

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.^a época. Año 10 N.º 12 - DICIEMBRE 2015

ISSN on line 2393-6193

Facultad de
Derecho
25 años



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2º época. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

El objetivo es brindar una oportunidad real a todos los juristas y a los interesados en temas jurídicos, nacionales y extranjeros, de publicar y de acceder a artículos de alto nivel académico, notas de jurisprudencia, sentencias relevantes y novedades bibliográficas, sobre cuestiones jurídicas de actualidad para la profesión, la docencia y la investigación.

De esta edición:

© 2015 UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

Dirección Postal

Av. 8 de octubre 2738- CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.
Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>
Correo electrónico
publicacionesderecho@ucu.edu.uy
mhanna@ucu.edu.uy

Depósito legal 360.982 - Comisión Del Papel
Edición amparada por el Decr. 218/96
ISSN 1510-3714
ISSN on line: 2393-6183

Título-clave: Revista de derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. En línea)

Título-clave abreviado: Rev. Derecho (Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho. En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay
Todos los derechos reservados.

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Paginado: Stella Fernández

Edición a cargo de Marta Hanna de Rosa

Impreso y encuadernado en Mastergraf S.R.L.
Gral. Pagola 1823 - CP 11800 - Tel. 2203 4760*
Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@mastergraf.com.uy
www.mastergraf.com.uy

Revista de Derecho es una publicación arbitrada. Incluida en:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**

Sitio web de la publicación con acceso a tablas de contenido, resúmenes y normas de publicación en:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

The journal Revista de Derecho is included in:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**
The table of contents, abstracts and publication guidelines can be accessed at the website:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

Por correspondencia y envío de material dirigirse a:

Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.
Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600, Montevideo, Uruguay.
Teléfonos 2487 2717* - Fax 2487 5225.
publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
Decano
(Universidad Católica del Uruguay)

Mabel Rivero
(Universidad Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand
(Universidad Católica del Uruguay)

Marta Hanna de Rosa
Secretaria de redacción
(Universidad Católica del Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)
Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)
Ángel **Landoni** (*Universidad de la República; Universidad de Montevideo, Uruguay*)
Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)
Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)
Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos, Brasil*)
Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)
Carlos **De Cores** (*UCU, Uruguay*)
Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)
Didier **Operti** (*UCU, Uruguay*)
Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú, Perú*)
Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)
Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)
Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)
Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)
Humberto **Nogueira Alacalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)
Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)
Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)
Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)
Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)
José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)
José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)
Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Leslie **Van Rompaey** (*Uruguay*)
Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)
Luis **Aguiar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)
Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)
Luis **Fernando Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná y Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE URUGUAY**

Mons. DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

P. ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

Dr. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

Ing. OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

P. ÁLVARO PACHECO SJ
Vicerrector del Medio Universitario

Dra. SANDRA SEGREDO
Secretaría General

**AUTORIDADES
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO
Decano

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaría Académica

Dr. GABRIEL VALENTIN
Coordinador de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS
Coordinadora Académica de Notariado

Dra. MARIELLA SAETTONE
*Coordinadora Académica de
Investigaciones*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA
Coordinadora de Publicaciones

Dr. MARIO SPANGENBERG
Coordinador de Aspirantías

Índice

25 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY
*Discurso del Sr. Decano, Dr. Carlos E. Delpiazzo,
con motivo de la celebración
del vigesimoquinto aniversario..... 9*

DOCTRINA

RECURSO DE CASACIÓN: ERRÓNEA
INADMISIBILIDAD
Appeal: incorrect inadmissibility
Alejandro Abal Oliú..... 15

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN
COLECTIVA DE TRABAJO
A LOS CONTRATISTAS DEL INSTITUTO
DE SEGUROS SOCIALES EN VIRTUD
DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA
DE LA REALIDAD
Application of the collective agreement
to the contractors of the Social Security
Institute under the principle of primacy of the reality
Ricardo Barona Betancourt..... 31

SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL
EM PROCESSO PENAL
On judicial evidential issues in Criminal Procedure
Rodrigo da Silva Brandalise..... 49

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LA VENTA
DE MARIHUANA EN LAS FARMACIAS DEL
URUGUAY
Conscientious objection to sell marijuana in Uruguayan
drugstores
Ruth Furtenbach Domènech..... 77

EL NUEVO SISTEMA ESPAÑOL
DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
DE DECISIONES EXTRANJERAS
María del Ángel Iglesias Vázquez..... 101

DEPARTAMENTOS Y ÁREAS

Dr. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Departamento de Derecho Administrativo

Dr. CARLOS DE CORES

Departamento de Derecho Civil

Dra. ADRIANA BACCHI

Departamