concreta.

Por un lado, la dificultad notable para definir qué clase de convicciones revisten la necesaria profundidad para conceder la exención del servicio armado, por fundarse en graves imperativos de conciencia.

Por otro lado, admitir tal posibilidad conduciría a que los tribunales realizaran una compleja indagación de los motivos reales de la objeción, con el riesgo de acabar en una valoración subjetiva de las creencias personales y de crear una apariencia de arbitrariedad en la selección de reclutas, minando el espíritu de público servicio que debe impregnar las prestaciones militares de los ciudadanos.

A juicio del Tribunal, el interés del Estado en garantizar un sistema adecuado de selección de reclutas, constituía una razón suficientemente sólida como para justificar la restricción de la libertad de conciencia y afirmar que la legislación impugnada no violaba la separación de la religión y el Estado.

CAPITULO 5. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO

Luego de un análisis del derecho comparado, que se considera de importancia a fin de apreciar la evolución del derecho a la objeción en la doctrina y jurisprudencia, se examinarán los fundamentos jurídicos y el contenido de este derecho en nuestro país.

5.1. A nivel internacional, se han aprobado mecanismos de tutela de los Derechos Humanos, pues la gran mayoría de los Estados están de acuerdo respecto de algunos lineamientos específicos y esenciales que deben seguirse a fin de la protección de derechos tales como la dignidad de los seres humanos, considerado como valor básico¹⁷⁰ que todos los Estados deben preservar cualesquiera sean las consideraciones de nacionalidad, raza, color, etc., o el reconocimiento de los derechos fundamentales de grupos y pueblos, entre otros.

168 Caso Gillette vs Unites States, 401 US, 437 (1971).

169 NAVARRO - VALLS, Rafael y MARTINEZ - TORRON, Javier, *Conflictos...*, p. 109 - 110.

170 PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, en *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*, Montevideo, FCU, Tomo 2, 2008, p. 42.

Diversos instrumentos consagran un sistema de protección amplio y garantista; así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 18° y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en el artículo 18°.¹⁷¹

En similar sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y en el ámbito europeo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con el Protocolo n° 11, celebrado en Roma, el 4 de noviembre de 1950.¹⁷²

5.2. En Europa y concretamente en España, la Carta de 1978 así como la ley 48/1984, de 26 de diciembre, consagraron y delimitaron con precisión la existencia del derecho a la objeción, así como su contenido, en el artículo 30 ordinal 2 de la Carta¹⁷³ y en el preámbulo del texto legal.

Este expresa: “*PREAMBULO. El reconocimiento constitucional de la libertad ideológica,*

171 Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948:

“Artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, **de conciencia** y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.” (destacado del autor).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, aprobado por ley 13.751, de 11 de julio de 1969:

“Artículo 18. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, **de conciencia** y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.” (destacado del autor).

172 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ratificada por ley 15.737, de 08 de marzo de 1985, artículo 15:

“Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión:

“1. Toda persona tiene derecho a **la libertad de conciencia** y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o **de creencias**, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.. A

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con **sus propias convicciones**.” (destacado del autor).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con el Protocolo n° 11. Roma, 4 de noviembre de 1950:

“Artículo 9 - Libertad de pensamiento, **de conciencia** y de religión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, **de conciencia** y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o **de convicciones**, así como **la libertad de manifestar** su religión o **sus convicciones** individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. **La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.**” (destacado del autor).

173 Véase lo expresado en notas al pie 162 y 163.

religiosa y de culto *implica* más allá de la protección del derecho de las personas a sustentar la ideología o religión que libremente elijan, *la consagración del derecho a que los comportamientos personales se ajusten en cuanto no lesionen ningún bien social, a las propias convicciones*". (destacado del autor).

Se consagra entonces el derecho de toda persona de actuar de acuerdo con los principios y valores que cree deben orientar su vida, sin que nada ni nadie pueda coartar su libertad.

Como ha expresado un destacado doctrino español,¹⁷⁴ de esos principios y valores se desprende "el derecho inalienable del hombre a negarse válidamente a actuar en contra de sus creencias, cualquiera sea su situación jurídica. Derecho frente a todos y por supuesto, frente a los poderes públicos, sea simple administrado o se encuentre en una situación de especial sujeción.

Esta es la razón de que la objeción de conciencia pueda oponerse, no solo frente a las obligaciones militares, como prevé expresamente el art. 30.2 de la Constitución y regula la Ley 48/1984, sino frente a cualquier tipo de imposición que obligue a actuar en contra de sus propias convicciones. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia número 53/1985, de 11 de abril, conocida como sentencia sobre la legalización del aborto."

5.3. Sin embargo, en España existen diversas opiniones doctrinarias respecto de la norma constitucional que consagra el derecho de objeción de conciencia. Una parte de la doctrina, mayoritaria,¹⁷⁵ afirma que el artículo 16 de la Carta citada es el fundamento constitucional del instituto, pues garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto, entre las que se encontraría comprendida la libertad de creencias o de confesión o de conciencia.

Otros autores¹⁷⁶ no concuerdan con esta posición y expresan que la mención realizada en el artículo 16 sólo se refiere a la estricta intimidad, a seguirse en el comportamiento los dictados de la propia conciencia.

Se ha planteado, inclusive, que la objeción se trataba de un "derecho constitucional autónomo", pero no de un "derecho fundamental", pues se le consideraba un derecho a la exención de un deber constitucional (en referencia al derogado deber de servicio militar obligatorio), si bien se admitía que se encontraba protegido por el recurso de amparo.¹⁷⁷

Finalmente, parte de la doctrina¹⁷⁸ estima que la posibilidad de ejercer el derecho de objeción dependerá de la concepción que se considere prevalece en la Constitución.

174 GONZALEZ PEREZ, Jesús, "LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 11, Número 11, (2011), p. 27.

175 SIEIRA MUCIENTES, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, pp.35 - 36.

176 CASTILLO TORRES, Gerardo, *op. cit.*, pp. 41- 43.

177 SANCHEZ GOYANES, Enrique, *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMENTADA*, 23ª Edición, Madrid, Thomson & Paraninfo, 2005, p. 78.

178 GONZALEZ PEREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 28.

En tal sentido, si se parte de una concepción positivista, sólo sería admisible el derecho en los supuestos en que esté expresamente reconocido y por tanto, en España, en el ámbito sanitario, sólo en los abortos en que se presenten las circunstancias establecidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2010, de 03 de marzo, que regula el régimen del aborto o interrupción voluntaria del embarazo. Se establece expresamente, en su ordinal 2, inciso 2º, que los profesionales de la salud tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia.

En cambio, para otros autores, la Constitución consagra como principio rector del ordenamiento jurídico español a la persona y su dignidad, con base en el artículo 10.

Por tanto, la objeción constituye un derecho fundamental a negarse a realizar cualquier prestación o actividad en razón de una profunda convicción de orden religioso, ético, moral o humanístico u otra de la misma naturaleza.

5.4. Sin embargo, al tratar de precisarse los límites a la objeción de conciencia debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de Estrasburgo ha señalado, de forma constante, que la libertad religiosa sobre la que se basa, no habilita a que el individuo pueda comportarse en todo momento conforme con sus propias convicciones.^{179 180}

Consecuentemente, las posibilidades de realización de la objeción de conciencia serán también limitadas, debiendo enmarcarse dentro de los límites al libre ejercicio de la religión que se contemplan en el Convenio.

Dicho de otro modo, las objeciones de conciencia podrán ser válidamente desestimadas cuando ello resulte necesario en una sociedad democrática para salvaguardar algunos de los legítimos intereses enumerados en su artículo 9, debiéndose aplicar, en todo caso, un criterio de proporcionalidad que asegure que la libertad del individuo sólo padezca en la medida imprescindible para la salvaguarda del interés que se considera preponderante.

A la hora de ponderar cuándo y en qué medida una objeción de conciencia puede colisionar con algunos de los intereses legítimos mencionados, el Tribunal de Estrasburgo ha venido reconociendo a los Estados miembros un amplio “margen de apreciación”.¹⁸¹

Esta doctrina descansa en el criterio de que son las autoridades nacionales las que, por su proximidad a la realidad social en que el Convenio ha de ser aplicado, se hallan mejor situadas para valorar la necesidad de restringir el ejercicio de los derechos, esto es, pueden apreciar mejor las exigencias que comporta la protección del interés público y correlativamente, valorar, con mayor precisión, la necesidad de introducir limitaciones.

En consecuencia, el alcance de una concreta modalidad de objeción de conciencia puede ser distinta en uno y otro Estado, sin perjuicio del control del “margen de apre-

179 CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 42.

180 Sentencia Kalaç vs. Turquía, de 1º de julio de 1997, apartado 27.

181 Sobre la doctrina del “margen de apreciación” del Tribunal de Estrasburgo: MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Límites a la libertad religiosa y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, cit., en <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle-revista.asp>, citado por CAÑAMARES, Santiago, *op. cit.*, p. 41, nota al pie 13.

ciación” por el Tribunal, que lo aceptará en la medida en que no implique restricciones injustificadas de la libertad religiosa e ideológica de los ciudadanos.

5.5. Por último conviene advertir que, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo, para que la restricción de las libertades reconocidas en el Convenio sea válida es necesario, ante todo, que se encuentre prevista por la Ley, entendido este término en su acepción «material» y no «formal», esto es, incluyendo las normas de rango infralegislativo y la jurisprudencia que lo interpreta, puede decirse, el derecho escrito.

En definitiva, se trata de garantizar que los ciudadanos estén en condiciones razonables de conocer y de prever los efectos jurídicos de sus actos, lo cual es especialmente relevante en materia de objeción de conciencia.

CAPITULO 6. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL URUGUAY. SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En nuestro país, el tema de la objeción de conciencia se ha planteado tardíamente, si lo comparamos con el resto de los países del Mercosur, o aún en relación con los demás países del contexto latinoamericano.

Claramente desde antes de la sanción de la ley 18.473 y más de tres años después, de la ley 18.987, ni el legislador ni la doctrina se habían ocupado del tema y sólo algunos casos, relativos a la negativa de personas pertenecientes a los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, habían llegado a nuestros tribunales.

Pero así como en el concierto internacional los casos de objeción de conciencia han ido aumentando, originándose una valiosa doctrina y jurisprudencia, Uruguay encaró temas sensibles para la comunidad a través de la Ley, que significaron que el instituto jurídico de la objeción de conciencia irrumpiera en nuestro Derecho y comenzara a originar controversias.

No se pretende abordar ahora esos debates, sino realizar un estudio jurídico de la objeción, conforme las normas constitucionales aplicables y las opiniones doctrinarias sobre el tema.

6.1. En tal sentido, interesa referir, siquiera brevemente, a los artículos 7, 10, 54, 72 y 332 de la Carta vigente, para ingresar luego en el análisis de las disposiciones de las leyes 18.473 y 18.987 relativas al tema en estudio.

En nuestro país,¹⁸² todo el Sistema de Derechos Fundamentales de la persona humana, se asienta en los preceptos contenidos en los citados artículos 7º, 72 y 332 que **son la base del Estado de Derecho** y constituyen la esencia del reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de todos los habitantes.¹⁸³

Los artículos 72 y 332 reconocen todos los derechos naturales que tiene una persona

182 JAVIER, Juvenal, “EL CONFLICTO.....” citado, p. 48.

183 CORREA FREITAS, Rubén, *DERECHO CONSTITUCIONAL.....*citado, Tomo I, pp. 236 - 240.

por el mero hecho de ser un individuo de la especie humana, en tanto el artículo 7º, que será analizado con mayor detenimiento, supone el reconocimiento de derechos concebidos como anteriores o preexistentes a la Constitución, para los cuales garantiza el GOCE.

Respecto del artículo 7 de la Constitución y la privación de derechos por ley, señalaba JIMENEZ DE ARECHAGA que la referencia fue objeto de arduas discusiones en la Subcomisión de reforma de la Constitución, lo que detalla ampliamente en su libro.¹⁸⁴

Señala que el Dr. Ramón Bado, en posición que comparte, planteó que la disposición no consagra el derecho a la vida, al honor, al trabajo, sino que consagra el DERECHO a obtener del Estado la garantía del derecho a la vida, al honor, al trabajo¹⁸⁵ (actualmente señala la doctrina que se consagra la protección en el goce de tales derechos).

Concluye el Profesor que la ley, por razones de interés general, puede privar al habitante del derecho a ser protegido por el Estado en el goce de la propiedad, del honor, del trabajo, etc, derechos a los que denominaba derechos fundamentales, pero no del derecho mismo, pues este es inherente a la persona humana.¹⁸⁶

Agregaba, sin embargo, que está fuera de cuestión que la ley, aún fundada en razones de interés general, pueda privar de derechos que son inherentes a la condición humana, de acuerdo a lo que prevé el artículo 63 de la Constitución (en referencia a la Carta de 1934 que comenta, ACTUAL ARTÍCULO 72 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1967).¹⁸⁷

Sobre el concepto de “interés general”, el Maestro¹⁸⁸ señala que además de ser consagrado por el constituyente con el ánimo de restringir los poderes de regulación conferidos al Parlamento, esto se ve reforzado por la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad del juicio formulado por el legislador acerca de las conveniencias del interés general.¹⁸⁹

184 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*, Montevideo, Organización Medina, s/f, Tomo II, pp. 15 - 21.

185 *Op. cit.*, p. 17.

186 *Op. cit.*, Tomo II, p. 17.

187 Expresaba JIMENEZ DE ARECHAGA: “Importa decir, exclusivamente, que la ley, por razones de interés general, puede privar al habitante del derecho a ser protegido por el Estado en el goce de la libertad, de la propiedad, del honor, etc. Está fuera de cuestión la posibilidad de que la ley, aún fundada en razones de interés general, pueda privar de derechos que son inherentes a la condición humana, de acuerdo con lo que prevé el artículo 63 de la misma Sección II de la Constitución.” en *op. cit.*, Tomo II, p. 17.

188 *Op. cit.*, Tomo II, p. 22.

189 Sobre el interés general, el Profesor ROTONDO señala que “.....la Administración tiene a su cargo la gestión del interés general, expresión jurídica del bien común, con arreglo -sustancial y formal- a los principios y normas del Estado de Derecho, reglas jurídicas que han incorporado criterios de buena administración. Se distingue, pues, de la actividad privada en la medida que corresponde a órganos estatales y se dirige a la satisfacción del interés general normativamente especificado. A esos efectos ejercita el poder público que se manifiesta en diversas **potestades** (reglamentaria, expropiatoria, de mando, etc.) que incide en las situaciones subjetivas activas y pasivas de los administrados. El interés general que legitima las manifestaciones del poder exige, otras veces, **sujeciones** más estrictas que las que someten a los particulares entre sí; por ejemplo, mecanismos especiales para elegir co-contratantes, fundamentación expresa de las decisiones a las que se llega a través de un procedimiento con formas preceptivas, publicidad de las actuaciones, etc. (.....). El interés general que legitima las potestades, implica una situación de hecho que permite a cada persona, cuerpo intermedio y al propio Estado su coexistencia y desarrollo, en la consecución de sus respectivos fines; la administración, como rodaje del Estado, no puede perder de vista que su razón de ser es el bien de la comunidad y, en última instancia, el de la persona, actúe esta en forma individual o asociada ya que, de otro modo, el interés general sería una falacia.” (negrillas del original),

La Constitución, señala, no aporta un concepto, pero el interés general deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad.

Por tanto, debe entenderse que el control de la Suprema Corte de Justicia se ejerce para restringir los poderes de regulación.

De todas formas, otras disposiciones constitucionales en cierta medida contienen o limitan esta noción de interés, poniendo una valla a las normas que el legislador dicte en función de este concepto.

Como ejemplo, señalaba que la Constitución consagra el derecho a la igualdad; por tanto, una restricción de derechos en vista del interés general estará limitada, al mismo tiempo, por el principio de que todos los hombres son iguales ante las leyes.

De tal modo, no será conforme a la Constitución la ley que, para defender el interés general, pueda herir de distinta manera, en distinto grado, con diferente intensidad, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS HABITANTES.¹⁹⁰

Respecto de la naturaleza jurídica de los derechos garantidos (conforme el texto original de la obra del Maestro), señala que no es la condición de miembros del Estado la que confiere el derecho a la protección constitucional de estos aspectos de la libertad individual sino, simplemente, la calidad de habitante de la República, considerándose tal a quien tiene su domicilio en la República y al simple transeúnte o turista.¹⁹¹

En suma, el artículo 7º protege a todos quienes habitan en la República, aún momentáneamente, en el goce de sus derechos, hallándose comprendida la libertad de conciencia y la dignidad humana, incorporadas como tales por el artículo 72 de la Carta.

6.2. En síntesis, el artículo 7º no consagra el derecho a la vida, pues la Constitución parte de la base de que **el derecho a la vida** es preexistente a la propia Carta, no depende de la voluntad del Constituyente, porque siendo inherente a la personalidad humana puede invocarse por todo ser humano, aunque la Constitución nada dijese al respecto.

Por otra parte, los derechos enumerados en este artículo 7º no parecen tener una relación jerárquica u orden de prelación entre sí, según el orden en que son enunciados en la disposición constitucional.

Sin embargo, en el caso del derecho **A LA VIDA**, ubicado en primer lugar en dicha enunciación, se entiende sin hesitaciones que se trata del derecho por excelencia de todo ser humano,¹⁹² porque si no existe no pueden existir los demás derechos y libertades, como el derecho a la libertad, el honor, la seguridad, el trabajo y la propiedad.

En este artículo 7º, puede distinguirse entre derechos (“BIENES HUMANOS”, para

ROTONDO, Felipe, *Manual de DERECHO ADMINISTRATIVO*, 8ª edición, Montevideo, Tradinco S.A., 2014, pp. 311 - 312.

190 *Op. cit.*, p. 23.

191 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *Op. cit.*, Tomo II, pp. 23 - 24.

192 CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, pp. 240 y sgtes.

CASSINELLI MUÑOZ)¹⁹³ primarios y secundarios.

Los derechos Primarios son los derechos a la vida, al honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad.

Todos ellos son preexistentes a la Carta, anteriores y superiores al Estado y le pertenecen naturalmente a todo ser humano, conforme lo precedentemente expuesto.

Por su parte, los derechos Secundarios, dicen relación con la protección en EL GOCE del derecho al honor, la protección en el GOCE del derecho a la libertad, la protección en el GOCE del derecho al trabajo, etc.

Estos derechos secundarios, son LOS QUE SI CONSAGRA la Constitución, partiendo de la base de que los derechos Primarios preexisten a la Carta. Esta lo que asegura es la protección en EL GOCE DEL DERECHO NATURAL a la vida, al honor, a la libertad, etc.

6.3. Respecto a la privación o limitación de estos derechos, ello sólo puede tener lugar conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general, según reza el artículo 7º párrafo final.

Ello quiere decir que el derecho SECUNDARIO a ser protegido en el GOCE de los derechos a la vida, al honor, a la libertad, etc., sólo puede limitarse, privarse o restringirse por LEY, en sentido orgánico-formal, conforme lo previsto en el artículo 133 y ss. de la Carta, APROBADA POR RAZONES (aplicación del Principio de Razonabilidad) DE INTERÉS GENERAL.

En Uruguay,¹⁹⁴ por Ley pueden limitarse los derechos establecidos en la Carta, CONFORME ESTABLECE EL ARTÍCULO 7º EN SU PARTE FINAL. La limitación o restricción debe cumplir, entonces, con una doble garantía: a) se materializa a través del principio de “reserva legal” y b), debe fundarse en “razones de interés general”, que pueden involucrar también la “necesidad pública”, la “seguridad” o la “higiene pública”, etc.¹⁹⁵

Debe precisarse, de todos modos, que las limitaciones son siempre de excepción, deben ser interpretadas como garantía de los derechos y ser imprescindibles para armonizar derechos humanos entre sí.

En ese sentido, la doctrina constitucional más autorizada, ha destacado el “CONDICIONAMIENTO RECÍPROCO” existente entre los diversos derechos fundamentales.

HÄBERLE precisa al respecto: “Todos los derechos fundamentales se encuentran en una relación más o menos estrecha entre sí. Se garantizan y se refuerzan recíprocamente”.¹⁹⁶

193 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo”, en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, T. XXVI (1993), pp. 5 y sgtes.

194 JAVIER, Juvenal, “EL CONFLICTO.....” citado, p. 50.

195 RISSO FERRAND, Martín, *ALGUNAS GARANTÍAS BÁSICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2011, p. 139.

196 HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, traducción del italiano de Carlos RAMOS, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 66.

Ante la ausencia de jerarquías o rangos preestablecidos entre los derechos fundamentales, ya referida, se ha recurrido a destacar el “*condicionamiento recíproco*” existente entre ellos, basado en el principio de que todos los derechos fundamentales **tienen una relación más o menos estrecha entre sí y se refuerzan mutuamente**, por lo que se impone la necesidad de un **obligado equilibrio** entre los mismos.

Esa **armonización de los derechos**,¹⁹⁷ se impone como consecuencia de una adecuada hermenéutica constitucional, que parte de la necesaria **unidad de la Constitución**, haciendo compatible internamente su contenido y evitando la supresión recíproca de disposiciones, al menos en los casos concretos.

Lo dicho conduce a la constatación de que salvo respecto a **la vida** -supuesto de todos los demás derechos humanos- **no hay jerarquías rígidas entre los derechos** ya que no hay fundamento alguno de Derecho positivo para atribuirles diferente “peso”, pretendiendo dar solución, por esta vía, a los supuestos casos de conflictos entre ellos.

6.4. En este contexto,¹⁹⁸ la solución práctica de los problemas que dimanen de la colisión de derechos fundamentales, a mi juicio, puede encontrarse recurriendo al “**CONTENIDO ESENCIAL**” del derecho fundamental, que viene a ser el *límite inmanente* (inherente, inseparable, esencial) del mismo y mediante el cual es posible el equilibrio aludido.

Por eso, partiendo de la necesaria interpretación armónica de los derechos, impuesta no sólo por la unidad del sujeto humano, sino también por la regla general de interpretación constitucional sistemática, **en casos de concurrencia de derechos** la labor del intérprete debe centrarse en pensar cada uno de los derechos en juego desde su “*contenido esencial*”.

De tal forma, podrá determinarse no el “peso” concreto de los mismos para apreciar cuál es más importante o cuál debe rendirse, sino cuál de ellos comparece, cuál debe aplicarse y cuál no en el caso concreto.

Entre las disposiciones constitucionales que hacen referencia a este “*contenido esencial*”, cabe citar la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española de 1978.

La primera, en el artículo 19 ordinal 2, dispone: “En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial” y por su parte, la Constitución española establece en el artículo 53, que “sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades” que la (propia) Constitución consagra.

El “**CONTENIDO ESENCIAL**” del derecho fundamental, puede entenderse como el “*núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el Legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia*”,¹⁹⁹ afectándose su propia existencia, su

197 DELPIAZZO, Carlos, en Prólogo al libro de este autor *Los Servicios Públicos Esenciales. Su estudio en Uruguay, América y Europa*, Montevideo, Editorial Amalio M Fernández, 2012, pp. 9 - 10.

198 JAVIER, Juvenal, *op. cit.*, p. 53.

199 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 30 de noviembre de 2000, citada por REYNA ALFARO, Luis Miguel, en “Proceso Penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el

razón de ser.

Determinar el “*Contenido Esencial*” de un derecho implica mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional, atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable.

El “**contenido esencial**” no es la última valla que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de **ejercicio razonable** de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias.²⁰⁰

Conforme lo expresado, la solución práctica de los problemas que plantea la colisión entre derechos fundamentales, puede encontrarse recurriendo al “*Contenido Esencial*” del derecho fundamental de que se trate, que viene a ser **el límite inseparable** del mismo y mediante el cual se logra el equilibrio antes referido.

6.5. Con respecto a los artículos 10 y 54 de la Constitución uruguaya, cabe expresar que el primero tutela la esfera privada individual de libertad y el segundo, la seguridad de la intimidad.²⁰¹

El artículo 10 resulta complementario de los artículos 7, 72 y 332, por cuanto reconoce que el conjunto de derechos fundamentales configura una esfera de libertad, dentro de la cual la referida a las acciones privadas de las personas que no perjudican a un tercero ni atacan el orden público, no puede ser regulada por el Estado, pues se halla exenta de la autoridad de los gobernantes.²⁰²

Este artículo es considerado por JIMENEZ DE ARECHAGA²⁰³ como una garantía especial de la libertad; considera que la Constitución Nacional, en los artículos 7 y 10, se refiere a la libertad Civil, que es la libertad bajo el Derecho, libertad normada, por oposición a la libertad natural, pero también aquella “zona” que compete al hombre, dentro de la cual puede moverse como le plazca, sin ser jamás afectado por el derecho objetivo.²⁰⁴

Sobre el inciso primero del artículo 10, expresa que constituye uno de los principios fundamentales del sistema democrático, pues lo caracteriza y lo opone abiertamente a los sistemas totalitarios la afirmación del concepto conforme al cual el hombre sólo res-

Derecho Procesal Penal.”, en *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, 2011, pp. 471 y sgtes.

200 DELPIAZZO, Carlos y ROBAINA RAGGIO, Andrés, “Estado de Derecho y ocupaciones”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año V, N° 9, (2006), p. 10.

201 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*, Montevideo, Edición de la Cámara de Senadores, 1999, Tomo I, p. 342.

202 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *DERECHO PÚBLICO* citado, p. 102.

203 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL* citada, Tomo II, pp. 15 - 21.

204 *Op. cit.*, Tomo II, p. 31.

ponde por lo que hace y no por lo que es o por lo que piensa.²⁰⁵

La norma declara exentas de la autoridad de los magistrados las acciones privadas, por lo que se prohíbe que una persona pueda ser castigada o perseguida por sus opiniones, en cuanto ellas no se traduzcan en actos de conducta. El hombre es, entonces, irresponsable por lo que piensa.

Conforme el Maestro, el inciso 2° permite sostener que en el sistema nacional la legislación es la única fuente de derecho, desde que sólo la ley puede prohibir o imponer conductas,²⁰⁶ por lo que vemos consagrado aquí el principio de legalidad o de reserva legal.

De esta manera, la conducta del funcionario, como persona, ajustada a derecho, reclamando por algo que entiende afecta su conciencia o su moral, no resulta perseguible en ningún caso y de ningún modo. Ello no implica, no obstante, que siempre tenga razón o que baste para concedérsele la exención, el simple planteamiento de la objeción.

Lo que la norma tutela es el ámbito privado, el pensamiento, las creencias y la conciencia de la persona, lo cual resulta acorde con las normas jurídicas del derecho de los derechos humanos y con la humanización de los postulados del derecho público.

Por su parte, el artículo 54 protege la seguridad de la intimidad de la persona, debiendo la Ley garantizar la independencia moral y cívica de todo trabajador, incluido el funcionario público.

En el caso de estos, se encuentra garantizada también por el artículo 59 de la Carta, relativo al Estatuto del Funcionario,²⁰⁷ por lo que no puede ser justa causa de destitución de un funcionario su pertenencia a ciertas tendencias filosóficas o su actividad de defensa de determinadas políticas, siempre que sean lícitas.

Para el Profesor BARBAGELATA,²⁰⁸ el artículo 54 significaba una importante garantía que alcanzaba no sólo a los trabajadores, sino a todos los individuos, a quienes daba la posibilidad de poder llegar a formar con libertad sus opiniones y sus creencias para poder luego expresarse con igual libertad. Lo estudiaba, por ello, dentro de la libertad de expresión del pensamiento.

6.6. Ahora bien. Si queremos arribar al fundamento constitucional de la objeción de conciencia en el Uruguay, debemos tener clara la interrelación entre las disposiciones constitucionales mencionadas.

Por tanto, esos derechos reconocidos a texto expreso, directamente en la Carta, caso del artículo 7° o por la vía indirecta, pues son inherentes a la persona humana por el hecho de ser tal, o derivan de la forma republicana de gobierno, como establece el artículo 72, existirán aún cuando no se los enuncie expresamente y tendrán aplicación inmediata

205 *Op. cit.*, Tomo II, p. 35.

206 *Op. cit.*, p. 35.

207 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *op. cit.*, p. 342.

208 BARBAGELATA, Aníbal Luis, *DERECHOS FUNDAMENTALES*, 2ª Edición Actualizada por Miguel Angel Semino, Montevideo, FCU, 2000, p. 74.

y efectiva aún cuando no se haya dictado una norma reglamentando concretamente su aplicación. Así lo dispone el artículo 332 de la Constitución.

Concretamente, la base sobre la cual se implementará su efectividad serán las leyes que traten temas análogos, las doctrinas generalmente admitidas y los principios generales que surjan de la consideración, en su conjunto, de los criterios constitucionales sobre el ordenamiento jurídico.²⁰⁹

Ello además de acudir, en caso de concurrencia de derechos, al “contenido esencial” de cada uno de ellos, como viene de verse en el precedente numeral 6.4.

De tal forma, se hacen valer, desde la Norma Fundamental, los principios generales de derecho en toda su plenitud, aún allí donde no hay norma expresa y están en juego los valores fundamentales para la persona humana que, aunque no reglamentados, deben de todas formas ser aplicados, acudiéndose a tal fin a los mecanismos supletorios que la propia Constitución establece.

Si se trata de objeción de conciencia en Uruguay, a mi juicio, nos referimos al derecho **A LA DIGNIDAD**, relacionado directamente con el derecho a LA VIDA.²¹⁰ La Carta no consagra este derecho expresamente, pero debe ser reconocido por imperio del artículo 72, al tratarse de un derecho “*inherente a la personalidad humana*” y que, por tanto, tiene proyecciones e impregna todo nuestro sistema jurídico.

Ese derecho fue reconocido y consagrado en diversos instrumentos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, de 1945, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, artículo 1º, en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, de 1948, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, cuyo artículo 11 proclama que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

6.7. Cuando se interpretan normas que reconocen derechos fundamentales, se ha considerado válido, aceptado y necesario tener una pauta dirigida a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por tanto, adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano. Debe, entonces, hacerse una interpretación extensiva o más amplia de los alcances de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.²¹¹

Esa creciente necesidad de dar plena efectividad a los derechos humanos, ha visto surgir, entre otros, los siguientes principios de interpretación: principio *pro homine*, principio de interpretación evolutiva, principio de interpretación conforme, principio de posición preferente, principio de maximización de los derechos, principio de fuerza expansiva de los derechos, principio del estándar mínimo, principio de progresividad, principio de interacción, principio de irreversibilidad, principio de indivisibilidad y

209 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *op. cit.*, pp. 101 - 102.

210 CORREA FREITAS, Rubén, *DERECHO CONSTITUCIONAL* citado, pp. 241 - 242.

211 Corte Interaemricana de Derechos Humanos, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, pfo. 52.

principio de efectividad o del efecto útil (*effet utile*).

De estos principios de interpretación, el mayormente aceptado por la doctrina ha sido el *pro homine*,²¹² que ha sido expresamente citado por tribunales, salas constitucionales y Cortes Supremas de diversos países,²¹³ así como por los tribunales regionales de derechos humanos en América y Europa.

El principio *pro persona*, como también se le conoce, pues esta denominación claramente aporta una mayor perspectiva de género, *informa* al resto de los principios y su fin es acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación de mayor alcance de ésta, al reconocer o garantizar el ejercicio de un derecho fundamental o, en sentido complementario, aplicar la norma o interpretación más restringida, al establecer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos humanos.²¹⁴

La trascendencia del principio va entonces más allá de ser un eventual criterio de interpretación, pues al existir normas de derechos fundamentales en todos los niveles del orden jurídico del Estado, aún en leyes que no tienen la denominación de “derechos fundamentales”, o de “derechos humanos”, o de “garantías individuales”, pero que los reconocen de manera directa o indirecta, el principio *pro persona* se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, pues es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución que, precisamente, permite asegurar su respeto y su vigencia.²¹⁵

De tal forma, la aplicación del principio *pro persona* a la interpretación y aplicación del derecho, con el objetivo de la más amplia protección posible de las personas, logra como corolario la preservación de la Dignidad del ser humano.

6.8. Esta Dignidad Humana, es el fundamento de todos los derechos humanos, pero no es sinónimo de estos, porque “*la dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.*”, en palabras de GROS ESPIELL.²¹⁶

El fundamento que indicamos coincide con la opinión del Profesor Carlos DELPIAZZO,²¹⁷ que considera a la objeción de conciencia como un derecho fundamental y que estos derechos son tales por derivar de la naturaleza del hombre, de modo que su fuente radica en la eminente **dignidad humana**.

212 CASTILLA, Karlos, “EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 020, (2009), pp. 69 - 82. Versión digital disponible en: <http://www.revistas.unam.mx> > Inicio > 020 (2009) > Castilla. Fecha de consulta: 30.04.2015.

213 Corte Suprema argentina, Expediente J. 23. XXXVI, del 30 de mayo de 2001; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, exp. 04-001673-0007-CO; Tribunal Constitucional Español: sentencia del recurso de amparo 17/1985, del 9 de febrero de 1985, sentencia STC 47/2000 del 17 de febrero de 2000.

214 CASTILLA, Karlos, *op. cit.*, p. 69.

215 El Tribunal Constitucional Español ha reconocido de forma expresa que los derechos fundamentales son el parámetro “de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen [el] ordenamiento [jurídico]”. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1982, en BJC, núm. 18, 1982, p. 799.

216 Citado por CORREA FREITAS, Rubén, *op. cit.*, p. 242.

217 *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL* citado., pp. 222 - 223 y 227.

Señala que la dignidad humana es intangible y de máximo valor, no por imperio de disposición alguna, sino por el origen y naturaleza del hombre.

Ella implica, afirma el Profesor, el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros.²¹⁸

Se erige, así, como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo.

Este fundamento constitucional de la objeción de conciencia, basado en la dignidad humana, que impregna y tiene importantes proyecciones sobre nuestro sistema jurídico, nos parece más amplio y efectivo que la libertad de expresión del pensamiento consagrada en el artículo 29 de la Carta.

Si bien esta consiste en el derecho²¹⁹ a transmitir a los demás y a recibir de estos lo que se piensa o lo que se cree sobre cualquier materia, la dignidad humana tutela de manera más efectiva la conciencia humana, el raciocino y la capacidad de pensar del ser humano, que le da singularidad como tal y que, de sufrir alguna agresión, obligándole a realizar acciones que su conciencia rechaza, supondría directamente una afrenta a su propia Dignidad.

CAPITULO 7. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL URUGUAY. SU FUNDAMENTO LEGAL: LA LEY 18.987 DE 22 DE OCTUBRE DE 2012, SOBRE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En Uruguay, el tema ha sido objeto de fuertes polémicas, lo que se advierte del análisis de las disposiciones de orden legal o reglamentario, así como de la jurisprudencia y doctrina.

7.1. Como antecedente legal, cabe mencionar la ley de Salud Sexual y Reproductiva 18.426, de 1° de diciembre de 2008 y su decreto reglamentario 293/010, de 30 de setiembre de 2010, norma que suscitó polémicas al consagrar, lo que fuera el punto preponderante de discusión, el derecho al aborto y su despenalización.

Concretamente, la norma autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo, considerándolo un “derecho de la mujer” y habilitaba además a que el consentimiento para el “acto médico” en el caso de niñas, adolescentes y discapacitados, podía ser dado por su representante legal, o por autorización judicial en caso de discordia.

Lo expresado, provocó que tres capítulos de la ley fueran objeto de “objeciones u observaciones”, conforme la terminología constitucional (y consecuentemente, de “veto”), por parte del Poder Ejecutivo, encabezado por el entonces Presidente de la República, Dr. Tabaré Vázquez, no obteniéndose el quórum parlamentario necesario para su levantamiento.

218 DELPIAZZO, Carlos, *Op. cit.*, p. 223.

219 BARBAGELATA, Aníbal Luis, *op. cit.*, p. 71.

El veto se basó en fundamentos de orden jurídico, científico, filosófico y aún antropológico y de política social, afirmando “*la existencia de vida humana en su etapa de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia*”, que la “*medicina hipocrática*” mandata al médico a “*actuar a favor de la vida*”, que “*se debe proteger más, a los más débiles*”, intentando “*salvar a los dos*” (madre e hijo).²²⁰

Cuestionó, además, por “*deficitaria*”, la previsión del instituto de la objeción de conciencia,²²¹ en atención a los numerosos obstáculos que requería su ejercicio.

7.2. Otro antecedente lo constituyen las constantes negativas de los miembros de la congregación Testigos de Jehová (“*Y yo pediré cuenta de la sangre de cada uno de ustedes...*”)²²² a someterse a determinados tratamientos médicos que implican transfusiones de sangre, negándose a ser transfundidos con sangre homóloga,²²³ pero no con sangre autóloga.²²⁴

En el área de la salud se plantearon negativas de Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, las que fueron resueltas en su mayor parte de forma privada, o dentro del ámbito administrativo.

La negativa a recibir tratamientos médicos no resulta un tema menor, no sólo para el paciente que profesa determinada creencia o convicción religiosa, sino también para el médico, que renuncia al comportamiento activo que su profesión le exige, en aquellas situaciones en que el paciente, fundado en tales creencias, se niega a recibir la atención médica que su salud requiere.²²⁵

De tal forma, el médico se ve inmerso en una difícil situación, en virtud de la oposición del paciente a recibir el tratamiento imprescindible para mantenerle con vida.

En un completo y valioso trabajo doctrinario sobre el tema,²²⁶ si bien anterior a la ley 18.987, la Profesora ASIAÍN hace expresa referencia a las objeciones de conciencia respecto a recibir transfusiones de sangre planteadas en nuestro país por los pacientes

220 ASIAÍN, Carmen, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN EL URUGUAY”, en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 23 (2010), p. 18. Versión digital disponible en: http://www.unav.es/icf/main/documentos/Asiain_Aborto-OC-Uruguay.pdf. Fecha de consulta: 21.04.2015.

221 Autora, op. y p. cit.

222 Libro del Génesis, capítulo 9, versículo 5.

223 Sangre homóloga es la procedente de un donante diferente del receptor.

224 Transfusión autóloga es aquella en la que el paciente sirve como su propio donador. Constituye la forma de transfusión de menor riesgo. Debe diferenciarse de la donación directa en la cual la donación es para un paciente específico. Son varios los beneficios de la transfusión autóloga: existe menor riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas (Sida, Hepatitis, Enfermedad de Chagas) y de reacciones adversas (como la reacción febril, hemolítica, etc). Se asegura la compatibilidad inmunológica y por tanto, los costos son menores. Es adecuada además para cirugía de emergencia y de utilidad cuando hay múltiples anticuerpos presentes o anticuerpos contra antígeno de alta frecuencia.

225 RIVADAVIA, Nicolás, “Objeción de conciencia. Análisis del instituto y casos jurisprudenciales sobre trabajo en días de precepto religioso y objeción de recibir tratamientos médicos”, en *DERECHO Y RELIGIÓN II. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2012*, (ASIAÍN, Carmen, coordinadora), Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2013, p. 150.

226 ASIAÍN PEREIRA, Carmen, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia: fundamentación, concepto y análisis del instituto. Tratamiento en doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera”, en *Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XV, FCU, (2008)*, pp. 13 - 50. Versión digital disponible en: <http://www.libertadreligiosa.org/articulos/objecionasiain.pdf>. Fecha de consulta: 24.07. 2015.

Testigos de Jehová, casos en que la autoridad administrativa (por lo general las autoridades del Hospital de Clínicas), debían decidir acerca de su admisibilidad o no, pero así también sobre la pertinencia o no de las planteadas por los propios médicos.

Tal toma de posición y la decisión concreta podría implicar, respecto de los pacientes, la consecuente (eventual) responsabilidad derivada del accionar del ente estatal y desde el punto de vista del personal médico y paramédico, vinculado esencialmente en una relación jerárquica, las consecuencias jurídicas derivadas del estatuto funcional.

7.3. Los casos que llegaron a los tribunales han sido pocos;²²⁷ básicamente aquellos en que ha existido riesgo de vida para el paciente.

En uno de los casos, la decisión judicial priorizó la vida del niño, ordenando una transfusión de sangre no querida por sus padres, en aplicación de uno de los límites de la libertad religiosa, concretamente, el daño a terceros.²²⁸

Otra sentencia amparó el derecho de una paciente a negarse a recibir la transfusión, reconociendo que el Poder Judicial carecía de jurisdicción para sustituir la voluntad libre de una persona capaz, que ejercía el derecho de autodeterminación inherente a su condición humana.²²⁹

Otro fallo, compartió el criterio de falta de jurisdicción, no considerando vulnerados los límites que -de acuerdo a las exigencias del orden público- habilitarían la acción del Estado. Cita expresa y textualmente la declaración “*Dignitatis humanae*” del Concilio Vaticano II, considerándole “un texto de carácter religioso pero de ámbito universal”.²³⁰

Como señala la profesora ASIAÍN,²³¹ además de la invocación de estos principios fundamentales, los pronunciamientos se fundaron, por lo general, en la Constitución, los tratados internacionales de Derechos Humanos, en doctrina nacional y extranjera, así como en disposiciones de los Códigos de Ética Médica, con valor de Decálogo de valores fundamentales de la profesión.

7.4. En el ámbito sanitario, a fin de dar un marco regulatorio a la problemática desde el lado del personal actuante, así como para regular los límites a la objeción de conciencia por parte de los pacientes, cabe citar un Protocolo de Actuación²³² del Hospital de Clínicas, en el que se reconoció el derecho a la autodeterminación por parte del paciente y por lo tanto, el derecho a la objeción de conciencia.

El documento estableció pautas de actuación en torno a los principios básicos de con-

227 ASIAÍN, Carmen, OBJECIÓN DE CONCIENCIA.....citado, pp. 3 - 4.

228 Sentencia n° 3 del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo, del 3 de febrero de 1997. Puede verse en La Justicia Uruguay, Tomo 116, caso 13.289.

229 Sentencia del Juzgado Letrado en lo Penal de 5° turno, del 21 de octubre de 1998. Puede verse en La Justicia Uruguay Tomo 120.

230 Sentencia del Juzgado Letrado en lo Penal de 13° Turno, del 30 de enero de 1997. Puede verse en La Justicia Uruguay Tomo 115.

231 ASIAÍN, Carmen, OBJECIÓN DE CONCIENCIA.....citado, p. 4.

232 ASIAÍN, Carmen, *op. y p.* citadas.

sentimiento informado y válido, otorgado por adulto capaz.

Previó, además, que en situaciones de emergencia se labrara acta que recabase el consentimiento de la persona, en presencia de testigos.

En el caso de menores de edad o incapaces cuyos padres se rehusaren a la transfusión de sangre, así como en el caso de una mujer embarazada -ya fuera ella o el concebido no nacido el paciente a transfundir-, se recurriría al Juez Especializado de Familia²³³, estándose a su decisión.

En el ámbito aludido procede tener en cuenta la ley 18.335, de 15 de agosto de 2008, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes, cuyo artículo 11 establece, como requisitos previos a cualquier procedimiento terapéutico, el acuerdo médico-paciente y el consentimiento informado, pero con limitaciones fundadas en razones de urgencia o de riesgo grave para la salud del paciente o para la sociedad, con importante “delegación” en la autoridad hospitalaria.²³⁴

El artículo 17 establece “*Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros, a: ... (F) Que no se practiquen sobre su persona actos médicos contrarios a su integridad física o mental, dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación.*”.

Resulta importante destacar que en todos estos casos, la objeción de conciencia fue invocada y amparada -ya sea en el ámbito privado o por las autoridades públicas, del orden administrativo o jurisdiccional- sin que existiera una norma que explícitamente consagrara la objeción, por lo cual se la extraía directamente de fuentes normativas supraordenadas.²³⁵

Como señalara la Profesora ASIAÍN,²³⁶ se trata de importantes antecedentes de la aplicabilidad directa del instituto.

7. 5. Brevemente se dirá que a nivel doctrinario variaba el fundamento sobre el cual se apoyaba la denegatoria del derecho. Algunos autores lo negaban o limitaban por priorizar otros valores o bienes jurídicos; otra corriente negaba ontológicamente el derecho a desobedecer la ley, bajo circunstancia alguna.²³⁷

Dentro del primer grupo, se encontraba la postura que sostenía que frente al caso de los Testigos de Jehová y su negativa a las transfusiones de sangre -existiera o no riesgo de vida para el paciente- correspondía hacer primar siempre el artículo 44 inciso 2º de la

233 La referencia corresponde realizarla al Juez Letrado Especializado en Violencia Doméstica, quien conforme lo establecido en el artículo 117 del Código de la Niñez y de la Adolescencia tiene además competencia para entender respecto de niños y adolescentes con sus derechos amenazados o vulnerados.

234 ASIAÍN, Carmen, *op. cit.*, p. 8.

235 ASIAÍN, Carmen, *op. cit.*, p. 4.

236 Autora y *op. cit.*, p. 5.

237 Autora y *op. cit.*, p. 6. La Profesora ASIAÍN, en su multitudado OBJECIÓN DE CONCIENCIA....., analiza y rebate las posturas referidas.

Constitución.²³⁸

La doctrina civilista entendió que “en esta instancia debe priorizarse el derecho a la vida, en la medida en que es el derecho supremo del cual el sujeto no dispone. El derecho a la vida es un derecho inherente al sujeto, que nadie se lo dio, nadie se lo puede quitar, y ni siquiera él puede disponer de ese bien supremo”.²³⁹

La otra postura, de corte positivista, directamente niega el derecho a desobedecer norma jurídica alguna, máxime mediante la invocación de argumentos metajurídicos.

Este panorama varió sustancialmente luego de la sanción de las leyes que consagran expresamente el instituto en el ámbito sanitario y que seguidamente se analizarán.

Finalmente, luego de haberse mencionado los antecedentes de orden legal, administrativo y jurisprudencial, así como las posiciones doctrinarias sobre la objeción de conciencia, corresponde ingresar al estudio de las dos importantes leyes que expresamente lo consagran, con especial énfasis en la ley 18.987. Ello se realizará, respecto de sus principales características, en los restantes apartados que conforman el presente Capítulo.

7.6. La Ley 18.473, de 03 de abril de 2009, sobre Voluntad Anticipada,²⁴⁰ trata el tema en el artículo 9º, debiéndose tener presente que se inscribe en una ley que regula lo atinente a la manifestación del paciente respecto de los “tratamientos y procedimientos médicos” para su reanimación, en caso de enfermedad terminal, incurable e irreversible, oponiéndose a aquellos y expresando su voluntad en forma anticipada, libre y consciente.

De la lectura del artículo citado, surge claramente que basta con la simple manifestación de voluntad del médico tratante (“.....la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda.....”), opuesto a que se interrumpan los tratamientos médicos para preservar la vida del paciente, a fin de que se tenga por admitida su objeción de conciencia.

La mera exteriorización es, entonces, por efecto de la ley, causa de justificación suficiente para su apartamiento y subrogación por otro médico, sin exigirse siquiera la previa comunicación por escrito del galeno tratante, como sí lo hacen la ley 18.987 y su decreto reglamentario 375/012.

Una lectura atenta del precepto legal, permite apreciar que se está ante la denominada “opción de conciencia”, pues la ley referida permite al médico optar, actuando conforme los dictados de su conciencia, sin expresión de causa y sin que formalmente desobedezca el precepto.

238 El artículo citado establece: “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.”

239 ORDOQUI, Gustavo, *Derecho Médico*, Montevideo, Ediciones Del Foro, Tomo I, 2001, pp. 175 y ss, citado por ASIAIN, Carmen, en *op. cit.* p. 6.

240 JAVIER, Juvenal, “REFLEXIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA E IDEARIO EN EL URUGUAY A PARTIR DE LAS LEYES 18.987 Y 18.473.”, en *Revista de Derecho Público*, N° 43, (2013), pp. 47 - 48. Versión digital disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/43/Juvenal>. Fecha de consulta: 20.07.2015.

Basta, pues, con la expresión de la voluntad para que el cumplimiento del deber jurídico se halle exceptuado, actuando como una verdadera vía de escape y eliminando todo conflicto entre el individuo y la norma.

En mi opinión, el médico actúa entonces acorde con la ley, respetándose el precepto que sancionó el legislador y que resuelve previamente todo posible conflicto de derecho con relación al sujeto que, eventualmente, sería un objetor de conciencia sin que, por lo general, se le exija a cambio prestación sustitutoria alguna.

7.7. La ley 18.987, de 22 de octubre de 2012, sobre interrupción voluntaria del embarazo,²⁴¹ reglamentada por el decreto 375/012,²⁴² de 22 de noviembre de 2012, preceptúa:

*“ARTÍCULO 11. (Objeción de conciencia). Los médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan **objeciones de conciencia** para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del Artículo 3° y el Artículo 6° de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen.. C A E 7239.*

*La **objeción de conciencia** podrá manifestarse o revocarse en forma expresa, en cualquier momento, bastando para ello la comunicación a las autoridades de la institución en la que se desempeña. Se entenderá que la misma ha sido tácitamente revocada si el profesional participa en los procedimientos referidos en el inciso anterior, con excepción de la situación prevista en el último inciso del presente artículo.DE 7239.*

*La **objeción de conciencia** como su revocación, realizada ante una institución, determinará idéntica decisión respecto a todas las instituciones públicas o privadas en las que el profesional preste servicios. CA 7239.*

*Quienes no hayan expresado **objeción de conciencia** no podrán negarse a realizar los procedimientos referidos en el primer inciso del presente artículo.*

Lo dispuesto en el presente artículo, no es aplicable al caso previsto en el literal A) del artículo 6° de esta ley.” (negrillas en el texto del autor).

7.8. El texto de la ley 18.987, además de ser más amplio que el de la ley 18.473 y de regular con mayor detalle el derecho de objeción de conciencia en el área sanitaria, crea problemas jurídicos de suma complejidad, que serán tratados a continuación.

Su estudio se realizará en este Capítulo y no en el 11, relativo a los funcionarios públicos, en mérito a su importancia y solamente en lo que atañe al ejercicio del derecho de objeción de conciencia por parte del personal médico y técnico que se desempeña en el sector público de la actividad. Ello sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán en el Capítulo 10 de este trabajo.²⁴³

241 JAVIER, Juvenal M., “REFLEXIONES.....” citado, pp. 47 y stes.

242 El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia 297/2014, de 14 de agosto de 2014, ante la solicitud formulada por un grupo de ginecólogos, hizo lugar a la suspensión de la ejecución de algunos de los artículos del decreto 375/012. El tema será abordado en el Capítulo X de este estudio.

243 En el Capítulo 10 se analizan las Sentencias del Tribunal de lo Contenciosos Administrativo n° 297/014 y 586/015, relativas al derecho en estudio.

El artículo 11 de la ley 18.987 consagra la **objeción de conciencia** sanitaria, la que puede ser ejercida por “los médicos ginecólogos y el personal de la salud”, conforme a la ley, pero sólo por “*el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en la interrupción del embarazo*”, conforme establece el decreto reglamentario 375/012, artículo 29.

Resulta entonces que, pese a las diferentes redacciones del precepto legal y de su reglamento, en definitiva, tienen derecho a ejercer la objeción de conciencia los médicos ginecólogos, los médicos anestelistas, los enfermeros, instrumentistas y demás técnicos que participan directamente en la operación quirúrgica.

En el caso del médico ginecólogo, también podrá hacer valer su objeción de conciencia en el momento en que la mujer, luego del período de reflexión que establece la ley, ratifica su decisión de interrumpir su embarazo, hipótesis contemplada en el inciso 5° del artículo 3° de la norma legal que se analiza.

En todo caso de objeción de conciencia, el médico objetor está obligado a derivar personalmente a la paciente a otro médico, a fin de asegurar la continuidad de su atención inmediata (artículo 29 inciso 2° del decreto).

7.9. El resto del personal médico y técnico que he mencionado, a mi juicio, podrá también, al igual que el médico ginecólogo, ejercer su derecho a la objeción de conciencia en el caso de que se verifique un proceso patológico que provoque malformaciones incompatibles con la vida intrauterina o cuando el embarazo fuera producto de una violación, acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las catorce semanas de gestación, hipótesis contempladas en los literales A) y B) del artículo 6° de la ley.

Estimo que resulta acertada la previsión legal, pues la participación del médico ginecólogo, ya desde esta etapa, se orienta a la disminución de riesgos y daños y por tanto, es preparatoria de la posterior intervención quirúrgica.

El decreto establece, además, que no podrá ejercitarse el derecho posteriormente a la interrupción del embarazo (artículo 30 inciso 2°), ni tampoco en caso de que la gravedad implique un grave riesgo para la salud de la mujer, en cuyo caso se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer.

En esta última hipótesis, prevista también en el artículo 6° literal A) de la ley, la urgencia del caso y el peligro de vida de la persona imponen esta solución.

Resulta compartible la exclusión del derecho de objeción de conciencia del artículo 30 del decreto, respecto del personal administrativo, operativo y de todo aquel funcionario que no tenga directa intervención en el acto médico, aunque no que la privación del derecho se efectúe por vía reglamentaria.

7.10. Con respecto de la forma de expresarse el derecho a la objeción de conciencia, la ley, en su artículo 11 inciso 2° dispone que podrá manifestarse en forma expresa, lo cual indicaría que no debe descartarse la tácita manifestación de voluntad del ejercicio del derecho, bastando para ello la comunicación a las autoridades de la institución en que el

profesional se desempeña.

Sin embargo, el decreto reglamentario en el artículo 31 exige que la manifestación sea por escrito y ante todas las instituciones en las que el objetor preste servicios, dirigiéndose a la Dirección Técnica, con la declaración de que objeta participar en los procedimientos a los que se ha hecho referencia anteriormente. Y aún más, pues según el artículo 32 tal requisito se erige en requisito de validez del ejercicio del derecho.

En este aspecto, debe irse con cuidado, pues la ley refiere a la simple “comunicación”, al mero “hacer saber” a la institución, poniendo en su conocimiento que se ha hecho uso de la facultad que la ley atribuye al médico, de no participar en procedimientos quirúrgicos contrarios a sus creencias y convicciones más profundas.

Precisamente, por la tutela constitucional que le sirve de fundamento (a mi juicio, la dignidad del ser humano, como cualidad intrínseca de toda persona humana, como se expresara en el Capítulo 6),²⁴⁴ no requiere de ninguna explicación, pues se trata de los dictados de la propia conciencia.

7. 11. La ley admite, además, en su artículo 11 inciso 2º, la revocación expresa del derecho, que deberá hacerse por escrito, conforme el artículo 33 del reglamento (que lo llama desestimiento expreso), cuyos efectos serán generales y extendidos a todas las instituciones médicas donde trabaje el objetor, aunque se realice respecto de una sola de ellas (inciso 3º del citado artículo 33).

También se regula la revocación tácita (desestimiento tácito conforme el decreto), con iguales efectos, el que se configura con la participación del médico o del personal técnico en los procedimientos para la interrupción del embarazo, salvo el excluido expresamente por la ley del derecho a la objeción de conciencia, dirigido a salvar la vida de la mujer si la gravidez implica un grave riesgo para su salud.

El artículo 11 inciso 4º de la ley, establece que quienes no hayan expresado su objeción de conciencia no podrán negarse a realizar los procedimientos para la interrupción del embarazo.

7.12. El decreto reglamentario 375/012, artículo 35, invade la materia reservada a la ley al extender la prohibición de tal negativa al caso de quienes hayan desistido (no se aclara si expresa o tácitamente) del ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia.

Ello claramente no corresponde, pues el artículo 11 inciso 2º de la ley 18.987 establece que el derecho podrá manifestarse “en cualquier momento” y no distingue entre que esa manifestación se haga por primera vez o se reitere, luego de haberse previamente desistido o revocado, expresa o tácitamente.

De tal forma se limita, sin norma legal habilitante, el derecho del médico o del personal técnico a objetar, violándose lo establecido en la propia ley y en los artículos 7, 10, 54, 72 y 332 de la Constitución Nacional.

²⁴⁴ GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 98.

7.13. Cabe plantearse la cuestión de que el personal médico y técnico ejerza la objeción de conciencia en las instituciones médicas en que trabaja, unas de naturaleza públicas y otras de índole privada.

El artículo 11 de la ley que viene de comentarse nada dice al respecto, ni tampoco su decreto reglamentario.

A nivel internacional, existe controversia sobre si las obligaciones y los derechos del personal sanitario varían conforme se trabaje en el sector público o en el privado.

En un informe elaborado por la Organización de médicos conocida como “Global Doctors For Choice”,²⁴⁵ se señala que los “proveedores”²⁴⁶ del sector público son empleados y tienen la obligación de atender al público por el bien de la comunidad, brindando las “normas de atención” más altas, según lo establecido en las leyes y políticas del Estado.²⁴⁷

El Instituto de Medicina de los Estados Unidos, define la “norma de atención” como “el grado en que los servicios de salud que atienden a personas y poblaciones aumentan la posibilidad de desenlaces médicos deseados de acuerdo con el conocimiento profesional actual”, e identifica como componentes claves a la seguridad, la eficiencia, el enfoque en el paciente y la oportunidad.²⁴⁸

La Organización Mundial de la Salud (OMS) agrega los conceptos de equidad, accesibilidad y eficiencia a la lista de componentes esenciales de la calidad de atención.²⁴⁹

Dichos precedentes limitan, entonces, el alcance de la objeción de conciencia para los profesionales que trabajan como “actores” (expresión utilizada en el informe) del Estado.

Otras opiniones afirman que tales limitaciones pueden extenderse a los profesionales que proporcionan servicios de salud en el sector privado, pues en atención a que la habilitación estatal les otorga un “monopolio” sobre un servicio público tienen ellos, a modo de contrapartida, la obligación correlativa hacia los pacientes de brindar un acceso no discriminatorio a todos los servicios legales.²⁵⁰

245 Publicado en diciembre de 2013 en un suplemento especial de la International Journal of Gynecology and Obstetrics (Vol. 123, Supplement 3 [2013]) y conocido como “White Paper” o “Libro Blanco”, se titula “*Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses*” (en español: “*La objeción de conciencia y la negativa a brindar atención de salud reproductiva: un informe que examina la prevalencia, las consecuencias de salud y las respuestas normativas*”). Puede consultarse su texto en: <http://www.globaldoctorsforchoice.org/>. Fecha de consulta: 4.4.2015. Su análisis se realizará en el Capítulo siguiente.

246 Expresión empleada en el informe para referirse a médicos, parteras, enfermeros y aún farmacéuticos.

247 WICCLAIR, M. R., *Refusals by hospitals and emergency contraception*. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics, 2011;20 (1):130-8, citado en el referido informe, p. 11.

248 Institute of Medicine. *Shaping the Future of Health. Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century*. Disponible en: [http://www.iom.edu/~media/Files/Report Files/2001/Crossing-the-Quality-Chasm/Quality Chasm 2001 report brief.pdf](http://www.iom.edu/~media/Files/Report%20Files/2001/Crossing-the-Quality-Chasm/Quality%20Chasm%202001%20report%20brief.pdf). Publicación: 2001, citado en el informe referido, p. 12.

249 OMS. *Quality of Care: A Process for Making Strategic Choices in Health Systems*. Geneva: WHO; 2006. Disponible en: [http://www.who.int/management/quality/assurance/QualityCare B.Def.pdf](http://www.who.int/management/quality/assurance/QualityCareB.Def.pdf) (en idioma inglés).

250 CHARO, R.A., *American Constitution Society for Law and Policy, Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience. The Journal of the ACS Issue Groups*, 2007: 119 -135. Disponible en: [https://media.law.wisc.edu/m/yzdkn/charo-health care provider refusals - feb 2007 advance vol 1.pdf](https://media.law.wisc.edu/m/yzdkn/charo-health-care-provider-refusals-feb-2007-advance-vol-1.pdf), citado en página 12 del informe

Sobre este aspecto volveremos a referirnos en el siguiente Capítulo.

No obstante lo expuesto, resulta más difícil identificar la negativa a prestar servicios por razones de conciencia en el sector privado, porque los proveedores de la salud pueden, en general, elegir los servicios que ofrecen, aunque tienen la misma obligación profesional de brindar a los pacientes información precisa y eventualmente, derivarlos.

En mi opinión, nada obsta a que pueda ejercerse el derecho en ambos ámbitos de actividad, pues la ley no lo prohíbe ni resulta incompatible con la calidad de funcionario público.

El ejercicio de la objeción resulta independiente de la naturaleza del vínculo jurídico con la institución médica, cualquiera sea esta y su protección o tutela se halla constitucionalmente garantizada.

Ello es así en Uruguay, pues se trata de un derecho emanado de la propia Carta Constitucional, concretamente su artículo 72, conforme lo referido en el Capítulo 6 de este trabajo.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dictado varias sentencias sobre la objeción de conciencia sanitaria, que serán referidas en el Capítulo 10 de este trabajo.

CAPITULO 8. EL DERECHO A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE SU EJERCICIO EN URUGUAY Y A NIVEL INTERNACIONAL

Desde un punto de vista práctico, se ha intentado recopilar información a fin de conocer el alcance de la objeción de conciencia, específicamente respecto de la situación del aborto en diversos países y la atención que se brinda a las usuarias en los centros de salud, aún en casos de emergencia, así como en cuanto al número de profesionales objetores, a si existe o no la obligación de llevar un listado o registro de estos y su distribución por edad, sexo o aún la religión que profesan, por considerarse todos ellos datos de la mayor importancia para complementar el estudio del tema.

Tal tarea en Uruguay ha sido posible a través de los informes emitidos por el Sistema Nacional de Información (SINADI) del Ministerio de Salud Pública, pero principalmente por la consideración de los informes realizados a partir de investigaciones practicadas por diversas Organizaciones No Gubernamentales, en algunos casos con financiamiento proporcionado por organizaciones humanitarias extranjeras interesadas en conocer la situación planteada en el país luego de la sanción de la ley 18.987.

8.1. Se comenzará expresando que, a nivel internacional, en pocos países existen informes, como es el caso de Italia, donde se ha emitido el informe del Ministerio de Salud relativo a la aplicación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo.²⁵¹

referido.

251 Informe del año 2008 al Parlamento, relativo a la aplicación en el período 2006-2007 de la ley 194, de 22 de mayo de 1978, sobre reglas de la atención social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo.

En el referido documento, se señala un aumento progresivo en los últimos 30 años del número de médicos ginecólogos objetores de conciencia, pasándose de un 58,7% en el año 2005, a un 69,3% en el año 2011.

Entre los anestesiólogos, en el 2005 eran un 45,7% y en el 2011, un 47,5%, por lo que el porcentual resulta apenas mayor.

Sin embargo, a simple vista se advierte que el número de objetores es alto y en consecuencia, la incidencia de la objeción en centros urbanos de menor población podría ser importante, poniendo en peligro la atención adecuada y el derecho a recibir la mejor y más pronta atención de salud.

8.2. El documento internacional ya mencionado, publicado en diciembre de 2013 por la red internacional de médicos "Global Doctors For Choice",²⁵² conocido como "White Paper" ("Informe o Libro Blanco"), reviste importancia como fuente de información a fin de examinar en la práctica cuál es la situación de este derecho a nivel universal y extraer algunas conclusiones.

El informe, disponible en español, analiza documentos oficiales o emanados de organizaciones profesionales de diversos países, examina las potenciales consecuencias de la negativa a brindar cuidados médicos por razones de conciencia (principalmente en relación con el aborto y en el marco de la salud reproductiva) e informa acerca de las políticas adoptadas por diferentes países.

Hace referencia, además, a diversas cuestiones, como las relativas a si las instituciones pueden reclamar el status de objetor y qué cargos pueden invocar la objeción, qué países obligan a los objetores a revelar su calidad de tales a los pacientes, qué países ordenan el registro de los objetores y cuáles exigen el suministro de servicios en caso de emergencia.

Tiene como base²⁵³ diversos materiales científicos médicos, legales, éticos, sociales y de salud pública publicados entre 1998 y 2013 en inglés, francés, alemán, italiano, portugués y español.

Analiza esa información y ofrece marcos de referencia lógicos para representar las consecuencias que supone para la salud y el sistema de salud la práctica de la objeción de conciencia a proporcionar servicios de aborto, tecnologías de reproducción asistida, tratamiento de anticoncepción en casos de riesgo de la salud materna y pérdida inevitable del embarazo y diagnóstico prenatal. Finalmente, presenta la categorización de las respuestas legales y regulatorias, así como otras respuestas normativas a la práctica de la objeción.

Señala citando posiciones doctrinarias,²⁵⁴ que algunas instituciones médicas de afiliación religiosa reivindican el estatus de objetoras de conciencia y obligan a sus empleados

252 Es una Organización creada en el año 2007, conformada por médicos de todo el mundo, comprometida con los derechos humanos y el acceso a una atención segura de la salud reproductiva. Puede consultarse todo lo relativo a la misma en: <http://www.globaldoctorsforchoice.org/>. Fecha de consulta: 4.4.2015.

253 Conforme lo expresado en la p. 2 del mismo.

254 Página 11.

a negar la prestación de servicios legalmente permitidos.

Se entiende, en general, que el “*derecho a la conciencia*” corresponde a personas individuales y no a instituciones, así como que la invocación de la objeción de conciencia se considera un modo de mantener la integridad moral o religiosa de una persona.

Sin embargo, hay quienes argumentan que la misión de un hospital es análoga a la identidad de conciencia de una persona y ello “*garantiza la deferencia sustancial*”.²⁵⁵

Otros, refutan el argumento anterior sobre la base de que las instituciones médicas cuentan con habilitación estatal, a menudo reciben financiación pública y en alguna comunidad pueden ser los únicos proveedores de atención sanitaria.

Se sostiene que dado que una “*licencia*” confiere ciertos derechos y privilegios a una institución, “*cuando los licenciarios aceptan y gozan de estos derechos y privilegios asumen obligaciones recíprocas, entre ellas las de proteger de daños a los pacientes, promover su salud y respetar su autonomía*”.²⁵⁶

Con respecto a la exigencia de registro, el informe da cuenta de que las estimaciones más sólidas de prevalencia provienen de una muestra limitada de los pocos lugares que exigen que los objetores se inscriban como tales o proporcionen una notificación escrita.

Señala el informe que si bien Noruega y Eslovenia exigen legalmente cierta forma de inscripción, ninguno de ellos ha informado datos de prevalencia de la objeción de conciencia, (esto es, del número o porcentaje de médicos, parteras o enfermeros objetores de conciencia), evaluación que se obtendría de la prevalencia determinando la cantidad de objetores (numerador) y el recuento total de de la población de proveedores que integran el denominador (por ejemplo, la cantidad de obstetras/ginecólogos que invocan objeción de conciencia a proveer anticonceptivos de emergencia y la población total de obstetras/ginecólogos).

Las sociedades profesionales podrían también recolectar datos en forma sistemática, mediante encuestas a sus miembros sobre sus prácticas relacionadas con la negativa a prestar atención por razones de conciencia, o incluyendo dicha auto identificación en los formularios obligatorios estándar.

Por otra parte, las instituciones académicas u otras organizaciones de investigación, podrían realizar estudios formales o añadir preguntas sobre la objeción de conciencia a prestar atención, en las encuestas generales continuas a sus médicos.

8.3. El informe citado es claro en cuanto a que si bien la literatura examinada indica la ocurrencia generalizada de la objeción de conciencia a proveer ciertos elementos de atención de la salud reproductiva, no ofrece una base probatoria obtenida con rigor que se pueda utilizar para representar el panorama mundial.²⁵⁷

255 WICCLAIR, M. R., *op. cit.*, citado en el informe, p. 11.

256 Autor citado, *Conscientious Objection in Health Care*. Cambridge: Cambridge University Press; 2011, página 11 del informe.

257 Informe citado, p. 22.

Otras estimaciones de prevalencia se derivan de encuestas con diversas estrategias de muestreo y tasas de respuesta.

En una muestra aleatoria realizada entre practicantes de ginecología y obstetricia en el Reino Unido, casi un tercio objetó la práctica del aborto.²⁵⁸

En Hong Kong, el 14% de los médicos encuestados, de diversas especialidades, se declaró objetor.²⁵⁹

Un informe de Austria describe muchas regiones sin proveedores de salud (en referencia a instituciones y profesionales de la salud) y en Portugal se informa que aproximadamente el 80% de los ginecólogos del país se niega a realizar abortos legales.²⁶⁰

Surge, además, que pocas investigaciones han explorado las actitudes clínicas hacia la reglamentación de la negativa a prestar atención de salud reproductiva por razones de conciencia.

En EE.UU., dos estudios, uno en Wisconsin y un muestreo aleatorio de médicos estadounidenses, indican que la mayoría de los médicos de medicina familiar en el referido Estado y una mayoría de médicos estadounidenses consideran que los médicos deberían informar su estatus de objetor a las pacientes.²⁶¹

Una encuesta realizada entre especialistas británicos, reveló que la mitad desea que la autoridad incluya la prestación de servicios de aborto en las descripciones de los puestos de trabajo para obstetras y ginecólogos y que más de un tercio entiende que se debe exigir a los objetores que declaren sus razones.²⁶²

8.4. Respecto de la negativa a suministrar servicios relacionados con el aborto por razones de conciencia, el informe señala que la disponibilidad de servicios de aborto seguro y legal varía enormemente según el contexto.²⁶³

Casi todos los países del mundo permiten el aborto legal en ciertas circunstancias (por ejemplo, para salvar la vida de la mujer y en casos de violación o anomalía fetal grave). Pocos países prohíben el aborto bajo cualquier circunstancia, si bien algunos de estos permiten la defensa penal de la necesidad de permitir abortos en situaciones de riesgo de vida, Chile, El Salvador, Malta y Nicaragua restringen incluso ese recurso.

258 ROE J, Francome, & BUSCH, M., *Recruitment and training of British obstetrician-gynaecologists for abortion provision: conscientious objection versus opting out*. RHM,1999;7(14): 97-105, citado en el informe, p. 17.

259 LO, S.S., KOK, W.M., FAN, S.Y., *Emergency contraception : knowledge, attitude and prescription practice among doctors in different specialties in Hong Kong*. J ObsteGynaecol Research, 2009;35(4):767-774, citado en el informe, p. 17.

260 Ministerio de Salud, República de Austria. Informe sobre la salud de las mujeres austríacas 2010/2011. Viena, Ministerio de Salud, 2011, p. 11.

Sobre la situación en Portugal, OLIVEIRA DA SILVA, M., *Reflections on the legalisation of abortion in Portugal*. Eur J., *Contracept Reprod Health Care*, 2009;14:245-248, p. 11.

261 FRANK, J. E., *Conscientious refusal in family medicine residency training*. Family Medicine 2011;43 (5):330-333, citado en el informe, p. 22.

262 ROE. J., Francome & BUSCH, M., *op y p. cit.*

263 Página 26 del informe.

Las mujeres que viven en contextos en que el aborto legal es ampliamente accesible y se enfrentan a la negativa del proveedor,²⁶⁴ tendrán probablemente más posibilidades de encontrar a otro proveedor dispuesto a realizar el procedimiento y que ofrezca servicios seguros y legales, que otras mujeres en cuyo entorno el aborto está altamente restringido.

El informe contiene dos referencias a nuestro país. Una de ellas,²⁶⁵ señala que el Código de Ética (hoy ley en Uruguay)²⁶⁶ no exige que la institución que da empleo a un objetor de conciencia proporcione servicios de derivación, si bien un proyecto de ley propuesto recientemente incluiría tal requisito.²⁶⁷

La restante referencia,²⁶⁸ es relativa a que el Sindicato Médico del Uruguay recomienda que los objetores deriven a las pacientes a otros profesionales.²⁶⁹

8.5. Como conclusión y a modo de resumen, el informe²⁷⁰ recomienda aportar una definición más estandarizada de la objeción, cuya falta entorpece el seguimiento y análisis práctico de su ejercicio.

Sugiere el desarrollo de criterios de elegibilidad para el estatus de objetor. La calidad de objetor debería tener deberes concomitantes, como la información a empleadores y pacientes y la obligación de derivar a las pacientes, de impartir información precisa y de brindar atención de emergencia.

Acude, además, a las organizaciones médicas profesionales, a fin de que prioricen la fijación de determinadas pautas de cuidado, como la eliminación de la posibilidad de negativa en casos de embarazo ectópico, aborto espontáneo inevitable, violación y enfermedad materna.

Se destaca que la evidencia empírica es esencial, dado que los diversos actores políticos responden con políticas y normativas para equilibrar las posiciones en conflicto, siendo necesario realizar más investigación y capacitación en diversos contextos geopolíticos.

Se exhorta a proveedores, profesionales sanitarios y asociaciones de salud pública a promover acciones que respondan a la práctica de la objeción de conciencia a prestar atención sanitaria y permitan salvaguardar la salud reproductiva, la integridad médica y las vidas de las mujeres,²⁷¹ partiendo del doble compromiso con la propia conciencia y con la obligación de velar por la salud y los derechos de las pacientes.

264 Cabe recordar, que la expresión en el informe es utilizada para referirse a médicos, enfermeras, parteras y aún a farmacéuticos.

265 En página 41 del documento.

266 El Código de Ética Médica vigente fue aprobado por la ley 19.286, de 25 de setiembre de 2014.

267 Código de Ética Médica, capítulo 5 (Uruguay). Disponible en: <http://www.smu.org.uy/elsmu/institucion/documentos/doc/cem.html#cap5>. Fecha de consulta: 28.07.2015.

268 En la página 43 del documento.

269 Sindicato Médico del Uruguay, capítulo 5, artículo 37.

270 Páginas 51 a 53.

271 Informe multicitado, p. 3.

Cabe expresar que el multicitado informe resulta un estudio sistematizado, amplio y serio del instituto de la objeción de conciencia, realizado en base a consideraciones de diverso orden (científicas, morales, religiosas, etc.), si bien dentro del marco de la interrupción voluntaria del embarazo.

La tarea encarada resulta digna de encomio, dadas las innumerables dificultades que existen para realizar un estudio del tema, tanto a nivel nacional como internacional, representadas, a título de ejemplo, en la falta de consenso sobre los criterios para describir el estatus de objetor, o en la carencia de una definición normalizada de la objeción de conciencia como práctica, además del hecho de que los estudios utilizados tienen problemas metodológicos, como los relativos a las limitaciones de los muestreos.

8.6. El informe o “Libro Blanco” logró exponer la información disponible y planteó algunas interrogantes, permitiéndonos extraer algunas conclusiones, que a continuación se referirán brevemente.

La primera y quizás la más importante de todas, es la de que al tratar el tema de la objeción de conciencia se aborda y considera el tema de los Derechos Humanos, pues no puede concebirse que la salud humana, en cualquiera de sus manifestaciones, no tenga que ver con los derechos de una persona al acceso o a obtener el mejor servicio, o por lo menos, la mejor atención posible, en condiciones adecuadas y sin restricciones de tipo alguno (de orden económico, religioso, o derivadas del sexo, de la edad, etc.).

Otra de las conclusiones importantes, se relaciona con el impacto que el ejercicio de la objeción tiene sobre los sistemas de salud.

En tal sentido, se observa que puede ocasionar un desequilibrio en la atención médica (en ocasiones y en algunas regiones de determinados países, muy marcado), u originar mayores costos en la atención (por el traslado o derivación de los pacientes) o aún, ante la abstención de la mayoría o de la totalidad de objetores, puede provocar la carencia de especialistas y la consiguiente falta de atención.

Otro punto a destacar es el relativo a la casi absoluta ignorancia, a nivel nacional e internacional, de cuántos son y dónde están los profesionales objetores y ello acarrea la imposibilidad de realizar un muestreo y de obtener datos importantes, como serían los relativos al ámbito de la sociedad en el que se desempeñan la mayoría de ellos, su edad, sexo, raza, religión, etc..

El principal motivo de ello es la carencia de registros, al no exigirse tal requisito por las asociaciones profesionales o por los Estados, lo cual tiene su razón de ser, probablemente, en algunos de las características que reviste la objeción y que ya se han señalado.

En definitiva, como se expresa en el informe,²⁷² estas cuestiones no son nunca simples ni unilaterales y la conciencia y la integridad tienen una importancia fundamental para las personas.

272 Página 52.

Las sociedades tienen, entonces, la complicada tarea de respetar los derechos de los objetores y a la vez, de limitar el impacto de su ejercicio sobre las demás personas y las comunidades.

8.7. En Uruguay, la situación no resulta muy diferente de la que viene de exponerse.

Conforme surge de un informe de la organización no gubernamental humanitaria francesa “Médicos del Mundo”, de diciembre de 2013,²⁷³ a un año de la implementación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en Uruguay, la cobertura del servicio alcanzaba a todo el país, aunque persistían problemas de acceso e información a las usuarias.

Según cifras del Servicio de Salud Sexual y Reproductiva del Hospital Pereira Rosell (CHPR), principal maternidad pública del país, en el período comprendido entre diciembre de 2012 y octubre de 2013, se registraron un promedio de 98 interrupciones mensuales sobre un total de 425 registradas mensualmente en todo el país, de acuerdo con datos divulgados por el Ministerio de Salud Pública.

De las consultas recibidas solo el 4.3 % no cumplió con los requisitos previstos por la ley.

En la realidad y según las cifras del referido Centro Hospitalario, son muy pocas las mujeres que acuden a la última consulta. El total para el período analizado es de 467 mujeres contra las 1.080 que accedieron a la interrupción.

En lo referido a la edad de las usuarias que consultan, el promedio es de 29 años, similar al período anterior a la entrada en vigencia de la ley IVE, cuando se podía acudir a los servicios de salud sexual y reproductiva para ser asesorado en caso de embarazos no deseados.

Del total de las consultas en el CHPR durante este período, el 95.5% decidió interrumpir su embarazo, mientras que sólo el 1.11% resolvió continuar. Se destaca también el hecho de que el 0% de las usuarias que acudieron al servicio se decidieron por la adopción.

Otro de los requisitos impuestos por la ley son las 12 semanas de gestación como plazo máximo para poder acceder al servicio de interrupción del embarazo. En el caso del CHPR, el 97% de las consultantes acudieron dentro de los plazos legales.

8.8. De acuerdo con el informe de la organización francesa, uno de los principales obstáculos que se han presentado en la implementación del servicio, según se ha denunciado por parte de organizaciones sociales, es el mal uso del “recurso” de objeción de conciencia previsto por la ley.

En dos de los diecinueve Departamentos del país, durante el primer año de vigencia de la ley, según el informe, la totalidad de los ginecólogos han hecho un uso corporativo de la objeción, bloqueando o dificultando el acceso de las usuarias a servicios de aborto seguros.

273 Versión digital disponible en: www.medicosdelmundo.org.uy/novedades/article/a-una-ano-de-la-ley-de. Fecha de consulta: 23.04.2015.

Prosigue el informe, que los argumentos expuestos públicamente por los profesionales de algunos Departamentos son, muchas veces, de tipo político y no personales o basados en principios, como se define y requiere en la objeción de conciencia.

Según el informe, la ley prevé que quienes tengan objeciones “de principios” para efectuar el aborto, sólo se pueden abstener de actuar en la etapa del proceso que implica el aborto propiamente dicho (denominada técnicamente IVE 3), manteniéndose la obligación de realizar el asesoramiento pre y post aborto.

Según el informe citado, se ha denunciado que en los hechos los objetores no participan de ninguna de las fases que mandata la ley, por lo cual las mujeres de esos Departamentos tampoco acceden al modelo de reducción de daños que supone brindar información.

Para estos casos, el Estado ofreció una solución que implica el viaje semanal de una ginecóloga desde la capital del país hasta el Departamento donde se objeta la realización de los procedimientos.

8.9. Un estudio realizado por la ONG Mujer y Salud en Uruguay,^{274 275} brinda datos sobre la situación del ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los médicos de las instituciones públicas a marzo de 2015, el que interesa fundamentalmente por su valor estadístico.

El trabajo se realizó en dos fases. En la primera, que culminó en diciembre del año 2014, se relevó información sobre el estado de situación de todos los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo aborto. En la segunda fase, desarrollada entre enero y marzo de 2015, se indagó sobre significados, prácticas, valores y percepciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, a través de entrevistas a mujeres entre 15 y 49 años, de tres Departamentos del país.

BARBÉ PEREZ, Héctor, “Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo”, en *Estudios en homenaje de J.J. Amezága*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958.

- REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo XL, N° 238, (1958), separata distribuida por librería Juan A. Peri, y en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Montevideo, FCU, 1974, pp. 5 a 93.

- REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo. Principios del Derecho Administrativo”, en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista* citado.

274 El estudio realizado por la Organización No Gubernamental referida, presentado en abril de 2015, se titula “Estado de situación y desafíos en aborto y salud sexual y reproductiva en los departamentos de Paysandú, Río Negro y Soriano.”.

275 Extractado de diario “El País”, bajo el título “Aparecen más médicos que se niegan a practicar abortos...”, de fecha 16 de abril de 2015. Versión digital disponible en: www.elpais.com.uy/.../aborto-medicos-niegan-abortos. Fecha de consulta 27.04.2015.

- MARTINS, Daniel Hugo, "Derecho positivo y doctrina nacional posteriores a 1958", en *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado* citado al final de esta nota, pp. 111 - 133.

- CAJARVILLE, Juan Pablo, "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, pp. 155 - 179.

Conforme el informe, de los 16 ginecólogos que hay en uno de los Departamentos estudiados, 14 son objetores de conciencia y por tanto, se niegan a practicar abortos.

En otro Departamento, ocurre lo mismo con 6 de los 10 médicos ginecólogos allí radicados.

El estudio de la ONG distingue entre centros públicos y privados de los Departamentos indicados. De los datos obtenidos concluye que los médicos que trabajan para las instituciones privadas son quienes tienen más reparos en realizar abortos.

Afirma, además, que en uno de ellos, sólo tres de los siete médicos que trabajan para ASSE²⁷⁶ son objetores de conciencia.

En otro Departamento, según el estudio, sólo tres médicos de ASSE, son objetores de conciencia y todos ellos son de una ciudad no capital departamental.

De tal forma, cuando no hay capacidad en esta para recibir a las mujeres derivadas desde allí, estas se ven obligadas a viajar hasta Montevideo.

En una de las instituciones privadas, ninguno de sus tres médicos ginecólogos son objetores, pero en la otra, también privada, los tres ginecólogos sí lo son.

El estudio coincide con lo afirmado en su informe por la organización francesa "Médicos del Mundo" respecto del traslado de médicos desde Montevideo a fin de realizar los procedimientos requeridos por la ley de IVE.

8.10. Conforme lo que viene de verse en los Capítulos anteriores, la situación de nuestro país no difiere de lo que sucede en otros países y quizás por su pequeñez territorial, hasta puede considerarse menos dramática, aunque no por ello requiere menor atención.

Existen muchos puntos en común con la situación casi general en el mundo, como la ignorancia casi total de cuál es el número real de los médicos objetores, al no existir listados o registros detallados al respecto.

De llevarse estos, presentarían aspectos claramente positivos, pues permitirían realizar estudios con bases ciertas y claras sobre la respuesta médica y el acceso a los servicios de salud, para controles normales o en casos de emergencia, así como realizar muestreos que permitan obtener no sólo datos personales de los objetores (sexo, religión, edad, es-

²⁷⁶ La sigla pertenece a la Administración de los Servicios de Salud del Estado, creada como Servicio Descentralizado por la ley 18.161, de 29 de julio de 2007, artículo 1°.

tado civil, etc.) sino también cuáles son los motivos en que mayoritariamente se funda la objeción y si hay rectificaciones o revocaciones a la primigenia voluntad objetora.

Por otra parte y de ahí el menor dramatismo al que se hiciera alusión, las distancias relativamente cortas que deben recorrerse en nuestro país, permiten que la falta de atención especializada pueda ser salvada recurriendo al traslado de las usuarias, por lo general, por su propia voluntad, hacia otros centros hospitalarios donde no existan o haya menor cantidad de médicos objetores.

Otra solución posible para superar las dificultades, como se ha optado en la práctica por las autoridades, es el traslado del personal médico especializado desde la ciudad capital hacia las ciudades donde el ejercicio de la objeción presenta una elevada tasa.

Una u otra opción, a mediado y largo plazo, se traduce en mayores costos para la sociedad y en una baja en la calidad de la atención, por lo cual lo que debe lograrse es alcanzar soluciones de fondo.

Si bien la sanción de la ley es relativamente reciente, los problemas que su implementación acarrea se han planteado rápidamente y las soluciones que se han encontrado no han sido definitivas, sino más bien un paliativo que ha permitido superar lentamente las dificultades e ir sorteando los obstáculos.

En Uruguay, como en el mundo, se escuchan opiniones diversas, que van desde prohibir el ejercicio de la objeción hasta descartar todo límite al mismo, pero lo más importante es prestar la asistencia médica necesaria a quien la requiera sin perturbar ni desconocer las creencias, los dictados de la conciencia ni la dignidad de la persona humana.

En lograr el equilibrio entre estos valores, está el secreto de la solución definitiva que el problema requiere.

CAPITULO 9. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA. UN PROYECTO DE LEY EN URUGUAY

9.1. Debe mencionarse en este estudio un valioso antecedente legislativo sobre la objeción de conciencia. Tal es el proyecto de ley presentado en el Parlamento Nacional en el año 2010, por el entonces Representante Nacional por Canelones, Dr. Luis Alberto Lacalle Pou.^{277 278}

El referido proyecto, redactado por la Profesora Carmen ASIAÍN, contiene disposiciones de interés para este estudio, pues resulta de lenguaje muy técnico y es concreto y conciso.

Reconoce ampliamente el ejercicio de la objeción, aclarando dudas relativas a su funda-

²⁷⁷ Su texto se encuentra recogido en el Anexo A de este trabajo.

²⁷⁸ Resulta importante señalar que en la presente Legislatura la Profesora ASIAÍN, durante su desempeño como Senadora de la República, presentó un nuevo proyecto de ley sobre el tema, con algunas modificaciones respecto al referido en este Capítulo.

mento, a quienes alcanza la tutela del derecho, a cómo deben acreditarse los impedimentos aducidos; agrega además un capítulo con disposiciones específicas para el ámbito sanitario.

La Profesora Carmen ASIAÍN, al referirse en la Cámara de Representantes al referido proyecto, expresó lo siguiente:²⁷⁹ “.....me gustaría centrarme en el análisis de algunos aspectos del proyecto de ley en estudio, que pueden resultar controvertidos.

En primer lugar, el aparente escándalo que puede provocar la pretensión de no cumplimiento de una norma jurídica por una persona o institución, por resultar contraria a su conciencia individual o ideario institucional. Estamos ante un conflicto entre ley y conciencia.

Si se hace primar la conciencia, ¿implica esta conducta un desmedro del Estado de Derecho, queda éste puesto en entredicho? Intentemos responder y resolver esta cuestión.”

9.2. A fin de dar respuesta a la interrogante planteada, señala: “El orden jurídico en su conjunto, desde la Constitución Nacional y la normativa inferior, desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman con los principios generales del derecho y las normas constitucionales el llamado Bloque de los Derechos Humanos o Bloque de Constitucionalidad, se proclama la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, tanto en el fuero interno como en el externo de la persona, y se garantiza su ejercicio tanto de forma individual como colectiva, en sus diversas manifestaciones (.....). Por ello, el instituto de objeción de conciencia -cuando está bien fundamentado-, lejos de contradecir o de poner en jaque al Estado de Derecho, lo que hace es cumplimentar el Estado de Derecho en el caso concreto.

De forma que el incumplimiento, el aparente apartamiento de la obligación de fuente normativa, deviene una conducta jurídicamente adecuada, a la luz del orden jurídico en su conjunto.”

Prosigue: “Reconocida la libertad de conciencia, su amparo se hace efectivo mediante el instituto de la objeción de conciencia y de ideario, porque el Derecho así lo ha ideado, en reconocimiento de la dignidad humana inherente a toda persona, fin del Derecho.

No se presenta aquí un conflicto entre dos órdenes normativos distintos –entre el jurídico, por un lado y el moral, o religioso, o ideológico, por el otro- sino que el aparente conflicto se da dentro del mismo orden jurídico: entre la norma que impone una obligación contraria a la conciencia individual o colectiva, y la norma jurídica que tutela la conciencia individual y colectiva. Y el conflicto se resuelve, haciendo primar la conciencia, por reconocimiento del Derecho y del Estado a la primacía del hombre, cierto que luego de acreditados determinados extremos o requisitos, que el proyecto de ley contempla, para que proceda el amparo de la conciencia.”

279 ASIAÍN, Carmen, “COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO, en Uruguay”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año XII, N° 22 (2013), pp. 12 – 13. Versión Digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/.../DERECHO-22.pdf>...Fecha de consulta: 27.04.2015.

9.3. Expresa la Profesora ASIAÍN en un trabajo doctrinario,²⁸⁰ que el proyecto no hace más que reglamentar derechos y libertades constitucionales, también reconocidos por tratados internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el país.

El proyecto ha querido contemplar de modo general y amparar los casos posibles de conflicto entre ley en sentido general y conciencia, estableciendo pautas para la admisibilidad o no de la objeción de conciencia en diversos ámbitos: laboral, sanitario, educativo, cívico, administrativo.

Agrega que no constituye una licencia para desobedecer la ley, sino que reglamenta las situaciones en que una libertad reconocida prima –por haberlo así dispuesto el Derecho, que reconoce la primacía del hombre- por sobre una obligación jurídica, en un caso concreto y acreditados determinados requisitos, otorgando certeza jurídica tanto al eventual objetor, como al aplicador o intérprete del derecho.

Facilita el ejercicio de la libertad, pero no desprovisto del debido control de su regularidad por el operador jurídico, ya sea la Administración, el Juez o los particulares.

Como “*incumplimiento de una obligación de fuente normativa por contrariar las convicciones o creencias profundas del obligado*”, el derecho a la objeción de conciencia se deriva de la Libertad de Conciencia, cuya fuente es la dignidad humana y obra como mecanismo para hacer efectiva dicha libertad, pues de nada vale dicha libertad si no se la puede hacer valer en el momento preciso en que la conciencia del sujeto de derecho es vulnerada.

A modo de resumen, lo que pretende el proyecto es preservar un ámbito de intimidad, impenetrable a la autoridad, que permita al hombre conducirse según su conciencia, sin que le sea constreñida.

9.4. En el artículo 5º, literal E), en una disposición que resulta de la mayor importancia y que podría tener trascendentes consecuencias prácticas, el proyecto reconoce especialmente el derecho de objetar a quienes se desempeñan en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, cuando las obligaciones, a fin de ser cumplidas, incluyan aspectos incompatibles con las propias creencias o convicciones.

Asimismo, en solución acertada, el artículo 8º impide a las autoridades públicas y en su caso, a los tribunales, cuando sean llamados a intervenir en un asunto relativo a la objeción, ingresar en la consideración de los valores personales del individuo, juzgando “la pertinencia o procedencia de las convicciones o creencias del objetor”, respetando así su íntima convicción.

De tal forma, se pone a salvo del accionar estatal al sujeto, dándose preeminencia a la persona humana y sus convicciones por sobre las necesidades y exigencias del Estado que, precisamente, debe preordenar sus medios, disponiéndolos hacia el fin de garantizar y satisfacer el bien común.

²⁸⁰ En “COMENTARIOS AL PROYECTO.....” citado, p. 19.

CAPITULO 10. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y LA JURISPRUDENCIA. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 297/014, DEL 14 DE AGOSTO DE 2014 Y N° 586/015, DE 11 DE AGOSTO DE 2015

10.1. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dictado sentencias sobre la objeción de conciencia y en especial, en relación con el decreto 375/012, reglamentario de la ley de interrupción voluntaria del embarazo 18.987.

De entre ellas se destacan dos. La sentencia n° 297/2014, de 14 de agosto de 2014,²⁸¹ en la cual suspendió la aplicación de varios artículos del decreto referido y la sentencia n° 586/015, de 11 de agosto de 2015, la cual resolvió definitivamente el asunto y hace lugar parcialmente a la demanda y anula, con efectos generales y absolutos, las siguientes normas del decreto referido: a) inciso segundo del artículo séptimo; b) incisos primero, segundo y tercero del artículo octavo; c) último inciso del artículo decimosegundo; d) el inciso segundo del literal b) del artículo decimotercero; e) artículo decimosexto; f) el inciso primero del artículo vigesimooctavo; y g) el inciso primero del artículo vigesimonoeno.

Desestima, empero, la demanda respecto de los artículos 30, 31, 32 y 35 del antedicho decreto.

10.2. La referida sentencia N° 297/2014,^{282 283} de 14 de agosto de 2014, dictada en autos caratulados “ALONSO, JUSTO Y OTROS con PODER EJECUTIVO. Suspensión de Ejecución” (Ficha No. 550/13), pieza separada de la acción anulatoria de igual carátula, ficha No. 430/13, ante la solicitud formulada por un grupo de médicos ginecólogos, hizo lugar a la suspensión de la ejecución de los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 31, 32 y 35 del decreto 375/012, desestimando la solicitud en relación al artículo 30.

La Ministra, Dra. Mariela Sassón, se manifestó discordante con la suspensión de la ejecución de los arts. 31 y 32 del decreto impugnado, por fundamentos relativos al procedimiento de comunicación de la objeción de conciencia.

En síntesis, cabe señalar que la base de la impugnación radicó en que la aplicación del decreto impugnado generaba un grave perjuicio a la libertad de conciencia del personal de salud, que se veía inhibido de ejercer el derecho que le concedía la Constitución y le garantizaba la Ley, obligándoles a cumplir con prestaciones que violaban su conciencia.

²⁸¹ Debe señalarse que poco tiempo después de este pronunciamiento, la Sentencia n° 357 del mismo Tribunal, de 4 de setiembre de 2014, en autos caratulados “BARRAGUE, ANA Y OTRAS con PODER EJECUTIVO. Suspensión de Ejecución” (Ficha No. 681/13), pieza separada de la acción anulatoria de igual carátula, ficha No. 477/2013, hizo lugar a la suspensión de la ejecución de los arts. 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 31, 32 y 35 del Decreto 375/012, desestimando la solicitud en relación al art. 30. En este caso, a diferencia de la Sentencia anterior, no se plantearon discordias.

²⁸² El Tribunal cita en los Considerandos de la sentencia, nuestro trabajo “REFLEXIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA E IDEARIO EN EL URUGUAY A PARTIR DE LAS LEYES 18.987 Y 18.473.”, en *Revista de Derecho Público*, N° 43, (2013). Versión digital disponible en: <http://www.revista.derechopublico.com.uy/revistas/43/Juvenal>. Fecha de consulta: 20.06.2014.

²⁸³ La sentencia referida se encuentra recogida en el Anexo B de este trabajo. Versión digital disponible en: <http://www.tca.gub.uy>. Fecha de consulta: 02.07.2015.

Los actores afirmaban, además, que se trata de perjuicios que afectan la actuación moral de las personas y a la vocación a la que se han dedicado y que adicionalmente, implican una violación del espíritu de la ley 18.987 al dirigir el asesoramiento hacia la concreción del aborto, sin brindar un espacio de contención en el que pudiesen valorarse alternativas.

Agregan que el decreto impugnado incurre, además, en ilegalidades manifiestas, que señalan en su libelo anulatorio.

La entidad estatal demandada (Poder Ejecutivo, Ministerio de Salud Pública) sostuvo que el reglamento de ejecución impugnado tiene por objeto completar la ley 18.987 a los fines de asegurar su aplicación en los casos concretos y en nada vulnera ni su letra ni su espíritu, resultando claramente legítimo y ajustado a las previsiones legales y constitucionales.

10.3. Relevados los argumentos de las partes, el Tribunal estimó, analizando los derechos involucrados, que el daño que invocan los accionantes en el ejercicio de su derecho de objeción de conciencia, reviste la condición de “grave” en los términos descriptos por el artículo 2° de la Ley N° 15.869 y siguiendo el dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, suspendió liminarmente la aplicación de los referidos artículos del decreto 375/012, hasta tanto se analice en profundidad el mérito de la causa.

Luego de citar la valiosa opinión del Profesor Juan Pablo CAJARVILLE respecto de la Teoría del Balance y la valoración que debe realizar el Tribunal sobre los daños que podrían afectar a las partes involucradas, concluyó que en el funcionamiento del Ministerio de Salud Pública y en relación a la prestación de salud ofrecida, la suspensión de la aplicación de los artículos referidos no impedirá la derivación de la paciente, de forma tal que la interrupción del embarazo, como procedimiento integral, en todas sus etapas, se lleve a cabo por parte de otro profesional que no sea objetor.

En consecuencia, el Tribunal entendió (y así lo reflejó claramente en los Considerandos) que los alegados perjuicios a la libertad de conciencia del personal sanitario, derivados de la ejecución de las disposiciones impugnadas del citado decreto, superan en entidad a los que podría sufrir el órgano implicado en su organización, al accederse a la medida provisional solicitada.

El Tribunal rechazó, en cambio, la ilegitimidad manifiesta del acto impugnado, en base al argumento de que la misma no surgía con un grado tal de ostensibilidad o evidencia que no dejase lugar a ningún margen de duda razonable al respecto (y por tanto, estimó que tampoco se revelaba palmaria e irrefutablemente, en abierta contradicción con la regla de derecho).

10.4. Cabe recordar que en Uruguay la ley 15.869, de 22 de junio de 1987, en sus artículos 2° y 3°, asigna competencia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para entender en el incidente de suspensión de la ejecución o de los efectos de un acto administrativo,²⁸⁴ planteado conjuntamente con la demanda de nulidad.

²⁸⁴ Sobre este incidente puede verse: DURAN MARTINEZ, AUGUSTO, *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, 2ª edi-

Establece la Teoría del Balance, conforme el daño grave (sin tener en cuenta la posibilidad de indemnización) producido a la parte actora, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.

Se establece, además, la posibilidad de que el propio Tribunal pueda disponer la suspensión, sin que ello importe prejulgamiento cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.

Existe igualmente la posibilidad de que el Tribunal, ante nuevas circunstancias, deje sin efecto o modifique la suspensión dispuesta.

10.5. Comentando esta sentencia, GODAY y VERGARA²⁸⁵ expresan que es importante que como sociedad podamos despojarnos de la idea de que la objeción es una suerte de “ilegalidad consentida”, ya que no lo es. Y el fallo del TCA constituye un paso fundamental en este sentido.

La suspensión se constituye, así, como un instituto de amparo, de carácter preventivo, contra la actuación arbitraria o antijurídica de la Administración y conforme prestigiosa doctrina “Se funda en la necesidad de hacer realmente efectivos los derechos de los particulares, muchas veces lesionados de manera irreparable cuando llega tardíamente el pronunciamiento jurisdiccional.”²⁸⁶

Por último, señalan que la plena defensa de estos derechos toma un rol fundamental en estos días donde debemos apuntar a trabajar en la formación de una sociedad unida pero plural. Si no se trabaja en lograr una sociedad plural a través de acciones activas, la convivencia entre los hombres se hará cada vez más difícil. El primer paso, concluyen, debe darlo el Estado.

10.6. En otro trabajo doctrinario,²⁸⁷ se señala que el fallo del Tribunal se enmarca en la corriente jurisprudencial internacional de protección de los derechos fundamentales frente a la arbitrariedad de la administración, que coloca a Uruguay como país de vanguardia en la protección de tales derechos.²⁸⁸

Ello no obstante, se critican algunos aspectos del fallo, como la no suspensión por falta de legitimación del artículo 30 del decreto 375/012, reglamentario de la ley 18.897 y

ción, actualizada y ampliada, Montevideo, FCU, 2015, pp. 305 - 321; ROTONDO TORNARÍA, Felipe, *op. cit.*, pp. 438 - 440; SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1998, pp. 129 - 150.

285 GODAY, Karina - VERGARA, Victoria, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: RECONOCIMIENTO DE DERECHOS VERSUS CUESTIONAMIENTOS INSTITUCIONALES”, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, (2014), pp. 85-94. Versión digital disponible en: <http://www.revista.derechopublico.com.uy/goday.html>. Fecha de consulta: 26.04.2015.

286 La cita pertenece al profesor Héctor GIORGI, “La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos”, citado a su vez por DURÁN MARTINEZ, Augusto, en “Contencioso Administrativo”, 2ª edición actualizada y ampliada, Montevideo, FCU, 2015, p. 306.

287 VERGARA, Victoria y GUTIERREZ, Gianni, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA...” citada, p. 96. Resulta relevante en este trabajo la reseña de importante doctrina nacional y extranjera que formulara comentarios favorables a la sentencia que se analiza (*op. cit.*, pp. 99 - 104).

288 *Op. cit.*, p. 106.

la exigencia de la inmediatez en la participación de la conducta, que se expresa no tiene asidero alguno. Ello por cuanto ni el regulador ni el juez en su caso, pueden invadir la esfera privada del profesional de la salud y evaluar si la tarea que se le exige realizar está o no de acuerdo con su conciencia.²⁸⁹

Señala, además, que se ha reconocido el proceder del Tribunal de lo Contencioso Administrativo como un fallo importante en materia de derechos humanos y un antecedente que, sin lugar a dudas, servirá de guía a otros tribunales, inclusive de otras jurisdicciones, para seguir avanzando en la defensa y la protección del ejercicio de derechos fundamentales.

10.7. Por su parte, la sentencia n° 586/015, de 11 de agosto de 2015,²⁹⁰ estimó que los artículos 7, inciso 2°; 8, incisos 1°, 2° y 3°; último inciso del artículo 12, 16, el inciso 2° del literal b) del artículo 13, 16, y los incisos 1° de los artículos 28 y 29 del decreto 375/012 exorbitan el marco legal que reglamentan y por lo tanto, se dispuso su anulación.

La decisión anulatoria fue dictada con efectos generales y absolutos, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 311 de la Constitución e inciso 3° del artículo 28 del Decreto-Ley 15.524.

En relación con los artículos 7 y 8 del decreto 375/2012, en lo relativo con el accionar en forma conjunta o separada del equipo interdisciplinario de asesoramiento, el Tribunal concluyó que “.....el Decreto desvirtúa el período de cinco días de reflexión que se estableció para que la mujer pudiera reflexionar en base a toda la información recibida, pues disocia, en el tiempo, la entrevista con el equipo interdisciplinario y, en el Decreto, el plazo se cuenta a partir de la primera y no de la última entrevista, como sería de sentido común, de forma que las restantes podrían acaecer extemporáneamente y en consecuencia no tenerse en cuenta para la reflexión.....”.

Por tanto, el Colegiado entendió que correspondía amparar la demanda sobre este punto y anular lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 7° e incisos 1°, 2° y 3° del artículo 8° del decreto 375/2012.

10.8. Respecto del inciso final del artículo 12 del decreto, el Tribunal estimó que fue “.....diseñado para asesorar a la mujer solo en la realización del aborto con “...disminución de riesgo y daño...”, pero se omitió reglamentar todos los demás propósitos que persiguió el legislador.

Concluye el Tribunal, que de lo que viene de exponerse “.....fluye, sin esfuerzo, que resulta palmario el apartamiento de la norma reglamentaria en estudio del texto y espíritu de la Ley.....”. Por lo tanto, declaró la nulidad del inciso final del artículo 12 del decreto multicitado.

Respecto del literal b) del inciso 2° del artículo 13, expresó que en cuanto se le veda al equipo interdisciplinario entrevistarse con el progenitor, de la mera confrontación de

289 *Op. cit.*, p. 98.

290 La sentencia referida se encuentra recogida en el Anexo C. Versión digital disponible en: <http://www.tca.gub.uy>. Fecha de consulta: 31.08.2015.

este artículo con el artículo 4° literal B) de la ley 18.987, surge sin hesitaciones que el decreto ha desbordado el texto legal que reglamenta, atribuyendo al silencio de la usuaria un efecto que la ley no prevé.

El equipo “deberá” entrevistar al progenitor si la mujer así lo consiente, por lo que, va de suyo que, en cumplimiento del deber impuesto, por lo menos, el equipo deberá conocer el parecer de la mujer acerca de tal cuestión, por lo que parecería que debe mediar su pronunciamiento acerca de tal cuestión.

En conclusión, considera de recibo el agravio de la parte actora y anula el literal b) del inciso 2° del artículo 13.

10.9. Respecto de la impugnación del artículo 16, en la medida que se entiende que al sustituirse el concepto de gravedad, por un concepto mucho más amplio, se aumenta el elenco de casos en los que no puede esgrimirse la objeción de conciencia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo realiza un análisis más detenido.

Señala la Corporación que el decreto elimina tal nota de “gravedad” e introduce la hipótesis de toda circunstancia de riesgo para la salud bio-sico social de la mujer, sin enunciar pauta alguna que ilustre al médico tratante acerca de cómo evaluar ese riesgo bio-sico social, concepto que resulta, por lo demás, amplio, vago, y subjetivo.

A criterio del Tribunal, la propia norma legal en el artículo 6° inciso A, segundo párrafo, ilustra al intérprete acerca del propósito perseguido por el legislador cuando limita la regla de salvar ambas vidas a que, con ello, no se ponga en peligro la vida o la salud de la mujer.

En definitiva, de lo que se trata es de la vida o salud de la mujer y para nada tienen que ver otras consideraciones, como los riesgos sico-sociales, que pueden ser valiosas, pero que no están contempladas en el precepto legal.

Señala que “.....desde que dicha disposición exceptúa de los casos en que puede esgrimirse objeción de conciencia a la interrupción del embarazo en las circunstancias expuestas en el literal A) del precitado artículo 6°, la interpretación del decreto vendría a exceptuar de la posibilidad de objetar a un número más amplio que el dispuesto legalmente, cuando se verifiquen circunstancias que -sin poner en riesgo grave la salud de la mujer- comporten un riesgo (no grave), para su salud bio-sico social.....”.

También en este caso, se ha exacerbado la potestad reglamentaria, definiendo, mutilando y ampliando lo que la ley no prevé, hipótesis que determina la nulidad del artículo 16.

10.10. Respecto del artículo 28 inciso 1°, que prohíbe objetar a determinados profesionales, el Tribunal señala su confrontación con lo establecido en el artículo 11 de la ley 18.987, descartando de plano los argumentos esgrimidos por el Ministerio de Salud Pública.

Entiende el Tribunal que la cuestión debatida, en este caso, no parece circunscribirse

a determinar la correspondencia entre lo legislado y lo reglamentado, sino que aquí se evidencia una distinta concepción de la objeción de conciencia entre legislador y autoridad administrativa.

Agrega luego que *“La objeción de conciencia constituye un derecho fundamental y visto la materia legislada, el parlamentario fue consciente de las contradicciones que genera la práctica del aborto y, por tal motivo, consagró un ejercicio amplio de aquel derecho.*

La Ley otorga amplias garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa y, por tanto, todos los poderes públicos están obligados a adoptar cuantas medidas fueran necesarias para procurar su efectividad.

En este orden de ideas, no se puede compartir la aseveración de la parte demandada en cuanto manifiesta que la reglamentación en nada innova o modifica la solución legal; ya que, en realidad, el Decreto es notoriamente limitativo del derecho de objeción de conciencia.

A juicio del Tribunal y como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía: “...La acepción legal “procedimiento” debe entenderse como omnicompreensiva de todas las etapas necesarias para la práctica del aborto y no solo del acto concreto de la ejecución de aquél.”

10.11. *Prosigue el Tribunal: “Señalan los accionantes, con razón, que tales etapas incluyen las acciones preparatorias (por ejemplo, preparación del instrumental) y las posteriores (por ejemplo, disposición de los restos) necesarias para su conclusión.*

La participación en el asesoramiento previo implica, necesariamente, la firma de un formulario, condición formal para realización del aborto. Por tanto, quien firma este formulario está participando activa y directamente en el proceso de interrupción del embarazo, a lo cual no permite objetar, sino que se obliga a intervenir.....”.

La ley no dice que la objeción de conciencia sólo procede para aquellos profesionales que participan directamente en la maniobra abortiva, en el “acto concreto” en palabras del M.S.P., sino que la ley habla de “...procedimientos del inciso 5° del artículo 3° y artículo 6°...”; procedimientos y en plural, y, no de acto (en singular).”

Finalmente, concluye el Colegiado: “El Diccionario de la Real Academia Española define “procedimiento” como “método, operaciones, etc., para realizar algunas cosas....”, y por consecuencia, de la recta inteligencia del texto legal es preciso concluir que el derecho de objeción de conciencia es aplicable, en todo caso, en que el objetivo intencional sea la provocación del aborto, con independencia de que este resultado se obtenga en un único acto médico con efecto inmediato o a través de varias intervenciones que se extiendan en el tiempo.

Es decir, comprende la exención de todas aquellas actuaciones que responden a la intencionalidad de abortar, ya sea que el resultado sea obtenido en una sola actuación clínica o bien a través de variados y diversos actos desarrollados a lo largo de un proceso y que constituyan condición necesaria para el logro del objetivo.”

Anula, conforme lo expuesto, el inciso 1° del artículo 28 del decreto.

10.12. Respecto de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 29 del decreto 375/012, en cuanto limita el elenco de sujetos que pueden ejercer el derecho a la objeción de conciencia y en cuanto a las acciones necesarias para la concreción del acto abortivo, el Tribunal rechaza esta pretensión de los accionantes, en la medida que todos los actores comparecientes son médicos ginecólogos, si bien señala que se trata de un nuevo apartamiento del reglamentador del claro texto legal, en tanto en este están comprendidos los clínicos, paraclínicos y personal administrativo.

Por tanto, los accionantes, al no tener tales calidades, carecen de legitimación activa para agraviarse de tal limitación, conforme lo establecido en el artículo 309 de la Constitución.

En cambio, hace lugar a la pretensión de los impugnantes en cuanto el inciso 1° del artículo 29, reiterando lo expuesto en el artículo anterior, por cuanto limita la objeción de conciencia al personal médico y técnico “...que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo...”, en tanto el texto legal no efectúa distinción alguna entre acciones directas e indirectas.

10.13. En relación a la impugnación de los artículos 30, 31, 32 y 35 del decreto en examen, el Tribunal desestimó la demanda.

Respecto del artículo 30, conforme los argumentos que vienen de expresarse y los señalados en la interlocutoria N° 297/2014 del 14 de agosto de 2014, los actores (médicos ginecólogos), carecían de legitimación activa para impugnar la norma en estudio, desde que la norma no les alcanza en su esfera personal.

Sobre el artículo 31, que estableció que la objeción de conciencia se presentara en forma escrita ante las instituciones en que el objetor presta servicios, especificando el contenido de dicha declaración y el artículo 32, que preceptúa que sólo serán válidas las objeciones de conciencia que sigan los procedimientos establecidos en la propia reglamentación, el Tribunal consideró que no exorbitaban el texto legal.

Compartió el argumento de la Administración en cuanto a que, en realidad, se estableció una forma de manifestar el derecho en cuestión que, por lo demás, constituía un elemento probatorio y la forma de que cada institución conozca la voluntad de los profesionales médicos ginecólogos a fin de organizar sus cuadros, haciendo saber su objeción de conciencia, fundamentada en valores personales.

Señala el Tribunal que: *“Hacerlo por escrito, bajo firma de quien plantea la objeción de conciencia, es la única forma o, por lo menos, la que aporta mayor certeza y fehaciencia, de la posición sustentada respecto a una situación tan sensible como la que se plantea.*

Y mal puede agraviar esta exigencia desde que “el escrito” es la forma habitual que nuestro ordenamiento exige para numerosos actos en los cuales se asienta la voluntad de los sujetos.....”.

10.14. Respecto de la reglamentación de la ley, señaló el Tribunal, luego de citar a los Profesores SAYAGUES LASO Y CAJARVILLE, que *“esas condicionantes por las que se*

hará eventualmente operativa la autorización a la que refiere la Ley no supone, francamente, una norma de permiso asignada al Poder Ejecutivo para que agregue, prescriba y establezca, discrecionalmente, limitaciones al ejercicio de un derecho constitucionalmente tutelado.

De lo contrario, por vía reglamentaria el Poder Administrador se arrogaría facultades irrestrictas y limitativas de derechos fundamentales en franco desconocimiento del alcance de la atribución del legislador y, en definitiva, de los expresos límites sobre los que aquél contorneó el ámbito de acción del Poder Ejecutivo.....”.

10.15. Finalmente, respecto del artículo 35 del multicitado decreto, señala el Tribunal que no se advierten razones por las cuales se reclama la nulidad de esta norma, ni se vislumbra que contradiga el texto legal, máxime cuando la solución edictada por el artículo 31 se considera ajustada a derecho.

La decisión anulatoria fue dictada con efectos generales y absolutos, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 311 de la Constitución e inciso 3° del artículo 28 del Decreto-Ley 15.524.

El Tribunal basó su decisión expresando: *“Como se ha dicho en sentencia N° 545/2014: “....dado el alcance general del impugnado, y en función de la desigualdad que la anulación con efecto interpartes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercitará la facultad conferida en el artículo 311, inciso 2°, de la Constitución de la República, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada.*

La sentencia anulatoria con efectos generales y absolutos cumple “...una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes”, objetivo que prima sobre evidentes razones de economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios, al tiempo que facilita la unidad de calificación de la ilegalidad declarada (GARCÍA DE ENTERRÍA: Ob. cit., t. I cit., págs. 244-245).” (Cfm.: sentencias Nos. 1016/1998; 619/2013, 696/2013, 59/2014, 642/2014, entre otras). “

10.16. Brevemente, cabe señalar que las sentencias que vienen de mencionarse reconocen, en principio, a la objeción de conciencia como uno de los valores de mayor importancia para la persona, que merece rápida protección y debe ser tutelada por los Tribunales si el Estado la desconoce y pretende vulnerarla.

En el caso, la sentencia 586/015 implica un muy importante avance hacia el camino correcto, señalando las normas que vulneran, en algún caso de forma significativa, el derecho de la persona a objetar frente al Estado, que se proyecta también al funcionario.

En tal sentido, cuando el Tribunal expresa al referirse al inciso 1° del artículo 28 del decreto, que este es notoriamente (esto es, palmaria, ostensible, claramente) limitativo de la objeción de conciencia, está reconociendo expresamente su existencia dentro de nuestro ordenamiento y que también los funcionarios públicos pueden ejercerla. Y al tratarse de un decreto ostensiblemente limitativo del derecho de objeción de conciencia, el Tribunal procede entonces a anular algunas de sus disposiciones.

Señala, además, el fundamento que sirve de base a tal postura: la objeción de conciencia constituye un derecho (que califica como FUNDAMENTAL) y la ley (en referencia a la 18.987) consagró un ejercicio amplio de aquel derecho, en función de la materia legislada y de las contradicciones que plantea la cuestión (en el caso, la práctica del aborto).

El pronunciamiento del Tribunal, por tanto, además de reconocer expresamente la objeción de conciencia sanitaria, reconoce la existencia de la objeción como derecho inherente a la persona, el cual ha sido recogido en la norma de derecho y cuya efectividad debe ser garantizada por los poderes públicos.

El colegiado reconoce, entonces, que el ejercicio de la objeción tiene fundamento constitucional, pues expresó que la ley otorga amplias garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa y que, por tanto, todos los poderes públicos están obligados a adoptar cuantas medidas fueran necesarias para procurar su efectividad.

Se remite, por tanto, a normas constitucionales sin mencionarlas expresamente, como es el caso de los artículos 5º, 72 y 332, ya comentados en este trabajo.²⁹¹

En consecuencia, no sólo reconoce expresamente que existe en nuestro ordenamiento el derecho de objetar, sino que señala, además, que todos los “poderes públicos” (podríamos entender por tales, por ejemplo, a los Poderes de Gobierno, o a cada organismo o funcionario público particularmente considerado) están obligados a adoptar todas las medidas requeridas para que su ejercicio sea real, efectivo, ágil, sencillo y rápido.

10.17. El Tribunal le impone, entonces, al Estado la obligación de establecer medios y procedimientos adecuados, dirigidos a la realización *efectiva* de los derechos, así como tutelas jurisdiccionales seguras y eficientes y por tanto, adecuadas para la protección de los valores fundamentales de la persona.

El Estado tiene la obligación de *materializar* ese derecho, de organizar un sistema de tutela de modo tal que se satisfaga el valor fundamental protegido y la persona pueda obtener prontamente una decisión fundada en el Derecho, imparcial y motivada.

Sin mencionarlo, se reconoce la importancia del principio *pro persona* o *pro homine*, originado en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entendido como garantía y protección de los derechos del ser humano y que tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer/garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones/restricciones al ejercicio de los derechos humanos.²⁹²

En suma, se trata del respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva,²⁹³ o dere-

291 Cabe remitirse en tal sentido a lo expresado en el Capítulo 6.

292 CASTILLA, Karlos, *op. cit.*, pp. 69 - 70.

293 La Declaración Universal de los Derechos Humanos lo recoge en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

cho a un juicio justo, o derecho a la justicia, que se encuentra garantizado por el derecho al acceso a la justicia y que implica, en esencia, la posibilidad de acceder de forma real (no teórica) y viable (a través de un procedimiento sencillo y ágil), en condiciones de igualdad, a un órgano jurisdiccional independiente e imparcial y cuya competencia haya sido establecida con antelación por la ley.²⁹⁴

10.18. La doctrina ha expresado que de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional como derecho fundamental de la persona si la misma no es “efectiva”, esto es, si no garantiza el debido cumplimiento de los fallos y la reparación integral de los daños eventualmente reclamados.²⁹⁵

Tal derecho constituye un deber imperativo para los Estados Partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en los términos precisados en la norma internacional, conforme lo establecido en el artículo 1²⁹⁶ de la misma, que determina la autoejecutividad de los derechos contenidos en el tratado, sin que para ello se requiera legislación interna.²⁹⁷

En consonancia con lo anterior, el artículo 2 de la Convención²⁹⁸ establece el deber del Estado de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para

La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en Uruguay por la ley 15.737, de 8 de marzo de 1985, artículo 15, en su artículo 8° establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Cabe aclarar que las garantías judiciales reconocidas en este artículo no deben ser circunscriptas exclusivamente a la materia penal, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención” (Corte IDH, OC 9/87, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 6 de octubre de 1987, en respuesta a solicitud formulada por el gobierno de Uruguay). Versión digital disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf. Fecha de consulta: 3.7.2015.

294 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido respecto al debido proceso administrativo que es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. En tal sentido, en el caso Baena Ricardo y otros, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 127 y en la Opinión Consultiva OC-18/03, párrafo 129.

En dicho caso, párrafo 130, cita los siguientes precedentes del sistema europeo de derechos humanos: “...Eur. Court. H.R., *Campbell and Fell judgment of 28 June 1984*, Series A No. 80, párrafo 68; *Eur. Court. H.R., Deweer, judgment of 27 February 1980*, Series A no. 35, párrafo 49; y *Eur. Court. H.R., Engel and others judgment of 8 June 1976*, Series A No. 22, párrafo 82...”.

295 DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*, Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2009, p. 17.

296 El artículo 1 de la Convención establece: “Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

297 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 2, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2004, pp. 124 - 125.

298 El artículo 2 establece: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

hacer efectivos tales derechos y libertades.

Por tanto, los Estados tienen la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico a los deberes contraídos al momento de ratificar la Convención.

Estimo que por ese camino transita el Tribunal al imponerle a los poderes públicos la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para el ejercicio efectivo de la objeción, a la cual califica, además, como Derecho Fundamental.

El Profesor DURAN MARTINEZ²⁹⁹ lo considera un derecho humano, con valor y fuerza supraconstitucional y que, por tanto, se impone a todo nuestro ordenamiento jurídico, despejando toda duda al respecto el artículo 72 de la Constitución.

Precisamente, ese es uno de los aspectos en que la sentencia debió haberse exployado, ya que debería haberse fundamentado con mayor exactitud y detenimiento cuáles son los principios y las normas constitucionales en que se funda el reconocimiento de la objeción de conciencia, que se reconoce expresamente como de amplio ejercicio.

En relación con lo anterior, debieron también haberse establecido con precisión sus alcances y límites, así como su pertinencia o rechazo, señalándose además las características que la definen.

Respecto del rechazo del accionamiento respecto del artículo 32, deberían haberse señalado los límites de la comunicación escrita que se admite. Ello por cuanto, a nuestro juicio, eso debe ser simplemente: una comunicación a la Dirección Técnica de la Institución de que se objeta, sin explicitación de las razones, pues los dictados de la propia conciencia no requieren explicación alguna, como cualidad intrínseca del ser humano, tal como hemos señalado anteriormente.^{300 301}

10.19. Finalmente, el dictado de la sentencia con efectos generales y absolutos implica que el Tribunal consideró que el acto impugnado causó lesión al interés legítimo de los accionantes y por tanto, declaró la nulidad del acto administrativo en interés de la regla de derecho o de la buena administración, conforme los requerimientos del inciso 2º del artículo 311 de la Constitución.

Conforme GIORGI,³⁰² el Tribunal debe pronunciar la anulación de un acto ilegal, en interés de la regla de derecho o de la buena administración, según interpretación armónica de los incisos 1º y 2º del artículo 311 de la Constitución, cuando no existiendo violación de un derecho subjetivo perfecto, aquella se funde en la violación del derecho objetivo, del orden jurídico -regla de derecho- o en consideraciones de buena administración.

Agregaba GIORGI que, con mayor precisión, la anulación del acto en interés de la

299 *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO* referido, p. 362.

300 Así lo expresamos en este trabajo, en el Capítulo 7, numeral 10.

301 JAVIER, Juvenal, "REFLEXIONES.....", p. 52.

302 GIORGI, Héctor, *EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, p. 288.

regla de derecho o de la buena administración procede para el constituyente, únicamente, en aquellos litigios en los cuales la decisión impugnada no plantea la violación de ningún derecho subjetivo perfecto.³⁰³

En definitiva, las sentencias señaladas resultan de suma importancia y constituyen un importante material de análisis, por cuanto suponen un claro reconocimiento de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, admitiéndose inclusive la suspensión de la ejecución del acto (en la sentencia n° 287/014) y posteriormente (por la sentencia n° 586/015), la anulación de algunos artículos por lesionar situaciones jurídicas subjetivas, con efectos *erga omnes*, en base a razones de buena administración, de protección del orden jurídico y de igualdad de tratamiento de los administrados.³⁰⁴

CAPITULO 11. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

En este Capítulo se tratará de dar respuesta a interrogantes concretas, de las que se excluirá específicamente al personal sanitario del sector público, que ya fuera analizado en el Capítulo 7, pues la vastedad y complejidad del tema hace imposible su abordaje detallado en este trabajo.

También se excluirá a los jueces, si bien son funcionarios públicos, pues el tema a su respecto ha sido analizado en el Capítulo 4 numeral 6 del presente trabajo.

Concretamente, se tratará de dar respuesta, preponderantemente, a cuatro cuestiones de importancia, intentándose determinar si el derecho de objeción de conciencia puede ser ejercido por todos los funcionarios públicos y en su caso, cuáles son las circunstancias que legitiman su ejercicio y bajo qué requisitos ello puede ser posible.

Finalmente, como corolario de lo anterior, se procurará establecer las consecuencias o efectos del reconocimiento del derecho a objetar.

11.1. ¿Todos los Funcionarios Públicos tienen derecho a la objeción de conciencia?.

11.1.1. A fin de comenzar el análisis de esta cuestión, objeto de controversias en el

303 El Profesor ROTONDO señala que la doctrina, en general, ha considerado que los efectos generales y absolutos se verifican si la anulación se efectúa por lesión de un interés legítimo; ello aún con matices, en lo que atañe a si en esa situación los efectos son necesarios o dependen de una declaración explícita por parte del tribunal. Se los admite en esa situación porque “el interés del particular no está protegido como tal sino que está protegido únicamente en cuanto no se oponga o en cuanto coincida con el interés público”.

Señala, además, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha seguido el criterio de *declarar* los efectos generales aún sin aparecer la vinculación necesaria con la lesión a un interés legítimo, o ha expresado que la limitación de la cosa juzgada “cede en aquellos casos en que, con base normativa indiscutible, la sentencia puede asumir un alcance o irradiación superior”, atendiéndose a “la entidad de los vicios invalidantes” (incompetencia, lesión de derechos constitucionales, etc.) y a que en la base del concepto de “buena administración” “se halla también el acatamiento de la regla de derecho”, por lo cual la sentencia, con esos efectos, cumple “una finalidad purgativa del ordenamiento”.

Agrega que el Tribunal entiende que “resultaría incoherente y contrario a la seguridad jurídica (uno de los valores axiológicos del Derecho a cuya cristalización propende) la vigencia de normas diversas, con irritante desigualdad” en cuanto a quienes no accionaron. (los entrecomillados corresponden a sentencias del TCA citadas por el Profesor ROTONDO), *Manual*....citado, pp. 437 - 438.

304 GIORGI, Héctor, *op. cit.*, p. 289.

Derecho comparado, debemos acudir a las normas sobre funcionarios públicos de orden constitucional y legal que consideramos aplicables al tema.

Ello sin dejar de tener presente que se trata de un derecho fundamental, esto es, esencial para el desarrollo del ser humano en cuanto tal y en la colectividad en la cual vive.

En tal sentido, en nuestra opinión el rechazo a participar en la ejecución de una injusticia no sólo es un deber moral, sino también un derecho humano.

Si no fuera así, se obligaría a la persona humana a realizar una acción intrínsecamente incompatible con su dignidad y de este modo, su misma libertad, cuyo sentido y fin auténticos residen en su orientación a la verdad y al bien, quedaría radicalmente comprometida.

Se trata de un derecho a incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia, pues la libertad de conciencia de nada valdría si no se la pudiera hacer valer en el momento en el que ella es vulnerada.³⁰⁵

11.1.2. A los fines de este estudio, se habrá de considerar funcionario público (o lo que es lo mismo servidores, agentes públicos, o empleados), siguiendo un criterio amplio y conforme la definición de prestigiosa doctrina, a todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal.³⁰⁶

Como ha señalado el Profesor ROTONDO,³⁰⁷ la doctrina y jurisprudencia nacionales siempre han seguido un concepto amplio de funcionario público, que comprende a quienes ejercen funciones políticas, de alta administración o tareas subordinadas; a los que lo hacen permanentemente o en forma transitoria; a los presupuestados y a los contratados; a los que son retribuidos y a los honorarios, etc.

La función que la persona cumple puede ser legislativa, jurisdiccional o administrativa, como consecuencia de un vínculo o relación funcional que lo une a una entidad estatal.

Esta definición es la adoptada en líneas generales por la ley 19.121, de 20 de agosto de 2013, Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, en el artículo 3º, inciso 1º, agregándose "*bajo una relación de subordinación y al servicio del interés general.*"

Resulta importante la incorporación,³⁰⁸ que hace que la persona física sea un funcionario estatal; es así que quedan fuera los colaboradores de una entidad estatal, de derecho público, que no se incorporan a ella; quien celebra un arrendamiento de obra o de servicio, sin tal incorporación y por cierto, el personal de una empresa privada concesionaria.

305 DELPIAZZO, Carlos, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL...*, citado, p. 227.

306 SAYAGUES LASO, Enrique, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 5ª Edición, Montevideo, FCU, 1987, Tomo I, p. 263.

307 ROTONDO, Felipe, *Manual de DERECHO ADMINISTRATIVO* citado, p. 195.

308 ROTONDO, Felipe, *op. cit.*, p. 196.

No son tampoco funcionarios públicos, los empleados de personas de derecho público no estatal, si bien se les considera tales a los efectos penales, conforme lo dispuesto en el artículo 175 del Código Penal, en la redacción dada por la ley 17.060, de 23 de diciembre de 1998, conocida como ley Anticorrupción.

En suma, la administración pública actúa a través de su personal, tanto para la formación y expresión de la voluntad de sus órganos como para la concreción material de esa voluntad y la realización de los cometidos que le corresponden.³⁰⁹

11.1.3. El funcionario público, conforme la definición aportada, ejerce la función pública, lo que implica ejercicio del poder estatal soberano, con el objeto de lograr el fin del Estado, sometido al Estatuto del Funcionario. Este ha sido definido como el conjunto de normas jurídicas y técnicas que regulan la situación de los funcionarios públicos.³¹⁰

Entre los deberes de los funcionarios debe mencionarse el de respeto y de obediencia respecto de su superior jerárquico, el que significa, por un lado, el acatamiento debido y el cumplimiento de las órdenes que se les imparta y por otro lado, un tratamiento acorde con los usos y costumbres en relación a personas de mayor grado jerárquico.

Con relación al deber de obediencia al superior, señala el Profesor CORREA FREITAS,³¹¹ tiene límites muy precisos, pues bajo ninguna circunstancia un funcionario está obligado a cumplir una orden que sea manifiestamente ilegítima, en cuyo caso debe dejarlo asentado expresamente por escrito.

Cita jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en tal sentido.

El referido Profesor,³¹² agrega luego que se presentan situaciones diferentes en la práctica administrativa. Y se pregunta: ¿Puede un funcionario negarse a cumplir con una reglamentación o con una resolución que considere ilegal?

La respuesta consiste en que los funcionarios, ante la imposibilidad de impedir la aplicación de un decreto o de una resolución del Poder Ejecutivo o de un Ministro, pueden expresar por escrito cuál es su leal saber y entender sobre las normas en cuestión, a fin de que la superioridad pueda eventualmente enmendar una ilegitimidad o un error.

Este razonamiento del Profesor compatriota, que se comparte, puede aplicarse al tema de la objeción de conciencia.

Sobre la cuestión planteada, el Profesor ROTONDO,³¹³ luego de explicar el tema y transcribir al Profesor DURAN MARTINEZ, respecto de que en estos casos no está en juego la jerarquía, elemento definidor de la centralización, sino el principio de jerarquía

309 ROTONDO, Felipe, op. cit., p. 195.

310 MARTINS, Daniel Hugo, *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1965, p. 40.

311 CORREA FREITAS, Rubén y VASQUEZ, Cristina, *Manual de Derecho de la Función Pública*, Segunda Edición, Montevideo, FCU, 2011, pp. 220 - 221.

312 Op. cit., p. 221.

313 Op. cit., p. 67.

de las normas, expresa que *“En puridad, en la administración de un Estado de Derecho esta es la solución jurídicamente pertinente, sin perjuicio de que obviamente lo correcto para la administración y sus funcionarios, sea adecuar el reglamento a la normativa superior.”*

Por cierto que si el funcionario tiene el deber de acatar la norma y cumplir las órdenes, todo incumplimiento traerá aparejada la posibilidad de ser sancionado y aún más, si se trata de un acto de la función que debe cumplirse con cierta frecuencia, una pertinaz negativa podría conducir a una sanción de gravedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Por tanto, estos temas conciernen al Derecho Público, al Constitucional y al Administrativo, en tanto el Estado, por su naturaleza instrumental, está llamado cada vez con más frecuencia a “administrar”, mediante actos jurídicos y operaciones materiales, los bienes y valores, toda vez que debe dar respuesta a las demandas y planteos de los destinatarios de su función, que lo son los habitantes del país.

En realidad, el sujeto analiza el mandato de la norma en función del derecho de examen (del contenido de la regla de derecho y de la orden recibida) y lo confronta con lo que le dicta su conciencia y en función de ese análisis rechaza o admite el cumplimiento del imperativo planteado.

11.1.4. El problema radica en si debe admitirse que algunas personas actúen de acuerdo con los dictados de su propia conciencia, lo cual implica el reconocimiento, expreso o implícito, de un derecho a ser dispensado del cumplimiento de los deberes impuestos por la norma, en atención a la conciencia individual y a postulados morales.

El tema ya se ha planteado, como hemos visto, en otros ordenamientos.

En el Reino de España, la Constitución únicamente reconoce expresamente la objeción al servicio militar; el artículo 30.2 de la Constitución, ya citado, establece que la ley regulará las obligaciones militares y la objeción de conciencia, con las debidas garantías del caso; la prestación obligatoria ya no rige, por aplicación de la Disposición Adicional 13ª de la ley 17/1999, de 18 de mayo.

La Constitución introduce entonces simultáneamente el deber (genéricamente establecido) y la excepción, en el caso, de cumplimiento del servicio militar obligatorio, basado en las convicciones de orden moral, ético, religioso o aún humanitario, sustituyéndosele por la prestación militar sustitutoria, que implicaba el cumplimiento de una labor de utilidad social que no tuviera relación con la institución militar.

Se entendía que toda objeción o excepción al cumplimiento a la ley tenía que tener cobertura legal. Era el legislador, por medio de la ley, quien podía otorgar, cuando lo estimase oportuno, la exención a cualquier tipo de deber.

Si bien la Constitución no impide que pueda ampliarse el campo de la objeción de conciencia y su aplicación a los deberes constitucionales, la libertad de objetar, si bien reconocida como derecho, no era considerada por la jurisprudencia ni por la doctrina

mayoritaria como un “derecho fundamental”, sino como un “derecho constitucional autónomo”.^{314 315}

Se le consideraba entonces como un derecho, reconocido sí por la Constitución, pero a la exención de un deber constitucional y no como un derecho fundamental, propio de la persona humana.

Su ejercicio se admitía sólo antes o después de la prestación del servicio militar, atento a la organización interna del servicio, pues se estimaba que su ejercicio individual estando en “filas” podría perturbar la prestación del deber militar. Ello reafirma la condición de “derecho de segunda clase”, por así decirlo, que le era conferida.

11.1.5. A nuestro juicio, se trata de un derecho inherente a la personalidad humana y por tanto, de carácter personalísimo, que debe ser complementado por la legislación a fin de evitar que los ciudadanos se vean forzados a obrar contra los imperativos de su conciencia para cumplir deberes de solidaridad ciudadana.

La legislación debe impedir tal confrontación y evitar colocar al sujeto en la disyuntiva de traicionar sus creencias o convicciones más íntimas, sometiénzose a la amenaza de sufrir sanciones de orden administrativo y/o penal.

Lo cierto es que cuanto mayor sea la protección de la objeción, mayor será el grado de fidelidad a la filosofía del Estado de derecho, con base en el respeto a la dignidad humana.

Ese es precisamente el gran dilema: en la perspectiva uruguaya debe considerarse a la objeción de conciencia como derivada de la dignidad humana, en base al artículo 72 de la Constitución, o debe hacerse prevalecer el deber ciudadano de obrar con responsabilidad social, reprimiendo los dictados de la conciencia y entonces, limitar su ejercicio por el servidor público.

En otros países la doctrina y jurisprudencia han exigido que la objeción de conciencia esté consagrada expresamente en el ordenamiento jurídico, basándose quizás en la preocupación de que el reconocimiento de plano de la objeción como derecho significaría admitir excepciones en el cumplimiento de la ley.

Lo cierto es que los funcionarios no dejarán de serlo, ni serán mejores o peores en su desempeño funcional porque ejerzan un derecho individual, constitucionalmente tutelado, a la objeción, por considerarse que, de plano, deben renunciar a interponer la objeción cuando se adquiere la condición de servidor público.

Esta no nos parece la solución ajustada a Derecho, pues además de los fundamen-

314 Tal el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 160/1987, de 27 de octubre de 1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la ley 48/984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria. El Tribunal Constitucional, en franca contradicción con lo sostenido hasta entonces, negó el carácter de ‘derecho fundamental’ de la objeción de conciencia para considerarlo como un ‘derecho constitucional autónomo, pero no fundamental’. Lo desligaba así de la libertad ideológica y religiosa del artículo 16 de la Constitución, además de negar que esta recogiese un derecho a la libertad de conciencia.

315 SANCHEZ GOYANES, Enrique, *op. cit.*, pp. 78 - 79.

tos de texto que se explicitarán, resulta obvio que la calidad de funcionario público no puede quedar sometida a esta clase de condicionamientos ni originar un menoscabo de las garantías fundamentales que le protegen, en primerísimo lugar como persona y también, como trabajador.

En Uruguay, afortunadamente, esa no es la situación, pues la tutela constitucional es amplia, como veremos en el apartado siguiente.

11.1.6. Cabe recordar³¹⁶ que a nivel internacional se han aprobado mecanismos de tutela de los Derechos Humanos en base a algunos lineamientos específicos y esenciales objeto de acuerdo, a fin de proteger derechos como la dignidad del ser humano, considerado como valor básico que todos los Estados deben preservar y se han reconocido derechos fundamentales de grupos y de pueblos.

En Uruguay, conforme el ordenamiento jurídico, se prohíbe todo tipo de discriminación a los funcionarios en razón de sus opiniones políticas, afiliaciones sindicales, orientación religiosa, sexo, estado de salud, o aún de sus incapacidades u origen étnico.

Diversas normas constitucionales resultan aplicables al tema de la objeción de conciencia y a su ejercicio por los funcionarios públicos.

Tales normas son los artículos 5^o, 7^o, 8^o, 10^o, 29^o, (en cuanto consagra que “es enteramente libre en toda materia la **comunicación** de pensamientos...”, 30 (en cuanto consagra el derecho de petición de todo habitante para ante todas y cualesquiera autoridades de la República), 53 inciso 2^o, 54 inciso 1^o, 58 inciso 1^o, 59 inciso 1^o, 60 inciso 2^o ³¹⁷(en cuanto establece el régimen de la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central).

Deben considerarse, además, los artículos 61³¹⁸ (en cuanto señala la materia del estatuto para los funcionarios de carrera, entre la que incluye las obligaciones funcionales) y 62 inciso 1^o ³¹⁹ (en cuanto señala que el Estatuto de los funcionarios de los Gobiernos Departamentales se ajustará a las normas establecidas en los artículos precedentes).

También los artículos 63 inciso 2^o³²⁰ (en cuanto ordena que el Estatuto de los Entes Autónomos comerciales e industriales contendrá las disposiciones para asegurar el funcionamiento normal de los servicios así como las reglas de garantía establecidas en los

316 A ello me he referido en el Capítulo 5 de este trabajo.

317 “Artículo 60 inciso 2^o. Establécese la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, que se declaran inamovibles, sin perjuicio de lo que sobre el particular disponga la ley por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara y de lo establecido en el inciso 4^o de este artículo.”

318 “Artículo 61. Para los funcionarios de carrera, el Estatuto del Funcionario establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección XVII.”

319 “Artículo 62 inciso 1^o. Los Gobiernos Departamentales sancionarán el Estatuto para sus funcionarios, ajustándose a las normas establecidas en los artículos precedentes, y mientras no lo hagan regirán para ellos las disposiciones que la ley establezca para los funcionarios públicos.”

320 “Artículo 63 inciso 2^o. Este Estatuto contendrá las disposiciones conducentes a asegurar el normal funcionamiento de los servicios y las reglas de garantía establecidas en los artículos anteriores para los funcionarios, en lo que fuere conciliable con los fines específicos de cada Ente Autónomo.”

artículos anteriores para los funcionarios, de acuerdo con los fines específicos del Ente), 64³²¹ (en cuanto faculta a que por ley, aprobada por mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, se establezcan normas especiales que sean aplicables, por su naturaleza o generalidad, a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de todos los Entes Autónomos, o de algunos de ellos, según sea el caso) y por último, los artículos 66, 72 y 332 de la Constitución Nacional.

Cabe acotar que la Constitución de 1934, distingue en su texto y en la Sección II entre derechos, garantías (específicas y genéricas) y deberes, advirtiendo JIMENEZ DE ARECHAGA³²² que la misma adolecía de una “*tan general imprecisión técnica*”, que plantearía un conjunto muy grande de problemas en cuanto se trate de coordinar sus distintos preceptos.

11.1.7. Comenzaremos por considerar el artículo 5º, ya referido en este trabajo al analizarse la objeción de conciencia académica o educativa, en el Capítulo 4.

Dicho artículo no integra la Sección II de la Constitución y en su redacción pueden distinguirse dos materias distintas: por un lado, el principio de la libertad de cultos (“*Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay*”) y por otro, el estatuto de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

En el caso del primer precepto, que es el que interesa a este estudio, puede decirse que hubiese sido adecuado incorporarlo a la Sección II, pues allí está contenida la declaración de los derechos individuales; tal su ubicación natural.

El Maestro JIMENEZ DE ARECHAGA, señalaba que esta disposición reconoce en términos clarísimos la libertad de cultos, aunque no así prevé criterios claros que deban servir para regular la extensión de esa libertad, como sí sucede, por ejemplo, en materia de enseñanza, pues al mismo tiempo que se proclama el principio, se establece cuáles son los fundamentos sobre los cuales la ley podrá regularla.³²³

Agrega que debe entenderse y que ello es de regla, que el principio (como norma) de la libertad de cultos jamás podrá invocarse para la realización de actos o ceremonias contrarios a la moralidad, a las buenas costumbres o al orden público.

A nuestro juicio, esta modalidad del derecho de libertad, libertad de orden religioso plasmada expresamente en este artículo 5º y que ingresa igualmente como derecho inherente a la personalidad humana a nuestro “bloque constitucional de derechos”, es también fundamento de la objeción de conciencia y no precisamente de escasa importancia.

Este derecho opera como una garantía de que nadie será perturbado por profesar una religión determinada, o un culto diverso a los que existían ya en el país o cuyas ceremonias o procesiones sean diferentes a estos.

321 “Artículo 64. La ley, por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza sean aplicables a los funcionarios de todos los Gobiernos Departamentales y de todos los Entes Autónomos, o de algunos de ellos, según los casos.”

322 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL* citado, Tomo II, pp. 7 - 13.

323 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL* citado, Tomo I, pp. 172 -173.

Ello es así porque lo que se tutela es la libertad del individuo de creer (en su conciencia, en su pensamiento, formando y sosteniendo su propia ideología religiosa) en lo que quiera y cómo lo quiera, sin intromisión o injerencia alguna del Estado o de cualquiera de las autoridades públicas.

Esta es, pues, la base religiosa de la objeción de conciencia.

Por supuesto, con la delimitación realizada por JIMENEZ DE ARECHAGA recién indicada, siempre que con sus ritos, cultos y procesiones no atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público.

En lo que respecta al artículo 7 de la Constitución, ya me he referido en este trabajo.³²⁴

11.1.8. Sobre el artículo 8 constitucional, el Maestro expresaba que es, sin duda alguna, una de las bases fundamentales de la Constitución y uno de los preceptos menos desarrollados por la jurisprudencia nacional.

Afirma que es un derecho propio de todos los individuos que son “iguales ante la ley”, esto por dos razones principales. Por un lado, por cuanto se prohíbe el establecimiento de fueros o leyes especiales para determinadas personas; estas deberán ser juzgadas por aplicación de las mismas leyes y por los mismos jueces, sin atender a calidades o circunstancias especiales, salvo en cuanto la Constitución haya hecho especial reserva.³²⁵

Por otro lado, “igualdad” equivale a decir que todos los hombres deben recibir igual protección de parte de las leyes y que hombres iguales, en circunstancias iguales, reciban un igual tratamiento.

Este principio de “igual protección por las leyes” (denominación con la que se estudia en el derecho norteamericano), no impide que dentro del sistema democrático de gobierno se reconozcan ciertas desigualdades entre los hombres. Sin embargo, el Estado debe buscar el restablecimiento de la igualdad efectiva entre los individuos, mediante un tratamiento desigual.

Este criterio ha sido recogido por la Suprema Corte de Justicia, entre otras, en sentencias n.ºs. 720/96 y 313/09, pues reiteradamente ha expresado que este principio implica la prohibición de instituir fueros o leyes especiales para determinadas personas, salvo los establecidos por la Carta, así como que todas las personas deben recibir igual protección por la ley.

Ello no impide, ha dicho la Corporación, que se legisle para clases o grupos de personas, siempre que estos se constituyan justa y racionalmente.

Este artículo 8º constitucional, garantiza el acceso en condiciones de igualdad a la tutela del derecho, salvo las distinciones admitidas en el texto y la interpretación jurisprudencial y doctrinaria vigente.

324 En el Capítulo 6.

325 *Op. cit.*, Tomo II, pp. 157 - 158.

Resulta importante el tratamiento del artículo 10 de la Constitución,³²⁶ el cual ya ha sido abordado en este trabajo.

11.1.9. Por su parte, el artículo 29 de la Constitución importa en cuanto consagra que “*es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos.....*” .

Esta libertad dió lugar, ya desde nuestra primera ley de imprenta de 1829, a una ardua discusión sobre si se podía escribir por cualquier persona sobre religión, o más adelante, por los no ciudadanos sobre política o más cercanamente en el tiempo, por los medios de prensa nacionales sobre el desempeño de gobiernos como el de la República Argentina o de la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que dieran lugar a fuertes reclamaciones por parte de éstos.

Lo concreto es que la libertad de comunicar los pensamientos EN TODA MATERIA se encuentra constitucionalmente tutelada y por tanto, puede ejercerse por cualquier medio de comunicación del pensamiento, desde la palabra hasta la vía escrita, por medio de periódicos, libros, trabajos jurídicos, folletos, carteles, o espectáculos públicos, etc.

El Profesor RISSO FERRAND³²⁷ ha expresado que el análisis de esta libertad presenta una especial complejidad en razón de los diversos valores y derechos en juego, correspondiendo destacar la amplitud respecto de su contenido y de los medios utilizados para la comunicación.

Respecto del contenido, al ser enteramente libre la comunicación y en toda materia, queda comprendido todo tema imaginable de orden religioso, político, social, deportivo, etc., sin perjuicio de las excepciones constitucionales expresas contenidas, entre otros, en los artículos 77 numerales 4° y 5°, 80 numeral 6°, 330, etc.

En cuanto a los medios empleados para la comunicación, pueden serlo la palabra, o escritos, por la prensa o por cualquier otro medio de divulgación, por lo que se contemplan los medios de expresión que han ido surgiendo con los avances tecnológicos.

De la disposición en análisis, derivan una serie de principios que deben servir de base para la legislación en la materia:³²⁸

- la ley no puede excluir del régimen de libertad de comunicación una determinada materia, como la religiosa o política;
- la ley no podría prohibir genéricamente el libre uso de cualquier medio de comunicación del pensamiento, como la prensa, la radio o cualquier otro;
- el contenido conceptual de una comunicación no puede ser objeto de un contralor previo, pues no puede existir censura previa en cualquiera de sus formas;
- sólo puede castigarse el abuso de la libertad, pero no el ejercicio de esta;

326 Sobre este artículo se han formulado algunas consideraciones en el Capítulo 6.

327 RISSO FERRAND, Martín, *DERECHO CONSTITUCIONAL*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2006, Tomo I, p. 637.

328 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *Op. cit.*, Tomo II, pp. 57 - 58.

- sólo corresponde a la ley definir los casos considerados como abuso de la libertad;
- la ley no puede definir como abuso de la libertad de emisión del pensamiento un acto del que no derive una lesión de un bien jurídico de terceros o de la comunidad;
- finalmente, la sanción sólo puede recaer sobre el autor del abuso y sólo subsidiariamente sobre el editor o sobre el emisor de la comunicación.

El artículo 29 tutela ampliamente, como viene de verse, la libertad de expresión y de comunicación del pensamiento y cuando el funcionario objeta, expresa su pensamiento y su opinión, a través de las objeciones hacia la norma y los fundamentos de su accionar.

Precisamente, ello es lo que la Constitución protege, el simple derecho de disentir y expresar sus razones, haciéndolos conocidos por terceros, pero respetando las prohibiciones legalmente establecidas,³²⁹ que le harían incurrir en responsabilidad disciplinaria o administrativa y penal.

11.1.10. El artículo 30 importa en cuanto consagra el derecho de petición de todo habitante para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.

JIMENEZ DE ARECHAGA lo consideraba, a la vez, como una garantía y un derecho fundamental, sin que pudiera señalarse la predominancia de uno respecto del otro.³³⁰

Es un derecho, afirmaba, por cuanto atribuye un poder de obrar a los habitantes de la República, permitiéndoseles dirigir peticiones a las autoridades.

Pero también es una garantía, pues en muchas circunstancias el medio de obtener la reparación de un agravio será, precisamente, el ejercicio de este derecho ante la autoridad correspondiente.

Si se trata de una petición calificada, se complementa con lo establecido en el artículo 318 de la Carta, que establece la obligatoriedad para la Administración de expedirse dentro de determinado plazo y señala las consecuencias del no pronunciamiento administrativo.

El artículo 30 reafirma la libertad de expresión y de comunicación del pensamiento, pero además, concede el derecho de pedir, en el caso por parte del objetor, que se le excoptione o exima de un deber que contradice las convicciones más profundas y sinceras.

11.1.11. El artículo 53 inciso 1º, interesa en cuanto establece que el trabajo, en sentido amplio, se encuentra protegido especialmente por la ley.

Se trata de una disposición tuitiva del trabajo en sí mismo, como aplicación de ener-

329 Sería el caso de no respetarse la reserva sobre los asuntos e informaciones conocidos en razón de su función, aún después de haber cesado en la relación funcional, establecida como deber funcional en el artículo 29 ordinal 7 de la ley 19.121, Estatuto del Funcionario de la administración Central. Tal conducta le haría incurrir en responsabilidad administrativa y en lo penal, eventualmente, en los delitos tipificados en los artículos 301, 302, 163 y 163 bis.

330 *Op., cit.*, Tomo II, p. 180.

gías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, que da la posibilidad de ganar el sustento.³³¹

Esta disposición tutela el trabajo en lo que respecta a la aplicación de las energías intelectuales, que pueden verse afectadas si se le exige al funcionario, por ejemplo, la realización de tareas que van en contra de sus convicciones.

La tutela conferida al trabajo, en forma especial y en el goce, conforme el artículo 7º de la Carta, es otro fundamento para que el funcionario no sea perturbado por ejercer el derecho de objetar en su lugar de trabajo.

No se trata de proteger al trabajo como tal, como prestación de actividad o ejercicio de función pública, sino de tutelar al trabajador para que pueda ejercerlo, conforme a las reglas de derecho, de diverso valor y fuerza.

Por su parte, el artículo 54, primordialmente su inciso 1º, resulta de fundamental importancia y ya fue objeto de análisis en este trabajo.³³²

La Carta manda reconocer un conjunto de derechos a quien se hallare en una relación de dependencia (“*de trabajo o de servicio, como obrero o empleado*”), sin tener en cuenta quien es el patrono o la naturaleza pública o privada de la relación que motiva la subordinación.³³³

La libertad de la conciencia moral y cívica constituye una forma especial de consagración de la libertad reconocida por la Constitución, relacionada con la prevista en el artículo 10,³³⁴ que pretende establecer un régimen especial de garantías para impedir que el empleador, sea un particular o el Estado, pueda ejercer presión sobre las opiniones o convicciones íntimas de sus empleados o funcionarios.³³⁵

Conforme lo expresado, toda presión sobre el trabajador, directa o indirecta, explícita o implícita, o la utilización de un criterio de selección o de promoción de los empleados basado en sus convicciones morales o cívicas, resultará contrario a derecho y merecerá la sanción del ordenamiento jurídico.³³⁶

11.1.12. El artículo 58, primordialmente su inciso 1º, interesa como principio que prohíbe toda actividad proselitista en los lugares de trabajo, señalándose la voluntad del constituyente de rechazar el llamado “sistema de los despojos”, que predominara en los Estados Unidos, evitando que la estabilidad de los funcionarios públicos dependiera del partido político que ejercía el Poder Ejecutivo.³³⁷

331 DELPIAZZO, Carlos, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*, Volumen 2 citado, p.29

332 En el Capítulo 6.

333 DELPIAZZO, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

334 Este artículo fue analizado en el Capítulo 6.

335 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *op. cit.*, Tomo II, p. 35.

336 RISSO FERRAND, Martín, *op. cit.*, p. 634.

337 JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN DE 1952*, Montevideo, Organización Medina, Tomo II, s/f, pp. 30 - 33.

Consagra, en parte, el principio de neutralidad del Derecho Público francés que veremos más adelante y que se relaciona con los principios de objetividad e imparcialidad, aunque afortunadamente más atenuado, con mayor sensibilidad.

Nuestra norma se limita a consagrar la prohibición para los funcionarios de realizar “en los lugares y las horas de trabajo” toda actividad extraña al ejercicio de la función, remarcándose especialmente la de realizar actividad proselitista (sea política o de otra índole, discusiones respecto de las de orden religioso, que no sea la estrictamente funcional).

Ello no implica, por supuesto, que el funcionario no pueda hacer valer sus objeciones a la norma que se le pretende aplicar o al mandato recibido de sus superiores, en forma respetuosa y conforme lo que se ha expresado en las referencias a otros artículos constitucionales y al amparo de la tutela que la Carta otorga a la libertad de conciencia y a la dignidad humana.

11.1.13. El artículo 59, por su parte, reafirma y complementa este principio, al disponer que los funcionarios sólo deben dedicarse en tales circunstancias al ejercicio de la función pública.

Precisamente, su inciso 1º resulta imprescindible para este estudio, por cuanto en el preámbulo asienta la base fundamental (“*el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario*”) para el establecimiento del Estatuto del Funcionario.

El referido principio consagra una prevalencia, un predominio en la relación funcional, del interés de la función -y como reflejo y en la medida en que sea necesario para cumplirla, de quien debe hacerlo, la Administración- sobre el interés del funcionario.³³⁸

Esa “base fundamental” debe presidir el dictado y la interpretación de las normas estatutarias que regulen los derechos y las obligaciones de los funcionarios, en su calidad de trabajadores de la respectiva entidad estatal.

Señala el Profesor CAJARVILLE, que el principio protector, que implica el predominio del interés del trabajador y el principio de prevalencia del interés de la función, esto es, de la actividad que debe cumplir el funcionario, en abstracto, son evidentemente antitéticos.

Sin embargo, indica, en la práctica no debe haber oposición, pues el principio protector preside el dictado y la aplicación de las leyes protectoras del trabajo que cumplen el mandato de los artículos 53 a 57 de la Constitución, en tanto el principio de prevalencia del interés de la función (o del servicio) debe presidir el dictado y la aplicación de las normas estatutarias.³³⁹

El principio protector servirá para interpretar las normas del trabajo que reconozcan al trabajador los beneficios de los artículos 53 a 57, en tanto, las que consagren otros

338 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “La libertad de comunicación de pensamientos de los funcionarios públicos”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 100 - 101.

339 *Op. cit.*, p. 101.

derechos, obligaciones y garantías para los funcionarios, requerirán la aplicación del principio de prevalencia del interés de la función.

Este último rige, precisamente, para resolver conflictos de intereses relativos, por ejemplo, al interés del funcionario en ser trasladado o no, en ser ascendido a un cargo superior vacante, etc.

Por supuesto, señala el Profesor CAJARVILLE, que si la situación del funcionario frente a la entidad en que trabaja está definida como derecho subjetivo, como por ejemplo, el derecho a la remuneración, a gozar de licencia anual, o el derecho a la libre comunicación de pensamientos, la satisfacción de su respectiva pretensión estará asegurada por el ordenamiento, pues esa es precisamente la esencia de la situación jurídica subjetiva.³⁴⁰

El Profesor CORREA FREITAS señala que el artículo 59 de la Constitución recoge el “principio de dedicación a la función pública”, que significa que el funcionario tiene como deber fundamental servir a la Administración Pública, por lo que sus intereses privados, sus obligaciones particulares, deben ceder ante el interés de la función pública.³⁴¹

En otros términos, el principio apuntado, impone al funcionario una obligación de servicio para con el Estado y con la Administración Pública, lo cual supone un renunciamiento a los intereses privados o particulares del funcionario, que siempre deben ceder ante el interés público.

El funcionario debe tener conciencia de su deber de servicio permanente para con el Estado y los habitantes que lo conforman,³⁴² persiguiendo el bien común.

Este principio es una precisión del consagrado en el artículo 58, pues el funcionario se haya al servicio de la Nación y debe dedicarse por entero a su función en los lugares y horas de trabajo.

Ello significa que la función pública no debe amoldarse a la idiosincrasia del funcionario, sino éste a aquella y que si la función cesa, debe cesar el funcionario.³⁴³

El artículo 8 inciso 2° de la ley 18.315, de Procedimiento Policial, consagra una excepción al principio establecido en el artículo 59 de la Carta, lo que se analizará en el subcapítulo 11.1.19.

11.1.14. La ley 19.121, de 20 de agosto de 2013,³⁴⁴ ya citada, que establece el Estatuto

³⁴⁰ *Op. cit.*, 102.

³⁴¹ CORREA FREITAS, Ruben - VAZQUEZ, Cristina, *MANUAL DE DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2011, p. 181.

³⁴² La Constitución de la República establece en su artículo 1°: “La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio.”

³⁴³ MARTINS Daniel Hugo, *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1965, p. 237.

³⁴⁴ Puede ser estudiado en ROTONDO, Felipe, *MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO* citado, pp. 195 y ss.; DEL-PIAZZO, Carlos, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*, Volumen 2 citado, pp. 25 y ss.; FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *ESTATUTO DEL FUNCIONARIO*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, 2013.

del Funcionario Público de la Administración Central³⁴⁵ (o del Poder Ejecutivo, como reza su artículo 1º), con las excepciones que dispone, en el artículo 4º, contiene los que denomina “Principios fundamentales y valores organizacionales”.

Allí se establece que el ejercicio de la función pública estará regido por un conjunto de principios fundamentales y valores organizacionales que constituyen la esencia del Estatuto.

La norma parte de la base de que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, debiendo servir con imparcialidad el interés general.

Resulta claro que esta norma recogió en el acápite del artículo 4º los dos fundamentales principios de la función pública, consagrados en los artículos 58 y 59 de la Constitución, que vienen de referirse.

11.1.15. En diversos artículos la Constitución faculta al legislador, no especificándose si en el Estatuto del Funcionario o por otra ley especial, a establecer normas especiales que por su generalidad o naturaleza les sean aplicables, cuyo contenido concreto también se encuentra facultado para establecer, aunque debería ser relativa a los derechos, deberes, garantías, procedimientos y toda materia relativa a los funcionarios públicos.³⁴⁶

Tal es el caso de los preceptos contenidos en los artículos 62 inciso 1º, 63 inciso 2º y 64 de la Carta.³⁴⁷

11.1.16. Finalmente, los artículos 72 y 332 de la Constitución Nacional, han sido abordados por la doctrina nacional y recogidos por la jurisprudencia, luego de un largo ostracismo, a partir de trabajos doctrinarios de Arturo Enrique SAMPAY,³⁴⁸ Alberto Ramón REAL, Daniel Hugo MARTINS, Mariano Romeo BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE, Augusto DURAN MARTINEZ, Carlos DELPIAZZO y Héctor BARBÉ PEREZ,^{349 350} y

345 Conforme lo establecido en el artículo 102 literal F) de la ley, se hace extensible la casi totalidad de sus disposiciones a los funcionarios dependientes del Poder Judicial y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, salvo lo relativo a los cargos de la Judicatura, del Tribunal de Cuentas de la República, de la Corte Electoral y sus dependencias y de los Servicios Descentralizados, aunque dispone que previamente debe darse curso a la negociación colectiva en el sector público, como debe ser interpretada la referencia formulada a la ley 18.508, relativa al tema.

La disposición referida origina dudas, como la relativa a si fue dictada conforme lo establecido en el artículo 64 de la Constitución, aunque no parece ajustarse a sus previsiones; pero fundamentalmente, pretende dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 59 inciso 2º (artículo expresamente mencionado en la citada norma legal), haciendo extensibles y aplicables sus disposiciones a los funcionarios de los organismos referidos.

346 JIMENEZ DE ARECHAGA, *op. cit.*, p. 53.

347 El texto de estos artículos fue transcrito en el numeral 11.1.6. de este mismo Capítulo.

348 SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Montevideo, Organización Medina, 1957.

349 Todos estos trabajos, fueron recopilados en el libro *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2005.

350 Los trabajos de los Profesores Mariano BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE, Carlos DELPIAZZO y Augusto DURAN MARTINEZ, que se señalarán a continuación, fueron publicados en el libro *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

- BRITO, Mariano, “CARACTERES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO”, *op. cit.*, pp. 13 - 29.

constituyen, junto a los artículos 7 y 10, normas de fundamental importancia para el tema que se analiza.

En muy breve síntesis,³⁵¹ agregaremos que tales disposiciones, junto a los artículos 7 y 10 de la Carta, incorporan al ordenamiento jurídico positivo nacional la esencia ideológica del jusnaturalismo clásico personalista.

De tal modo, se concretizó en la norma constitucional la idea de derechos, deberes y garantías que derivan de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno y en consecuencia, positiviza y coloca al amparo del legislador las soluciones generalmente admitidas de la doctrina jusnaturalista respecto de los Derechos del Hombre.

En definitiva, en Uruguay toda persona humana, sin discriminación alguna por razón de sexo, edad, trabajo, religión, por tener o no la calidad de funcionario público, tiene el derecho de objetar, con claro fundamento tutelar en las normas constitucionales que vienen de mencionarse.

Tal tutela se ve reforzada por lo previsto en los artículos 72 y 332 de la Constitución Nacional, que obligan a las autoridades públicas a conceder tal protección, recurriendo a los medios supletorios previstos, si ello es necesario, aún cuando no se haya establecido expresamente en la norma de derecho.

Cabe recordar lo sucedido con la acción de amparo antes de la aprobación de la ley 16.011,³⁵² cuya existencia se había reconocido precisamente en base a los artículos constitucionales mencionados, así como la ardua discusión planteada en el Parlamento Nacional frente al proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo, al entenderse por algunos legisladores que al sancionar la ley, en realidad se estaba limitando el acceso al instituto del amparo.³⁵³

Tales normas de superior jerarquía, reconocen además como existentes e integrando nuestro ordenamiento, a aquellos derechos, deberes y garantías que derivan de la forma republicana de gobierno, como a aquellos que son inherentes a la condición de ser humano.

En suma, la Constitución no admite excusa alguna para que tales derechos o garantías no puedan ejercerse efectivamente. Ello se pretende de los habitantes de la Nación, al establecer la necesaria “efectividad”³⁵⁴ de los derechos, en tanto a las autoridades públi-

- CAJARVILLE, Juan Pablo, “RELACIONES DE LOS “PRINCIPIOS GENERALES” CON OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO”, *op. cit.*, pp. 59 - 89.

- DELPIAZZO, Carlos, “RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO POR EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO”, *op. cit.*, pp. 31 - 58.

- DURAN MARTINEZ, Augusto, “LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. APLICACIÓN POR EL LEGISLADOR, EL ADMINISTRADOR Y EL JUEZ”, *op. cit.*, pp. 91 - 118.

351 Estas disposiciones fueron comentadas en el Capítulo 6 al analizarse los fundamentos constitucionales de la objeción.

352 VIERA, Luis Alberto, *Ley de amparo*, Montevideo, Ediciones Idea, 1993.

353 Las objeciones en tal sentido fueron planteadas fundamentalmente por el Senador, Doctor Guillermo GARCÍA COSTA.

354 A la nota de “efectividad” de los derechos me he referido en el Capítulo 9.

cas les prohíbe obstaculizar su existencia u ejercicio, debiendo ejercer sus facultades para que sean inmediatamente aplicables.

11.1.17. Algunas opiniones doctrinarias, nos ilustrarán sobre la importancia de los principios generales de derecho para la protección del hombre, de su dignidad, de su conciencia y consecuentemente, de sus convicciones.

Es así, que en el centro de las tipologías construidas en torno al artículo 72 de la Constitución, se encuentra la eminente dignidad de la persona humana, puesto que es derecho fundamental y principio general de derecho, fundamento del ordenamiento y por ello, informador de todas las normas y orientador de la libre interpretación de todas y cada una de ellas. Es norma de conducta y fuente de derechos.³⁵⁵

Vinculado con lo expresado, el principio personalista, consiste en la afirmación de la primacía de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en su eminente dignidad y manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a los derechos fundamentales, según lo reconoce nuestra Constitución.

El Profesor DURAN MARTINEZ, analizando la cuestión de los principios que derivan de la personalidad humana, señala que en la mayoría de las Constituciones modernas se encuentran recogidos expresa o implícitamente, por lo cual para el administrador, para el legislador y para el juez son como si fueran principios constitucionales.³⁵⁶

Señala luego, citando el artículo 1 ordinal 1 de la Constitución de Bonn, que la dignidad humana es intangible y apoyándose en prestigiosa doctrina, concluye que la norma constitucional que desconozca cualquiera de tales principios podrá ser desaplicada por el operador jurídico para aplicar el criterio del mayor valor y fuerza.

Deduce, por tanto, que ha sido un gran avance la interpretación conforme a la Constitución o desde la Constitución, impuesta por el neoconstitucionalismo, en la medida en que se recibe en los textos occidentales a los derechos humanos, que se basan en la dignidad de la persona.

En puridad, concluye, se debería hablar de una interpretación de todas las reglas de derecho que conforman el ordenamiento jurídico desde la dignidad de la persona humana.³⁵⁷

11.1.18. El profesor REAL³⁵⁸ señalaba que aún cuando pueda decirse que los principios generales tienen una fuerza jurídica que emana de la fuente formal en que, genéricamente, se fundan (la Constitución, artículo 72) y que ésta es su fuente, no debe olvidarse que en la filosofía liberal-individualista, base de nuestro régimen político, primero, en orden de prelación, está o existe el hombre y su libertad y segundo el Estado, organizado para su protección y limitación (para la coexistencia de las libertades).

355 DELPIAZZO, Carlos, *op. cit.*, pp. 46 - 48.

356 DURAN MARTINEZ, Augusto, *op. cit.*, p. 114.

357 DURAN MARTINEZ, Augusto, *op. cit.*, pp. 115 - 116.

358 REAL, Alberto Ramón, *op. cit.*, p. 95.

De modo que por eso la libertad es un valor de principio (regla) que viene de la naturaleza y como tal es legítimo en todo lo que no contraría a las leyes excepcionales que la limiten por razones de interés general (artículos 7, 10 y 36 de la Constitución).

De modo que la libertad y sus valores anexos, o sea, los derechos humanos en general, son reconocidos como inherentes a la especie humana y no necesitan de expreso acogimiento o permiso de fuentes estatales para regir.

Esta teoría jusnaturalista es derecho positivo en Uruguay, de modo que no se puede negar carácter de fuente a estos principios, que en la filosofía del régimen son anteriores y aún superiores a la Constitución.

Por otra parte, el Profesor BARBÉ PÉREZ,³⁵⁹ estimaba que los principios generales de derecho desempeñaban una función (doblemente) estabilizadora, pues gozando en el tiempo de una cierta estabilidad presentan sobre las reglas propiamente jurisprudenciales y sobre la ley la ventaja de una relativa permanencia y conforme tal función estabilizadora (en lo que interesa a este estudio) impiden la afectación de las bases mismas del ordenamiento jurídico: de la persona humana, su libertad e igualdad, de la forma republicana de gobierno y a la eficiencia de la administración.

Finalmente, el profesor BRITO,³⁶⁰ analizando las proyecciones del reconocimiento de los principios generales de derecho administrativo, señala que estos llevan consigo, esto es, que presentan singularidades, como la connotación constitucional acogedora de la impronta iusnaturalista, reveladora de la dignidad humana que, caracterizándola como peculiar, reclama la perfección, que reclama la actuación debida del hombre, vinculada a la referencia social que le es propia.

Tal perfección social del hombre, no reviste naturaleza y carácter absoluto y totalitario, porque la perfección del hombre siempre supone a salvo la esfera de interioridad (la vida interior) y la libertad de conciencia.

11.1.19. En otro orden, debe señalarse que el artículo 8° de la Ley de Procedimiento Policial 18.315, de 05 de julio de 2008, en su artículo 8° inciso 2°,³⁶¹ plantea una cuestión interesante al prohibir especialmente al personal policial cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que atenten contra los derechos humanos o el sistema republicano democrático de gobierno.

En tales casos, conforme la norma, la obediencia a una orden superior nunca será considerada como eximente o atenuante de responsabilidad.

La citada disposición establece los límites a la obediencia debida y se trata, por tanto, de un caso en el cual la propia ley impide cumplir órdenes del superior jerárquico cuando estas sean manifiestamente ilegales, o vulneren derechos humanos de las personas o

359 *Op. cit.*, p. 33.

360 BRITO, Mariano, *op. cit.*, pp. 21 - 22.

361 JAVIER, Juvenal M., *Ley de Procedimiento Policial*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, 2008, pp. 21 - 22.

el sistema democrático republicano de gobierno, constitucionalmente consagrado.

Constituye, por tanto, una excepción al principio de prevalencia de la función pública, establecido en el artículo 59 de la Carta, referido en el subcapítulo 11.1.13 de este trabajo.

El problema podría plantearse respecto de cualquier otro tipo de orden impartida por un superior a su subordinado y que éste considere que es MANIFIESTAMENTE contraria a una norma jurídica.

En principio, no vemos claro que en esta hipótesis pueda tener cabida el planteo de la objeción de conciencia por parte del funcionario policial que, fundado en este artículo, podría entender que la orden recibida no es legal y decide no acatar el mandato, generándose el conflicto.

Más aún cuando la norma no ha definido el término “manifiesto”, que debe ser entendido, a nuestro juicio, como la orden que en forma clara, ostensible, notoria resulta contraria a Derecho, como sería el caso de concurrir a un comercio y solicitarle, por orden superior, aún verbal, a la persona víctima de delito el pago de dinero para recibir su denuncia del hecho.

11.1.20. El Estatuto del Funcionario de la Administración Central, ya citado, ley 19.121, de 20 de agosto de 2013, reglamentado en algunas de sus disposiciones por los decretos 169/014 y 170/014, ambos de 09 de junio de 2014, contiene disposiciones sobre el tema.

El artículo 29 de la ley enumera deberes y obligaciones de los funcionarios. En el numeral 3° establece como deber u obligación (pues no se distingue entre ambos conceptos), el dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos.

Agrega a continuación que si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de **ética**, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito.

El artículo 4° numeral 6° de la ley, le exige al funcionario, como principio fundamental, el de los valores en el desempeño de la función, que concretiza en el ejercicio de la función pública con **ética**, además de con responsabilidad, profesionalidad, lealtad, buena fé, etc.

De la conjunción de ambas normas del Estatuto, que debe entenderse como armónico y único en sus disposiciones, se concluye que la ética y por tanto, la moral, son valores cardinales para el correcto ejercicio de la función pública.

El funcionario (civil) de la Administración que reciba una directiva de sus superiores contraria a Derecho, o contraria a sus principios éticos, esto es, que afecten su dignidad como persona, sus convicciones más íntimas, tendrá derecho a que se le reitere por escrito.

A mi juicio, el funcionario puede, al solicitar tal reiteración y en base a esta norma,

plantear sus objeciones a la orden impartida, señalando la responsabilidad en que se incurre en el caso de entender que se vulnera un precepto legal, o que sus convicciones personales se ven afectadas, lo cual podría hacer susceptible de responsabilidad (penal, civil, disciplinaria) a quienes la impartieran, aún conociendo tales fundadas objeciones.

Debe tenerse aquí presente, lo expresado en el subcapítulo 11.1.3 de este trabajo respecto del deber de obediencia al superior jerárquico.

Conforme lo expuesto, puede verse que dignidad humana, libertad de conciencia y objeción de conciencia se relacionan muy estrechamente, hasta el punto de que no es posible admitir la libertad de pensar del sujeto sin su medio de expresión y de tutela, como lo es el derecho a la objeción, considerado como un derecho emanado de la dignidad humana y protegido por la norma constitucional.

Resulta tan importante la protección que, de no ser respetado, entiendo que, a fin de tutelar el ejercicio de la objeción de conciencia, procedería la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia contra la ley que vulnerase el derecho del funcionario, o la acción de amparo, si se tratase de un acto de la Administración, conforme lo previsto en la ley 16.011, de 19 de diciembre de 1988. Ello sin perjuicio del planteamiento de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

No cabe duda de la procedencia de esta acción, pues la protección de la propia conciencia, convicciones y creencias de la persona, si fueren ilegítimamente vulneradas, requieren de la rápida tutela que otorga dicha ley.

11.2. Si el derecho puede ser invocado por los funcionarios, ¿en qué circunstancias se admite su ejercicio?

Esto implica dar respuesta al “Cuándo?”, esto es, en qué momento y circunstancias el funcionario público puede ejercer el derecho.

En nuestro ordenamiento, el planteo de la objeción no podría ser anterior o posterior al acaecimiento de la situación que podría ser lesiva para el funcionario, basada en una norma de derecho que el objetor considera agravante para sus convicciones más arraigadas y profundas y que se le pretende imponer.

Por tanto, a mi juicio, no se admitiría el planteamiento de la objeción a priori ni a posteriori, ni tampoco ante cualquier conflicto, dado su carácter excepcional, sino en forma concomitante a la situación que se le acaba de presentar al sujeto, cuando se enfrenta a la misma y debe decidir, conforme sus motivos.

A tal fin, debería admitirse que el funcionario pudiese diferir la prestación a que, en principio, se encuentra obligado, en cuanto ello fuere posible, salvo las hipótesis ya previstas, como lo son peligro de vida o riesgo para la salud de terceros, etc.

Solamente se admitiría, además, con el fin de defender, también legítimamente, sus más profundas y sinceras convicciones.

La objeción podrá presentarse, para mayor garantía, por escrito, presentado sin formalidad alguna y sin expresión detallada de razones ni motivos.

El funcionario deberá tener cuidado con las prohibiciones establecidas legalmente, como la divulgación de secretos relativos al cargo o con las informaciones recibidas en razón del cargo que se ocupa o que impliquen la obligación de reserva atento a la calidad de funcionario público, a lo que me he referido en el subcapítulo anterior.

A fin de hacer valer este derecho, estimo que deberá acudir a lo establecido en la ley 16.011, de amparo, que contiene normas para que cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, pueda deducir la acción contra todo acto, hecho u omisión de las autoridades estatales o paraestatales.³⁶²

11.3. ¿Bajo qué requisitos y dentro de qué límites puede ser ejercido el derecho de objeción de conciencia por los funcionarios públicos?

Esto implica responder al “Cómo?”, es decir, conocer los requerimientos que deben cumplirse para poder ejercer el derecho y las limitaciones a que este se haya sometido.

11.3.1. En la República Francesa, el Consejo de Estado, desde una decisión de 28 de mayo de 1954,³⁶³ viene afirmando la libertad de opinión de los funcionarios públicos, aunque la considera limitada en interés del servicio, por el deber de reserva -vinculado en última instancia al deber de confidencialidad del funcionario- y sobre todo, por la obligación de neutralidad en el ejercicio de sus funciones, derivado del principio de objetividad.³⁶⁴

Esta obligación de neutralidad de la administración pública francesa, constituye una de las más apreciadas tradiciones de la democracia y de la República en ese país.

La jurisprudencia francesa se ha referido expresamente al “deber de estricta neutralidad al que están obligados todos los agentes que colaboren en un servicio público”.³⁶⁵

Así, la neutralidad vinculada al criterio de imparcialidad que debe presidir el desempeño de la función pública, se circunscribe o concreta en la prohibición de que se utilice

362 El Profesor OCHS ha señalado, siguiendo a CASSINELLI MUÑOZ, que el artículo 7 de la Constitución al conceder protección en el goce, que es como debería llamarse la acción constitucional reglamentada por la ley 16.011, supone un procedimiento signado por la brevedad y celeridad porque el goce de un bien jurídico es algo que ocurre minuto a minuto y no se puede diferir o postergar temporalmente como, por ejemplo, la declaración de titularidad de un derecho. OCHS OLAZÁBAL, Daniel, *LA ACCIÓN DE AMPARO*, 3ª edición, Montevideo, FCU, 2013, p. 34.

363 Consejo de Estado, Asunto del 28 de mayo de 1954, Barel, RDP 1954, p. 509. El tema planteado es relativo a las oposiciones (concursos) de la administración, señalando el Consejo que el juez no se apoya en la parcialidad del secretario de Estado, sino en el incumplimiento del principio de igual acceso al empleo público.

364 En el derecho administrativo francés la cuestión del valor jurídico del principio de objetividad aún no ha sido resuelta. Se discute si se trata de un principio autónomo e independiente o si, en realidad, es el derivado de varios principios parecidos. De hecho, cuesta trabajo encontrar sentencias judiciales en donde se determine el valor jurídico del principio de objetividad con la misma precisión que para los principios de igualdad, de neutralidad y de imparcialidad.

La tesis predominante considera que el principio de objetividad se manifiesta materialmente bajo otras denominaciones: principio de neutralidad del servicio público y de los funcionarios, principio de laicidad, principio de imparcialidad de los agentes públicos y de la acción administrativa.

365 Consejo de Estado, fallos del 25 de julio de 1939, *Slle Beis*, Rec. 524 y del 3 mayo de 1950, *Dlle Jamet*, Rec. 247; S. 1951, III, 73.

el puesto de trabajo para hacer propaganda de sus propias convicciones u opiniones personales.

La neutralidad, como principio, expresa una voluntad de abstención del funcionario y una preocupación por la imparcialidad.

La imparcialidad, por su parte, designa la calidad de todo aquél que no se compromete ni toma partido por una parte o por la otra, sino que sólo mira hacia el interés general. Por otra parte, dice directa relación con el principio de igualdad.

11.3.2. Conforme la concepción francesa, la neutralidad de los agentes al servicio de la Administración supone o exige de estos que se abstengan durante el servicio de adoptar una postura concreta sobre temas de naturaleza política, religiosa o filosófica, de manera tal que no comprometan la función.

Por tanto, del principio de neutralidad se deriva la prohibición para los funcionarios de manifestar sus opiniones políticas o religiosas, lo cual ha llevado a la doctrina a forjar el concepto de “neutralización de las convicciones”.³⁶⁶

De tal forma, el principio de neutralidad de los servicios públicos, como viene de verse, constituye una de las principales obligaciones que deben observar los sujetos que desempeñan funciones públicas.

Tal principio, si bien, por un lado, les protege de las circunstancias y avatares políticos, les somete, por otro, a una obligación de lealtad ante las instituciones de la República.

Con el fin de que se ejercite efectivamente la igualdad de todos ante la administración o frente a los servicios públicos, ya se mencionó que resulta indispensable que todos los funcionarios sean imparciales, lo que supone que éstos no pueden manifestar sus convicciones políticas en el ejercicio de su función, lo que implica un límite a las libertades consagradas en diversos textos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Se imponen así claros impedimentos para el ejercicio del derecho de objetar, pues tomando en consideración la obligación de neutralidad (de ser objetivos e imparciales) que se exige a los funcionarios públicos, los derechos señalados anteriormente (libertad de conciencia, de religión y de expresión) tienen por límite la neutralidad de la conciencia, de la religión y del servicio público.

Efectivamente, en el ámbito laboral de los funcionarios y de los agentes públicos (distinción que se realiza en el derecho francés) sus responsabilidades personales están impregnadas por tales elementos en su vida socio-laboral.

Por tanto, el conflicto ante el que se posicionan los agentes públicos en su relación laboral alcanza a su nivel personal, a sus creencias y a sus convicciones y todo ello dirigido

³⁶⁶ EISENMANN, Charles, prefacio a Charles FOURIER, *La liberté d'opinion du fonctionnaire. Essai de droit pública comparar: Francia, Grande-Bretagne, Etats-Unis*, Paris, Edit. Pichon et Durand-Auzias, 1957, p. VII.

a contribuir al ejercicio de sus actividades en beneficio del bien común y del bienestar general.

11.3.3. En Uruguay, existe normativa legal y reglamentaria que establece normas de conducta en la función pública. Tales son la ley 17.060, de 23 de diciembre de 1998 y el decreto 30/003, de 30 de enero de 2003.

Conforme el Profesor ROTONDO ambas marcan a fuego una actuación dirigida al interés público.³⁶⁷

Señala, transcribiendo además a la letra las disposiciones que cita, que la ley es aplicable a todos los funcionarios públicos, incluyendo al personal de las personas públicas no estatales.

La norma prevé que los funcionarios deben observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño del cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro (artículo 20) y los principios de respeto, imparcialidad, rectitud e idoneidad.

Agrega que conforme el artículo 21, deben evitar toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder y el uso indebido de su cargo.

El decreto referido, señala el Profesor, reitera y desarrolla las reglas de que el funcionario debe actuar de buena fe y con transparencia en el cumplimiento de su función e incluso que debe evitar cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las Normas de Conducta en la Función Pública.

11.3.4. A nuestro juicio, la obligación de abstención y de limitación de sus derechos con el fin de preservar o proteger el interés del servicio, solamente puede prevalecer, como es obvio, durante el desempeño del servicio, pues fuera de éste los funcionarios gozan de libertad para manifestar su opinión, siempre que no falten a la lealtad que deben en todo caso respetar y no realicen proselitismo³⁶⁸ de especie alguna, prohibido expresamente por el artículo 58 de la Constitución.

Dicho artículo también prohíbe toda actividad ajena a la función en los lugares y durante las horas de trabajo, precepto que, conforme JIMENEZ DE ARECHAGA, constituye un principio elemental de disciplina administrativa que no necesita ser proclamado ni por texto legal ni por texto constitucional alguno.³⁶⁹

En nuestro derecho y conforme los conceptos que vienen de expresarse, la neutralidad exigida a los funcionarios en el ámbito de la función pública en el sistema francés, que se basa en el principio de objetividad y se vincula con la imparcialidad en la función

367 ROTONDO, Felipe, *MANUAL*.....citado, p. 216.

368 JIMENEZ DE ARECHAGA, en *LA CONSTITUCIÓN DE 1952*, Tomo II citado, definía como proselitismo "el celo de ganar partidarios para una facción, parcialidad o doctrina". Como ejemplos señalaba todo esfuerzo realizado por un funcionario para obtener que otro se adhiera a los principios del existencialismo, o para que sume su nombre a la lista de los funcionarios que organizan un banquete al Gerente General, pp. 31 - 32.

369 *Op. cit.*, p. 31.

pública (que puede encontrarse en nuestros artículos constitucionales 58, 59 y 72), no puede limitar, fuera del ejercicio de su función laboral, las libertades que se reconocen en los textos nacionales, partiendo desde la Constitución y en las normas internacionales.

Si tomamos en consideración las disposiciones constitucionales que tutelan el derecho a la libertad de opinión y de conciencia de los funcionarios, tenemos que concluir y reafirmar que en nuestro derecho la Administración no puede limitar el acceso a un puesto de trabajo ni los funcionarios pueden ser discriminados por sus opiniones de índole alguna ni por manifestar sus pensamientos, o por plantear sus argumentaciones o peticiones, cualquiera que estas fueren.

11.4. ¿Cuáles son los efectos y consecuencias del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia?

Sin perjuicio de lo expuesto en los subcapítulos anteriores, cabe preguntarse cuáles son los efectos y las consecuencias del reconocimiento de la calidad de objetor de conciencia en un determinado caso.

En principio, resulta claro que los efectos son personales y circunscriptos al caso concreto, garantizándose al objetor la exención del deber de realizar las actividades cuestionadas, además de impedirse cualquier tipo de discriminación a causa de su condición.

El objetor funcionario público, aunque estimamos estos conceptos también aplicables al objetor en el ámbito privado de la actividad, tendrá derecho además a ser destinado a alguna actividad alternativa, que no se encuentre en contradicción con la actividad, tarea o situación que se tutela, pero siempre debe conservarse la misma calificación profesional, igual trato económico, así como preservarse todos y cada uno de los derechos derivados de la relación funcional.

Eventualmente, se le relevará del cumplimiento de alguno de sus deberes funcionales, pero ello se encuentra tutelado por la norma de rango constitucional, a través de la aplicación de principios derivados de esa norma o de las convenciones internacionales relativas a la persona humana e inherentes a su condición de tal y por tanto, atento a su jerarquía, superiores a los principios que imponen deberes a los funcionarios, admitiéndose su apartamiento de la situación en tutela de las más profundas convicciones personales.

Se insiste, empero, en que está tutela es excepcional, deberá ser sólidamente fundada y apreciarse estrictamente caso a caso, no obligando al órgano decisor resolución alguna que se haya dictado previamente sobre este u otro asunto similar.

CAPITULO 12. CONCLUSIONES

12.1. Este trabajo ha pretendido ser un aporte estrictamente jurídico para el conocimiento del derecho de objeción de conciencia, con especial proyección en su aplicación en el ámbito de la función pública.

En un tema tan complejo y controversial resulta difícil arribar a una conclusión, pues se originan posiciones extremas en la doctrina y jurisprudencia que obstaculizan la cabal comprensión del instituto y lo que es aún más importante, dificultan determinar con precisión las condiciones de acceso al mismo.

Sin embargo, conforme lo que viene de exponerse y analizarse, podría afirmarse que todos los funcionarios públicos tienen derecho a acceder a la tutela que confiere el ejercicio de la objeción y ello en el momento en que se plantea el conflicto que resulta agravante para sus más íntimas convicciones, siendo sus efectos personales y limitados al caso concreto.

En tal sentido, como se ha visto en este trabajo, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ya se ha expresado, suspendiendo la aplicabilidad del acto que afecta a la objeción y luego anulando varias disposiciones con efectos generales y absolutos y reconociendo ampliamente su ejercicio.

Por supuesto que el ejercicio del derecho de objetar, no debe comprometer los deberes y obligaciones que el funcionario tiene que observar en el ejercicio de la función pública, según disponen la Constitución y la ley.

12.2. El derecho a la objeción de conciencia tiene como fundamento un derecho moral, ya que toda persona tiene derecho a construir su concepción particular de la vida y a mantener y defender sus propios principios, derivados de la escala de valores que ha construido de acuerdo con ellos.

La persona que vive de acuerdo a esa escala de valores, conjunto de normas éticas, debe ser protegida por el ordenamiento, pues su proceder frente a un determinado postulado que se le quiere imponer y que va contra esa escala de valores, debe ser realizar una acción en defensa de su dignidad como persona, de su autonomía como tal y de su integridad moral.

Ese derecho a la objeción de conciencia tiene su fundamento en el respeto a la dignidad de la persona, que está indisolublemente unido al respeto de la conciencia de cada persona y de la concepción ante la vida que dicha conciencia pone de manifiesto frente a los demás.

12.3. Si bien actualmente la objeción de conciencia se ve restringida en su ejercicio como la negativa al cumplimiento de un deber impuesto por la ley, al tratarse también de una objeción ética con base en un derecho moral, puede manifestarse también como la franca oposición del objetor a cumplir un deber no explicitado en ninguna norma de derecho positivo, pero sí en una regla deontológica o profesional.

Lo expresado resulta claro ante las regulaciones de ese tipo que paulatinamente se van extendiendo, como es el caso de los Códigos de Conducta, que rigen y regulan las actividades a nivel de funcionarios públicos o de organizaciones profesionales.

Se trata, entonces, de un derecho anterior y diverso al de su reconocimiento por la

norma de derecho positivo, como lo manifiesta el hecho de que la objeción primigeniamente planteada, en el plano histórico, fue aquella que no previó ni admitió la ley, pero que el objetor igualmente formuló, porque consideraba que agraviaba sus profundas creencias y que, por tanto, debían resguardarse sus valores éticos.

12.4. La condición de objetor, sea funcionario público o no, implica sobre todo la presencia de dos atributos imprescindibles para hacer valer la postura personal con posibilidades de éxito: la coherencia en la conducta que se defiende y la valentía para hacer valer los propios principios.

La coherencia no sólo se refiere a lo que culturalmente se ha recibido, sino que también tiene que ver y se encuentra fundada en los juicios, las convicciones y creencias sustentadas y defendidas.

Para el objetor, estas se resumen en la forma de vida que se ha asumido y en todo lo que se desea para uno mismo y para los demás, aún para aquellos que están en desacuerdo con ellas, con quien se está dispuesto a discutir, pero no a abdicar, cediéndolas sin más, frente a un sistema dogmático que no se comparte y ante el cual habría que inclinarse porque simplemente se imponga con la fuerza obligatoria de la ley.

He aquí el otro atributo, la valentía, que nos permite sostener las propias convicciones, aún a sabiendas de que probablemente se podría sufrir un castigo por manifestar las propias convicciones y defenderlas.

12.5. Lo expresado nos lleva a ser conscientes de los límites de la objeción de conciencia, aún dentro de una sociedad plural, democrática y abierta, en la que se debe garantizar el respeto a las personas y a la convivencia pacífica de quienes objetan y de los que no, ya ocurra ello en el ámbito privado como en el público.

Resulta claro que por tener la condición de funcionario y por tanto, encontrarse al servicio del Estado y de la ciudadanía, no por ello los Derechos y su ejercicio deben verse mermados en su tutela.

Precisamente, la garantía del pluralismo dentro de una sociedad democrática es dar cabida al disenso, manifestado en el desacuerdo con lo que la mayoría opina.

Tolerar el disentimiento es admitir la crítica, escuchar una opinión diferente y las razones que dan motivo al desacuerdo planteado a fin de que, como ha sucedido muchas veces, las situaciones que crean un conflicto en la sociedad puedan modificarse y se salvaguarde la convivencia pacífica al desaparecer el motivo que ha creado las perturbaciones.

Tal fue lo que aconteció, por ejemplo, con la obligación de cumplir el servicio militar planteada en varios países, primero como negativa, luego como objeción; surgieron luego las prestaciones sustitutorias y posteriormente, más avanzada la consideración del asunto en las sociedades y modificadas las condiciones sociopolíticas, además del hecho de haber aumentado considerablemente el número de objetores, que sugería que

la oposición a la obligación era importante, se culminó con la supresión total del servicio para los ciudadanos.

Se pasó, luego, a adoptar un sistema más profesional de ejército permanente, en base a otros requerimientos personales, enganchándose en “filas” aún a extranjeros, a cambio de otorgarles la ciudadanía.

12.6. Conforme lo expuesto, la objeción de conciencia y los motivos aducidos en su defensa no deben descartarse de plano ni desvirtuarse, vaciándolos de contenido, considerando al objetor como una “excepción” o un “sujeto extraño” que se debe penalizar, reprobado o censurar pues, luego de un tiempo, las condiciones que llevaron a la imposición de ese deber que hoy se considera agravante para la moral, conciencia o creencias del sujeto pueden variar y verse fuertemente atenuadas o aún desaparecer.

Finalmente, creemos que es conveniente, antes que perseguir y negar el derecho a la objeción de conciencia, reconocerlo y regularlo jurídicamente, respetando al individuo, como forma de contribuir al logro de una sociedad respetuosa de la dignidad humana y de la convivencia pacífica de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A.A.V.V., libro *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

A.A.V.V., libro *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2005.

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, “COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA E IDEARIO, en Uruguayo”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año XII, N° 22 (2013). Versión Digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/.../Asiain-Comentarios-al-Proyecto-de-Ley-de->. Fecha de consulta: 27.04.2015.

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, “RELIGIÓN EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA. Deberes del Estado Uruguayo a la luz del Derecho Humanitario Internacional”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 17 (2010). Versión Digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/.../Asiain-Religion-en-la-educacion-publica.-D.> Fecha de consulta: 22.04.2015.

ASIAÍN, Carmen, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO EN EL URUGUAY”, en *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 23 (2010), p. 18. Versión digital disponible en: http://www.unav.es/icf/main/documentos/Asiain_Aborto-OC-Uruguay.pdf. Fecha de consulta: 21.04.2015.

ASIAÍN PEREIRA, Carmen, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia: fundamentación, concepto y análisis del instituto. Tratamiento en doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XV, FCU, (2008). Ver-

sión digital disponible en: <http://www.libertadreligiosa.org/articulos/objecionasiain.pdf>. Fecha de consulta: 24.07.2015.

BARBAGELATA, Aníbal Luis, *DERECHOS FUNDAMENTALES*, 2ª Edición Actualizada por Miguel Angel Semino, Montevideo, FCU, 2000.

BARBÉ PEREZ, Héctor, “Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo”, en *Estudios en homenaje de J.J. Amézaga*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958.

BLENGIO VALDEZ, Mariana, “LEY 18.987. NUEVA NORMATIVA SOBRE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.”, en *Revista de Derecho Público*, N° 42, (2012).

BOUCHARD, Giorgio, *Bibbia e libertà – Otto secoli di storia valdese*, Ed. Claudiana, Torino, Edic. Claudiana, 2006.

BRITO, Mariano, “CARACTERES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO”, en *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

BUSTAMANTE DONAS, Javier, “Segundos Pensamientos. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, en *Revista Telos*, (*Cuadernos de Comunicación e Innovación*), N° 85. (2010). Versión digital disponible en: <http://www.telos.fundaciontelefonica.com/url.../pdfgenerator?...articuloTelos...es>. Fecha de consulta: 22.06.2015.

CAJARVILLE, Juan Pablo, “RELACIONES DE LOS “PRINCIPIOS GENERALES” CON OTRAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO”, en *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “La libertad de comunicación de pensamientos de los funcionarios públicos”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni*, Montevideo, FCU, 2005.

CAJARVILLE, Juan Pablo, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA”, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, (2014). Versión digital disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/canamares.html>. Fecha de consulta: 24.04.2015.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *DERECHO PÚBLICO*, Tercera actualización, Montevideo, FCU, 2009.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo”, en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*, T. XXVI (1993).

CASTILLA, Karlos, “EL PRINCIPIO PRO PERSONA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 020, (2009). Versión digital disponible en: <http://www.revistas.unam.mx> > Inicio > 020 (2009) > Castilla. Fecha de consulta. 10.05.2015.

CASTILLO TORRES, Gerardo, *Estudio Comparado sobre la regulación de la objeción de conciencia de los agentes de salud o sanitarios ante la práctica del aborto en los sistemas jurídicos mexicano y español*. Trabajo de fin de Máster, Barcelona, Universitat Abat Oliva CEU, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Derecho y Ciencias Sociales. Versión digital disponible: http://www.recercat.cat/bitstream/handle/.../TFM_CASTILLO_TORRES.pdf?...1. Fecha de consulta: 10.05. 2015.

CORREA FREITAS, Rubén y VASQUEZ, Cristina, *Manual de Derecho de la Función Pública*, Segunda Edición, Montevideo, FCU, 2011.

CORREA FREITAS, Rubén, *DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO*, Cuarta Edición, Montevideo, FCU, Tomo I, 2013.

CORREA FREITAS, Rubén, *ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO*, Montevideo, Grupo Magro Editores - UDE, 2013.

DAVIDSON, Laura., PETTIS C.T., COOK, Daniel, KLUGMAN, Craig, *Religion and conscientious objection: a survey of pharmacists' willingness to dispense medications*, Soc Sci Med., 2010.

DELPIAZZO, Carlos, *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, Volumen 2, 2013.

DELPIAZZO, Carlos, Prólogo al libro *Los Servicios Públicos Esenciales. Su estudio en Uruguay, América y Europa*, Montevideo, 2012.

DELPIAZZO, Carlos, “RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO POR EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO”, en *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

DELPIAZZO, Carlos y ROBAINA RAGGIO, Andrés, “Estado de Derecho y ocupaciones”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año V, N° 9, (2006).

DELPIAZZO ANTÓN, Gabriel, *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración*, Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2009.

DROMI, Roberto, *DERECHO ADMINISTRATIVO*, 13ª edición actualizada, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina- Hispania Libros, 2015.

DROMI, Roberto, *EL DERECHO PÚBLICO EN LA HIPERMODERNIDAD*, Madrid, Servicio de Publicaciones - Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Hispania Libros, 2005.

DURAN MARTINEZ, AUGUSTO, *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, 2ª edición, actualizada y ampliada, Montevideo, FCU, 2015.

DURAN MARTÍNEZ, Augusto, “Enseñanza religiosa en la educación pública. Marco constitucional uruguayo”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 17 (2010).

DURAN MARTINEZ, Augusto, “LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. APLICACIÓN POR EL LEGISLADOR, EL ADMINISTRADOR Y EL JUEZ”, en *LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO*, Montevideo, FCU, 2009.

EISENMANN, Charles, prefacio a Charles FOURIER, *La liberté d'opinion du fonctionnaire. Essai de droit pública comparar: Francia, Grande-Bretagne, Etats-Unis*, Paris, Edit. Pichon et Durand-Auzias, 1957.

ESTUDIO de la Organización No gubernamental Mujer y Salud (MySU), “Estado de situación y desafíos en aborto y salud sexual y reproductiva en los departamentos de Paysandú, Río Negro y Soriano”, extractado de diario “El País”, bajo el título “Aparecen más médicos que se niegan a practicar abortos...”, de fecha 16 de abril de 2015. Versión digital disponible en: www.elpais.com.uy/.../aborto-medicos-niegan-abortos. Fecha de consulta: 27 de abril. 2015.

FLORES DAPKEVICIUS, Rubén, *ESTATUTO DEL FUNCIONARIO*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, 2013.

FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2001.

GARCIA VAZQUEZ, Sonia, El derecho a la libertad religiosa y el uso del velo islámico. Marco constitucional, normativo y jurisprudencial, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 17, 2013. Versión digital disponible en: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/12565/1/AD_17_2013_art_18.pdf. Fecha de consulta: 28.07.2015.

GIORGÍ, Héctor, *EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958.

GODAY, Karina - VERGARA, Victoria, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: RECONOCIMIENTO DE DERECHOS VERSUS CUESTIONAMIENTOS INSTITUCIONALES”, en *Revista de Derecho Público*, N° 46, (2014). Versión digital disponible en: <http://www.revista.derechopublico.com.uy/goday.html>. Fecha de consulta: 26.04.2015.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, “LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 11, Número 11, (2011).

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.

GROS ESPIELL, Héctor, “Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política internacional”, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, IIDH, Civitas, 1988.

GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios Constitucionales*, Montevideo, Ingranusi Limitada, 1998.

HÄBERLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, traducción del italiano de Carlos RAMOS, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

INFORME (“WHITE PAPERS”) DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE MÉDICOS “GLOBAL DOCTORS FOR CHOICE”, titulado “*Conscientious objection and refusal to provide reproductive healthcare: A White Paper examining prevalence, health consequences, and policy responses*” (en español: “*La objeción de conciencia y la negativa a brindar atención de salud reproductiva: un informe que examina la prevalencia, las consecuencias de salud y las respuestas normativas*”). Versión Digital Disponible en: <http://www.globaldoctorsforchoice.org/>. Fecha de consulta: 4.4.2015.

INFORME de la Organización No Gubernamental humanitaria francesa “Médicos del Mundo”, de diciembre de 2013. Versión digital disponible en: www.medicosdelmundo.org.uy/novedades/article/a-una-ano-de-la-ley-de. Fecha de consulta: 23.04.2015.

IVANOFF, Klaudia, “Objeción de Conciencia en el ámbito laboral vinculada a la creencia adventista sobre el sábado como día de reposo”, en *DERECHO Y RELIGIÓN, Recopilación de estudios del Curso de Posgrado 2011*, (ASIAÍN, Carmen, coordinadora), Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2012.

JAVIER, Juvenal, “REFLEXIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA E IDEARIO EN EL URUGUAY A PARTIR DE LAS LEYES 18.987 Y 18.473.”, en *Revista de Derecho Público*, N° 43, (2013).

JAVIER, Juvenal, “REFLEXIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA E IDEARIO EN EL URUGUAY A PARTIR DE LAS LEYES 18.987 Y 18.473.” Versión digital disponible en: <http://www.revista.derechopublico.com.uy/revistas/43/Juvenal>. Fecha de consulta: 20.07.2015.

JAVIER, Juvenal, “EL CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFERENCIA AL PROCESO PENAL, AL ESTADO DE DERECHO Y A LA LEGÍTIMA DEFENSA”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa* N° 5 (2014).

JAVIER, Juvenal M., *Ley de Procedimiento Policial*, Montevideo, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández, 2008.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*, Montevideo, Edición de la Cámara de Senadores, Tomo I, 1999.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN NACIONAL*, Montevideo, Organización Medina, Tomo II, s/f.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *LA CONSTITUCIÓN DE 1952*, Montevideo, Organización Medina, Tomo II, s/f.

MARTÍ SÁNCHEZ, José María, “Educación para la Ciudadanía, Ley Orgánica 2/2006, de Educación”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Número 23 (2007).

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “Algunos supuestos controvertidos de objeción de conciencia”, en *“Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España”*, Madrid, fundación Universitaria Española, 2009. Versión digital disponible en: http://www.imdee/descargas/archivos/02_11_11_927.pdf. Fecha de consulta: 30.04.2015.

MARTINEZ TORRON, Javier, “La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Volumen I, (1985).

MARTINS, Daniel Hugo, *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1965.

MARTINS, Daniel Hugo, “Derecho positivo y doctrina nacional posteriores a 1958”, en *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2005.

MORENO DIAZ, Juan Manuel, *El Derecho de Objeción de Conciencia. Caracterización General. Su aplicación específica a las prestaciones de servicios sanitarias*. Tesis doctoral. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2003. Versión digital disponible en: <http://www.fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/1126>. Fecha de consulta: 22.07.2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “La Objeción de conciencia en el Derecho Penal”, en *Nueva Doctrina Penal*, (1996).

NAVARRO FLORIA, Juan, *El derecho a la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Abaco de R. Depalma, 2004.

NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTINEZ TORRON, Javier, *CONFLICTOS ENTRE CONCIENCIA Y LEY. Las objeciones de conciencia*, 2ª edición, Madrid, Iustel, 2012.

NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTINEZ TORRON, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, Edit. McGraw-Hill. Interamericana de España / Ciencias Jurídicas, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto . “Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 2, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2004.

OCHS OLAZÁBAL, Daniel, *LA ACCIÓN DE AMPARO*, 3ª edición, Montevideo, FCU, 2013.

ORDOQUI, Gustavo, *Derecho Médico*, Montevideo, Ediciones Del Foro, Tomo I, 2001.

PUCEIRO RIPOLL, Roberto, “LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”, en *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*, Montevideo, FCU, Tomo 2, 2008.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista”, en *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo XL, N° 238, (1958), separata distribuida por librería Juan A. Peri, y en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista*, Montevideo, FCU, 1974.

REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en el Derecho Administrativo. Principios del Derecho Administrativo”, en *Estado de Derecho y Humanismo Personalista* citado.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 30 de noviembre de 2000, en “Proceso Penal y Constitución. Reflexiones en torno a la trascendencia del principio de Estado de Derecho en el Derecho Procesal Penal.”, en *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional*, Managua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2011.

RISSO FERRAND, Martín, *ALGUNAS GARANTÍAS BÁSICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, 2011.

RISSO FERRAND, Martín, *DERECHO CONSTITUCIONAL*, 2ª Edición, Montevideo, FCU, Tomo I, 2006.

RIVADAVIA, Nicolás, “Objeción de conciencia. Análisis del instituto y casos jurisprudenciales sobre trabajo en días de precepto religioso y objeción de recibir tratamientos médicos”, en *DERECHO Y RELIGIÓN II. Recopilación de estudios del curso de posgrado 2012*, (ASIAÍN, Carmen, coordinadora), Montevideo, Mastergraf S.R.L., 2013.

RODRIGUEZ VILLASANTE, José Luis, “Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, en *Cuadernos de la Guardia Civil, número 5, (1991)*.

ROTONDO, Felipe, *Manual de DERECHO ADMINISTRATIVO*, 8ª edición, Montevideo, Tradinco, 2014.

ROTONDO, Felipe, “La Religión en la Educación Pública Uruguaya. Régimen legal”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IX, N° 17 (2010)*. Versión digital disponible en: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-17.pdf>. Fecha de consulta: 28.07. 2015.

ROTONDO, Felipe - MARTINS, Daniel Hugo, *RÉGIMEN LEGAL DE EDUCACIÓN - LEY N° 18.437 - Normas Constitucionales e Internacionales*, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010.

SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Montevideo, Organización Medina, 1957.

SANCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos*, Montevideo, Editorial Nueva Jurídica, 1998.

SANCHEZ GOYANES, Enrique, *CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMENTADA*, 23ª Edición, Madrid, Thomson & Paraninfo, 2005.

SAYAGUES LASO, Enrique, *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 5ª Edición, Montevideo, FCU, Tomo I, 1987.

SIEIRA MUCIENTES, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000.

THOUREAU, Henry David, *Civil Disobedience*. Versión Digital Disponible en: <http://thoureau.eserver.org/spanishcivil.html>. Fecha de consulta: 28.07.2015.

VERGARA, Victoria y GUTIERREZ, Gianni, “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: “TODAVÍA HAY JUECES EN BERLÍN...Y TAMBIÉN EN URUGUAY””, en *Revista de Derecho y Tribunales, N° 26 (2014)*.

VIERA, Luis Alberto, *Ley de amparo*, Montevideo, Ediciones Idea, 1993.

YTURBE, Corina, “El principio de laicidad: el caso del velo islámico”, en *Dianoia, Anuario de Filosofía, N° 56, UNAM, 2006*. Versión digital disponible en: http://www.dianoia.filosoficas.unam.mx/index.php/download_file/276/497/. Fecha de consulta: 28.07.2015.



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

BISCOMB, Thomas - VERDÍAS, Mateo

Estructuras jurídicas y el apoyo estatal para el fomento del deporte

ESTRUCTURAS JURÍDICAS Y EL APOYO ESTATAL PARA EL FOMENTO DEL DEPORTE¹

El Fideicomiso Financiero como herramienta al servicio del deporte

THOMAS BISCOMB
MATEO VERDÍAS

Introducción

A lo largo del tiempo, el deporte se ha convertido en uno de los rasgos culturales más fuertes de Uruguay. A través del deporte, la sociedad uruguaya se ha unido y ha generado un fuerte sentido de pertenencia hacia nuestro país y nuestra cultura. En una de sus principales obras literarias, el difunto Eduardo Galeano decía: *“Todos los uruguayos nacemos gritando gol y por eso hay tanto ruido en las maternidades, hay un estrépito tremendo. Yo quise ser jugador de fútbol como todos los niños uruguayos.”*² Estas precisas palabras de uno de los padres de la literatura uruguaya, no hacen más que describir el fuerte sentimiento que tenemos hacia el deporte. Sea un gol, un try, un triple o un set, los uruguayos vivimos el deporte con gran pasión.

No obstante, por diversos motivos, la inversión en el deporte uruguayo ha presentado una fuerte desaceleración. El estadio construido por el Club Atlético Peñarol³, así como la fuerte inversión hecha por la Unión de Rugby del Uruguay en el Estadio Charrúa⁴, aparecen como un oasis en el desierto, que ha hecho que Uruguay se vuelva carente en infraestructura para fomentar el deporte.

A través de la siguiente monografía, estudiaremos los antecedentes en materia de estructuras jurídicas para el fomento del deporte, y profundizaremos al respecto de la aplicabilidad del fideicomiso financiero como estructura idónea para captar el interés de inversiones en el deporte. Sobre esta línea, también estudiaremos mecanismos por los cuales el Estado puede fomentar directamente la inversión en el deporte.

Antecedentes de estructuras jurídicas que fomentan el deporte en nuestro país.

Tradicionalmente, las instituciones deportivas han optado por constituirse como

1 El presente trabajo obtuvo el primer lugar en el concurso “Aportes para el Desarrollo del Deporte en Uruguay”, organizado por el Estudio Hughes & Hughes.

2 GALEANO, E., “Fútbol de Sol a Sombra”, Ed. Siglo XXI, Mdeo, 2010, pág.5.

3 Ver: “Peñarol inició éste lunes la construcción de su Estadio” en Subrayado: <http://subrayado.com.uy/Site/noticia/30749/penarol-inicia-este-lunes-la-construccion-de-su-estadio>.

4 Ver: “La Unión de Rugby obtuvo la concesión del Estadio Charrúa” en Montevideo Comm: <http://www.montevideo.com.uy/auc.aspx?198851,1,1149> y ver también: “Una joya que sigue en obras” en Ovación Digital: <http://www.ovaciondigital.com.uy/rugby/teros-estadio-charrua-reforma.html>.

asociaciones civiles sin fines de lucro, dando así primacía a los aspectos de contenido cultural, social y deportivo, quedando en segundo plano los aspectos negociables de la actividad⁵.

El deporte profesional ha adquirido en nuestro país, la envergadura de una actividad económica de gran dimensión, lo cual demanda grandes inversiones, que conllevan consigo el devengo de importantes resultados⁶. Sin embargo, esto también implica riesgos que son propios de la gestión, requiriéndose así destacado profesionalismo en el manejo de la actividad⁷.

Es por esto, que el legislador uruguayo consideró oportuno crear una herramienta paralela, opcional, tendiente a reforzar las inversiones privadas en la actividad deportiva, otorgando la mayor transparencia y seguridad jurídica posible para el inversor.⁸ Fue así como se crearon, mediante la Ley N° 17.292, las denominadas “Sociedades Anónimas Deportivas” (SAD).⁹

Las Sociedades Anónimas Deportivas

Las SAD son un subtipo especial de sociedad anónima lucrativa caracterizada, no por la típica polivalencia funcional de las Sociedades Anónimas, sino por un objeto exclusivo, que es la participación en competiciones deportivas oficiales o privadas y el desarrollo de actividades deportivas¹⁰.

Uno de los principales atractivos establecidos por la ley, recae en materia de exoneración tributaria, ello por cuanto, se dispone que *“Las Sociedades Anónimas Deportivas creadas en virtud de la presente ley cuya única finalidad sea la prevista en el inciso tercero del artículo 70 –participación en competiciones deportivas oficiales y desarrollo de actividades deportivas– estarán exoneradas de todo impuesto nacional”*¹¹. Parte de la doctrina, ha entendido tradicionalmente que esta exoneración tributaria aplicaba ya desde antes a las entidades culturales y deportivas, independientemente de su forma de organización jurídica¹².

Actualmente, en el Uruguay son muy escasos los clubes deportivos que han adoptado esta estructura jurídica. Encontramos así, ejemplos en los casos de Boston River¹³, Sud

5 OLIVERA GARCÍA, R. “Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2001, pág. 5.

6 CAZOLA PRIETO, L., “Derecho del Deporte”, Madrid, 1992, págs. 63-70. Ver también OLIVERA GARCÍA, R. “Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2001, pág. 5.

7 OLIVERA GARCÍA, R. “Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2001, pág. 61.

8 Cámara de Representantes, Repartido N°417, Noviembre de 2007.

9 Ley 17.292, “Administración Pública y Empleo, Fomento y Mejoras”, Arts.66-80. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17292&Anchor=>.

10 OLIVERA GARCÍA, R. “Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2001, pág. 15.

11 Ley 17.292, “Administración Pública y Empleo, Fomento y Mejoras”, Art. 82. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17292&Anchor=>.

12 VALDÉS COSTA, R. “Aplicación de las exoneraciones del artículo 69 a las instituciones deportivas”, Mdeo., 1970. Ver también: BERRO, F. “La exoneración de las instituciones de enseñanza”, Revista Tributaria, año XIII, N°71, pág. 93 y ss.

13 Ver: <http://bostonriver.com.uy/club/dirigencia>.

América¹⁴ y Deportivo Maldonado¹⁵.

A nuestro entender, las Sociedades Anónimas Deportivas no han cumplido con los objetivos enmarcados en la exposición de motivos de la ley de Sociedades Anónimas Deportivas¹⁶, principalmente por dos razones. La primera de ellas es de carácter normativo. Esto se debe a que faltó un elemento fundamental, que sí está presente en las legislaciones de Derecho comparado, como la española¹⁷: la obligatoriedad de que las instituciones deportivas deban adaptarse a esta estructura jurídica. Nuestro legislador estableció un régimen de acceso voluntario, permitiendo que las propias instituciones deportivas evalúen la conveniencia o no de adoptar este nuevo régimen¹⁸.

La otra razón es de carácter político. Esto es, dado que en una Sociedad Anónima los dueños son los accionistas, esto le quitaría el peso político a las Comisiones Directivas. Las Comisiones Directivas se han convertido en un centro de carrera política y de concentración de poder, por lo que entendemos que muchos dirigentes se han visto reticentes a entregar esa cuota parte, de cara a los potenciales accionistas.

Ley 18.833 – Fomento del Deporte

En busca de impulsar aún más el marco normativo en relación al fomento del deporte, se sancionó el 15 de noviembre de 2011 la ley 18.833 de Fomento del Deporte.¹⁹ En la exposición de motivos se establecía “*Hábitos saludables, valores éticos, integración social, desarrollo personal, herramienta educativa, imagen de la cultura del país, desarrollo humano, etc., son conceptos comunes a la hora de intentar definir el complejo fenómeno deportivo.*”²⁰ Así, el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de ley de la norma en cuestión, por la cual se establecieron determinados beneficios tributarios para las instituciones deportivas, para así “*implementar instrumentos complementarios que promuevan y faciliten la inversión privada en el deporte*”²¹.

Si bien creemos que es una decisión acertada la enmarcada en la ley 18.833, creemos que esta herramienta no es suficiente. Ello por cuanto, a ya casi 3 años de la promulgación de la ley, no se ha visto incrementada la inversión privada en el deporte.

Esto nos lleva a plantear la estructura jurídica del fideicomiso financiero como una herramienta para el fomento a la inversión en el deporte. Si bien es una estructura que

14 Ver: <http://www.ovaciondigital.com.uy/futbol/sud-america-celio-daniel-osvaldo.html>.

15 Ver: <http://deportivomaldonado.com/>.

16 Cámara de Representantes, Repartido N° 417, noviembre de 2000.

17 CAZORLA PRIETO, L., “Las sociedades Anónimas Deportivas”, Madrid, 1990, pág. 24 y ss.

18 OLIVERA GARCÍA, R. “Las sociedades anónimas deportivas en el derecho uruguayo”, Universidad de Montevideo, Mdeo., 2001, pág. 62.

19 Ley 18.833 – Fomento del Deporte. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18833&Anchor=>.

20 Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Fomento del Deporte presentado en la Asamblea General el 23 de Diciembre de 2010, disponible en: http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2010/12/mtd_135.pdf.

21 Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Fomento del Deporte presentado en la Asamblea General el 23 de Diciembre de 2010, disponible en: http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2010/12/mtd_135.pdf.

fue prevista por la ley 18.833 en su artículo 5²², y ha tenido una fuerte aplicación en el área de las inversiones privadas²³, ella ha tenido muy poco uso al momento de proyectar y realizar inversiones para el fomento del deporte.

El Fideicomiso Financiero

Concepto

El fideicomiso financiero es una estructura jurídica y financiera, por la cual, con el respaldo de ciertos bienes, se emiten obligaciones que se representan en títulos de deuda y en su comercialización se generan flujos de fondos.²⁴ Así, a través del fideicomiso financiero, es posible sustituir activos de poca liquidez por otros esencialmente líquidos y disponibles.²⁵

Tal como en los otros tipos de fideicomiso, el fideicomiso financiero también implica un conjunto de activos que son transmitidos por el fiduciante al fiduciario, para que los administre en favor de un beneficiario²⁶. ORDOQUI define al fideicomiso financiero como “*un instrumento para realizar securitización, o sea, la obtención de financiamiento mediante la emisión de títulos valores garantizados con el respaldo que brinda el capital e intereses, con un flujo de fondos generado por una cartera de activos que integran el fideicomiso financiero*”²⁷.

De esta forma, el fideicomiso financiero funciona como un mecanismo de financiamiento garantizado, donde se pueden contemplar las necesidades del fiduciante (ya que se le brinda rentabilidad y dinero), y también las de los inversores (los cuales obtienen beneficios a través de la adquisición de los títulos valores).²⁸

El artículo 25 de la ley 17.703 (“Ley de Fideicomiso”) establece que “*El fideicomiso financiero es aquel negocio de fideicomiso cuyos beneficiarios sean titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario, de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso, o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente.*”²⁹ Aún más, el Art. 26 de la Ley de Fideicomiso establece que “*Solamente podrán ser fiduciarios en un fideicomiso financiero las entidades de intermediación financiera o las sociedades administradoras de fondos de inversión.*”³⁰

22 Art. 5 de la ley 18.833: “*La Comisión de Proyectos Deportivos podrá requerir a la entidad o institución deportiva solicitante, en función de la naturaleza y cuantía del proyecto, la constitución de un fideicomiso para su ejecución y operación.*”

23 Ver “*Así funciona el fideicomiso, la estrella del mercado local*” en El País Digital, disponible en: <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/asi-funciona-fideicomiso-estrella-mercado.html>.

24 ORDOQUI, G., “*El Fideicomiso*”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág.123.

25 ORDOQUI, G., “*El Fideicomiso*”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág.123.

26 DE CORES, C., “*Introducción al Derecho de los Servicios Financieros*”, La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 80.

27 ORDOQUI, G., “*El Fideicomiso*”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág.123.

28 ORDOQUI, G., “*El Fideicomiso*”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág.123.

29 Art. 25 de la ley 17.703 – Fideicomiso. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17703&Anchor=>.

30 Art. 26 de la ley 17.703 – Fideicomiso. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17703&Anchor=>.

Así, podemos ver que son dos las notas características del fideicomiso financiero³¹. En primer lugar, nos encontramos con que el fiduciario solo podrá ser una institución de intermediación financiera, y por el otro, que el beneficiario será titular de certificados de participación o de títulos de deuda.³²

Es interesante destacar que, desde el paradigma financiero, la ruptura de la tradicional ecuación “un patrimonio, una persona”³³, trae como consecuencia que los inversores tendrán en cuenta la calidad del proyecto en sí y el flujo futuro de fondos que éste generará, pero no evaluarán los pasivos que afecten en forma personal tanto a los fiduciantes (inversores originales) como al administrador (fiduciario), ello por cuanto, dichos acreedores no podrán agredir los bienes que integran el proyecto de inversión³⁴.

El Beneficiario, los Certificados de Participación y los Títulos de Deuda

Es importante tener en cuenta, que existen dos –o si se quiere, tres- categorías de beneficiarios³⁵; esto es, aquellos que son titulares de un título de deuda, aquellos que son titulares de un certificado de participación, y los titulares de un título mixto. Entre éstos, hay una relación de jerarquía económica (y política – en caso de liquidación del fideicomiso) que los diferencia.

En el caso de los títulos de deuda, los bienes del patrimonio de afectación independiente (del fideicomiso) se encuentran afectados al pago de esa deuda³⁶. El título tiene un valor nominal definido, rasgo que lo distingue de la segunda categoría de beneficiarios mencionada, ya que como veremos, en éstos su valor va a porcentaje del resultado³⁷.

En lo que refiere a los certificados de participación, éstos representan el derecho a participar en el patrimonio fiduciario³⁸; acorde a su naturaleza, el certificado de participación debe indicar un porcentaje que, como se ha indicado anteriormente, se aplicará sobre un resultado “*que podrá ser mayor o menor según la gestión y la suerte de los negocios*”³⁹. Es cierto, que hay situaciones donde no se emite un certificado de participación con un porcentaje, sino con una cifra fija, un valor nominal⁴⁰. Sin embargo, esa cifra

31 ORDOQUI, G., “El Fideicomiso”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág.123. Ver también DE CORES, C., “Introducción al Derecho de los Servicios Financieros”, La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 80. Ver también PORCARO, D. y MLUMIAN, N., “Fideicomiso en Uruguay”, PriceWaterhouseCoopers, Mdeo, pág. 40.

32 ORDOQUI, G., “El Fideicomiso”, Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág. 123.

33 AUBRY, C., RAU, C., “Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae”. Disponible en: http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/aubry_rau_patrimoine.htm.

34 SANTAMARÍ, G. “El contrato de fideicomiso como herramienta de financiamiento empresario”, 2015. Disponible en: <http://www.aden.org/revista/el-contrato-de-fideicomiso-como-herramienta-de-financiamiento-empresario/>.

35 Art. 28 de la ley 17.703 – Fideicomiso. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17703&Anchor>.

36 PORCARO, D., MAULUMIAN, N., “Fideicomiso en Uruguay. Análisis del Proyecto de Ley”, Mdeo, 2003, pág. 15.

37 DE CORES, C., “Introducción al Derecho de los Servicios Financieros”, La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 82

38 ORDOQUI, G., “El Fideicomiso”, Ediciones del Foro, Mdeo.,2003, p.128.

39 DE CORES, C., “Introducción al Derecho de los Servicios Financieros”, La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 82.

40 DE CORES, C., “Introducción al Derecho de los Servicios Financieros”, La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 82.

fija determinará el porcentaje de participación proporcional acorde a los resultados. La indicación de una suma específica, es compatible con el título de crédito, pero no con el certificado de participación⁴¹.

La tercera categoría mencionada, refiere a los títulos mixtos. En ellos se consignan dos tipos de derechos: uno cierto, esto es, el pago de una suma determinada, y un derecho subordinado de participación⁴².

Como ya hemos anticipado, el título de deuda es preferido económica y políticamente por sobre el certificado de participación. Esto se traduce en que los bienes del fideicomiso se aplicarán primero al pago de los títulos de deuda, y luego al pago de los certificados de participación, en la medida en que existiere remanente.

Debemos traer a colación nuevamente, a efectos de comprender la estructura operativa del Fideicomiso Financiero, el concepto de Securitización, puesto que es un respaldo en garantía que resulta atractivo para los inversores. La securitización implica que los bienes del fideicomiso se afectan en garantía de los títulos de deuda emitidos⁴³; es una forma de activar bienes improductivos, convirtiéndolos en títulos negociables en el mercado.

Entendemos importante hacer una referencia al supuesto de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso para atender a sus obligaciones⁴⁴. La eventual insuficiencia de los bienes fideicomitados para hacer frente a las obligaciones contraídas, no comportará ni la quiebra, ni el concurso, ni la liquidación judicial del fideicomiso⁴⁵. En tal supuesto, procederá la liquidación privada a cargo del fiduciario que, mediante la enajenación de los bienes del patrimonio fiduciario, entregará el producido a sus acreedores en el orden de privilegio que se prevé para el concurso⁴⁶.

Evidenciando la jerarquía política de los tenedores de títulos de deuda, la Ley de Fideicomiso dispone que el fiduciario los citará a efectos de que, en asamblea⁴⁷, resuelvan respecto al procedimiento de administración y liquidación del patrimonio fiduciario.

Es entonces, destacable – y atractivo para inversores- que los fideicomisos financieros no entran en concurso, sino que se liquidan, disminuyéndose las facultades del fiduciario, para dar primacía a las decisiones de la mayoría⁴⁸.

41 DE CORES, C., "Introducción al Derecho de los Servicios Financieros", La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 83.

42 DE CORES, C., "Introducción al Derecho de los Servicios Financieros", La Ley Uruguay, Mdeo., 2009, pág. 82.

43 LORENZETTI, R., "Tratado de los Contratos", t. III, Buenos Aires, 2000.

44 Art. 31 de la ley 17.703 – Fideicomiso. Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17703&Anchor>.

45 ORDOQUI, G., "El Fideicomiso", Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág. 129.

46 ORDOQUI, G., "El Fideicomiso", Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág. 129.

47 Regida acorde a las normas establecidas por la Ley 16.060 respecto a la convocatoria de asambleas de sociedades anónimas.

48 ORDOQUI, G., "El Fideicomiso", Ediciones del Foro, Mdeo., 2003, pág. 130.

La aplicación del Fideicomiso Financiero en proyectos del Estado

Por los caracteres esenciales que presenta el Fideicomiso Financiero, este se presenta como una herramienta idónea para atraer inversiones. Esto se debe a que, en primer lugar, los inversores tendrán de alguna forma asegurada sus inversiones a través de cualquiera de las tres modalidades de títulos valores. De esa forma, y al agregarse bienes al fideicomiso para que el inversor pueda cobrar, la inversión que se hace en el fideicomiso se vuelve aún más atractiva para el inversor. Es así, que el Estado podrá utilizar la estructura del fideicomiso financiero para atraer inversiones en infraestructura deportiva.

La participación del Estado en el fomento del deporte - y más aún, en deportes que no son practicados de forma regular en nuestro país - es fundamental para poder lograr los objetivos naturales del deporte, los cuales se traducen a la perfección en la exposición de motivos previamente citada de la ley 18.833.⁴⁹ De esta forma, el Estado debe tener una participación activa en el desarrollo de infraestructura acorde para la práctica del deporte. Ejemplos de ello pueden ser: canchas de básquetbol, de fútbol, pistas de atletismo, entre otros. Estas inversiones presentan un monto inicial muy elevado, y que por tanto precisan una participación activa del Estado.

La utilización del fideicomiso financiero dará la posibilidad que inversores puedan invertir en la ejecución de las mencionadas obras de infraestructura, a través de títulos de deuda o certificados de participación. Asimismo, al estar tratando con actividades que generan un alto movimiento de espectadores, tales como el fútbol o el basquetbol, esto da la posibilidad de que ingresen al patrimonio del fideicomiso todas las ganancias futuras obtenidas de las inversiones: sea entradas vendidas en los estadios construidos a través del fideicomiso, o la venta de publicidad estática, entre otras.

Por último, la posibilidad que presenta el fideicomiso financiero relacionado a que el beneficiario puede ser incierto al momento de constituirse el fideicomiso, y el hecho de que se puede apelar al ahorro público, vuelven aún más factibles las posibilidades de poder atraer inversiones a mediano y corto plazo.

La aplicación del Fideicomiso Financiero en proyectos de Privados

Si bien el Estado es un participante activo en todo lo relacionado a inversiones de gran porte, las inversiones relacionadas al fomento del deporte muchas veces se encuentran proyectadas por privados. En estos casos, el fideicomiso financiero también se presenta como un modelo idóneo para atraer inversiones, siempre y cuando se acompañe de un proyecto viable. Por ello, entendemos que estas inversiones serán proyectadas por instituciones que representen un gran número de seguidores, pero que igualmente servirán para el fomento general del deporte.

Ejemplos de ello, pueden ser la ejecución de obras por parte de la AUF y CAFO para la remodelación del Estadio Centenario, o el gran programa de desarrollo del rugby

⁴⁹ Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Fomento del Deporte presentado en la Asamblea General el 23 de Diciembre de 2010, disponible en: http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2010/12/mtd_135.pdf y citado previamente en la pág. 5.

que está ejecutando la Unión de Rugby del Uruguay. El fideicomiso financiero también servirá para la ejecución de inversiones relacionadas a importantes instituciones deportivas, como pueden ser los principales clubes de fútbol y básquetbol.

En estos casos, la posibilidad de formar el patrimonio con ingresos futuros es aún mayor. Las masas que movilizan muchas de estas instituciones privadas pueden generar interesantes ingresos a la masa patrimonial del fideicomiso, lo que hará aún más atractiva su inversión. Sobre esta línea, las instituciones privadas podrán utilizar la modalidad de los certificados de participación o de títulos de deuda, dependiendo los proyectos que quieran ejecutar y el tipo de inversión que quieran captar.

El Apoyo Estatal

Tal como señalamos previamente, el Estado ha tenido una actividad proactiva relacionada al fomento del deporte. Esta actividad se ha basado principalmente en beneficios fiscales para quienes realizan inversiones en el deporte. Esto podría verse como el apoyo pasivo al fomento del deporte. Pero, tal como vimos con las Sociedades Anónimas Deportivas, los beneficios fiscales a veces no son suficientes para la captación de inversiones en el deporte.

Aún más, muchas inversiones podrían carecer de viabilidad teniendo en cuenta las características demográficas del país. Al ser un país con escasa población, muchos deportes carecen de un interés masivo del público, por lo que el atractivo de las inversiones disminuye. Es en estos casos donde el Estado debería incrementar su participación. Esto se debe a que la ejecución de determinadas obras, si bien parecerían no ser viables económicamente, sí lo son si se hacen en pos del fomento del deporte.

Para ello, el Estado deberá aprovechar al máximo las estructuras jurídicas tales como el fideicomiso financiero, para poder incrementar la inversión en la infraestructura y fomento del deporte, dejando de lado el apoyo pasivo e incrementando el rol activo.

Fideicomiso Nacional para el Fomento del Deporte

Entendemos que más allá de las exoneraciones, y de las inversiones puntuales que se pueden hacer en infraestructura, y que pueden tener al Estado como titular del proyecto, la estructura jurídica del fideicomiso financiero puede ser aprovechada aún más por parte del Estado. De esa forma, creemos que para lograr un fomento idóneo y exitoso del deporte, es necesario crear un gran Fideicomiso Nacional para el Fomento del Deporte ("FINAFODE"). El FINAFODE se encargará de emitir títulos de deuda, y así obtener inversiones para todas las áreas del deporte, dándole especial énfasis a los deportes amateurs.

En este fideicomiso, el fideicomitente podrá ser la Secretaria de Deportes, recientemente creada. Entendemos que sería oportuno que en él participen las grandes federaciones del deporte como el Comité Olímpico Uruguayo (COU), la Confederación Atlética del Uruguay (CAU), entre otros. Así, se contará con la participación de los grandes

actores del deporte nacional, lo que será aún más atractivo para la obtención de inversiones. Por otra parte, creemos conveniente que el fiduciario sea República AFISA o el Banco República, dado que se lograría así, un mayor apoyo Estatal, lo que también representará garantías y seguridades para los posibles inversores.

A través del FINAFODE, se podrán crear becas deportivas, y así poder fomentar la preparación de talentos deportivos. Aún más, también servirá para crear programas de fomento del deporte, apostando en infraestructura y capacitación de nuevos talentos.

Los fideicomisos nacionales del deporte han sido aplicados con gran éxito en el Derecho Comparado. Un claro ejemplo es el del “Fondo para el Deporte de Alto Rendimiento” constituido en México bajo la estructura del Fideicomiso de inversión,⁵⁰ la cual se asemeja a la estructura del fideicomiso financiero dada por nuestra ley 17.703⁵¹. El mismo fue creado bajo la órbita de la Comisión Nacional de Cultura física y Deporte⁵², y el fideicomitente es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El objetivo de dicho fideicomiso es el de otorgar becas y estímulos a los deportistas mexicanos. Asimismo, se ha destacado el éxito de la estructura para poder fomentar el deporte y otorgar financiamiento a deportistas de ese país.⁵³

De esta forma, el fideicomiso ha demostrado ser una gran herramienta para el fomento del deporte. Tal como sucedió en México, proponemos que Uruguay tenga su propio fideicomiso del deporte, el FINAFODE, por el cual entendemos, se logrará un mayor fomento del deporte.

Conclusiones

El deporte reviste determinadas características tales como hábitos saludables, valores éticos, integración social, desarrollo personal, rol de herramienta educativa, imagen de la cultura del país, desarrollo humano, entre otras, que vuelve necesaria la implementación de inversiones, tanto privadas como públicas. La infraestructura actual se encuentra envejecida y no se adapta a las nuevas necesidades del Siglo XXI.

El fideicomiso financiero se presenta como una estructura jurídica idónea ya que a través del mismo, es posible sustituir activos de poca liquidez por otros esencialmente líquidos y disponibles. Aún más, a través del fideicomiso financiero, se pueden contemplar las necesidades del fiduciante, al que se le brinda rentabilidad y dinero, y también las de los inversores, los cuales obtienen beneficios a través de la adquisición de los títulos valores.

De esta forma, entidades tanto públicas como privadas podrán apelar al fideicomiso

50 Ver “FODEPAR - Contrato de Fideicomiso Público no Paraestatal de Inversión y Administración”, disponible en: http://www.conade.gob.mx/Documentos/Conade/Normateca_Interna/Fideicomisos/FODEPAR.pdf.

51 GUTIERREZ MOLLER, E., “Especies de Fideicomisos”, Biblioteca Jurídica de la UNAM, México, pág. 52, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/6.pdf>. Ver también “Clasificación de Fideicomisos”, pág. 79, disponible en: http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020130159/1020130159_04.pdf.

52 Comisión Nacional de Cultura física y Deporte – Dirección de Operación Fiduciaria y Mercadotecnia. Ver: <http://www.conade.gob.mx/documentos/CalidadDeporte/cima.pdf>.

53 Ver: <http://economista.com.mx/deportes/2012/07/03/atleta-elite-recibe-mas-medio-millon-pesos>.

financiero para que, a través de la transferencia de ingresos actuales y futuros obtenidos por las inversiones a la masa fiduciaria, los inversores puedan ver satisfechos sus intereses. No obstante, para que el fideicomiso financiero se presente como la estructura idónea que es, ésta debe fomentarse aún más allá de lo establecido en la ley 18.833.

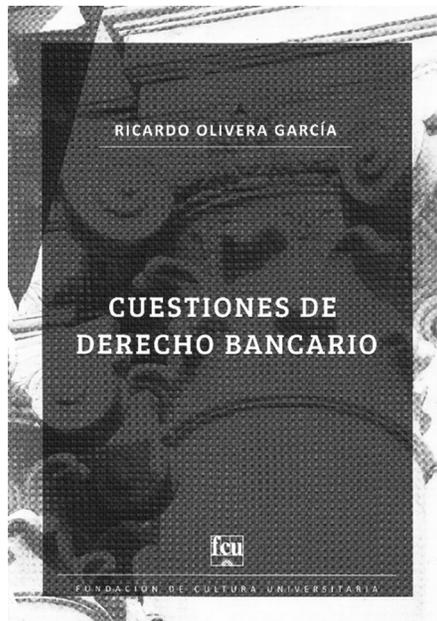
Por último, para lograr el fomento necesario al deporte y sus respectivas inversiones, el Estado deberá ocupar un rol más activo. No solo generando beneficios fiscales a los que invierten en el deporte, sino también participando directamente de la estructura del fideicomiso financiero para poder lograr inversiones en deportes que, a priori, no parecerían ser atractivos económicamente. Así, creemos necesaria la creación de un fideicomiso financiero, al cual denominamos FINAFODE, que podrá otorgar becas y financiación a deportistas, así como crear programas de fomento del deporte. De esa forma, se podrán aprovechar al máximo todos los beneficios que el fideicomiso financiero tiene, logrando así, que sea una verdadera herramienta al servicio del deporte.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

*Cuestiones de Derecho Bancario: de Ricardo Olivera García,
Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015 (por Gerardo
Cedrola Spremolla)*

CUESTIONES DE DERECHO BANCARIO: RICARDO OLIVERA GARCÍA, FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, MONTEVIDEO, 2015



Esta obra jurídica resulta de especial interés por variadas razones.

Primeramente, porque tiene la virtud de compilar en un único texto, varios trabajos del Profesor Ricardo Olivera, que nos brindan una adecuado panorama de la regulación bancaria actual, de forma centralizada en un volumen.

Seguidamente, con el rigor profesional que caracteriza al autor, la obra transcurre en torno a temas claves en el debate jurídico bancario, como son la regulación y el control del sistema de intermediación financiera, la ley de intermediación financiera, los contratos bancarios, los fideicomisos, el leasing y los contratos de financiamiento empresarial.

Dentro del capítulo destinado a la regu-

lación y el control del sistema financiero, resultan especialmente valiosos los numerales destinados a los encajes bancarios – situación difícil cuyo manejo es siempre de interés para los bancos dado que ello afecta su manejo de fondos -, así como el capítulo destinado al secreto bancario, el cual, como es sabido, configura un tema delicado, de especial preocupación para las instituciones, los clientes y los propios organismos de contralor.

El capítulo destinado al análisis de los contratos bancarios presenta un completo y meticuloso panorama, interesante no solamente para el operador jurídico que se desempeña con estos asuntos, sino también para posibilitar por parte del trabajador bancario, una correcta y cabal comprensión de las operaciones en las que habitualmente puede intervenir en fun-

ción de sus tareas.

El capítulo destinado al análisis de la normativa relativa a los fideicomisos, se cierra con una muy interesante valoración del funcionamiento de este instituto en el sistema financiero uruguayo.

El capítulo correspondiente a los contratos de financiamiento empresarial destaca puntualmente por la presentación y desarrollo de una serie de modalidades, de muy diversa índole, de no poca complejidad práctica y cuya explicación conceptual es habitualmente difícil.

Finalmente, los capítulos se cierran, con un apéndice normativo que permite ubicar fácilmente los diversos aspectos analizados, en la regulación concreta de la normativa correspondiente.

El libro presenta un estilo de redacción claro y ameno, que facilita la lectura y la comprensión del texto, tanto para quien posee versación en temas jurídicos, como para quien es ajeno al campo del derecho.

Por estas razones, y siendo además que la producción académica en derecho bancario en nuestro país, no presenta el volumen de producción cuantitativa que se verifica en otras áreas del derecho, valoramos muy positivamente la publicación de esta obra, permitiéndonos sugerir su lectura.

Gerardo Cedrola Spremolla



Enero, 2016. Depósito Legal N°. 368.926 / 16
www.tradinco.com.uy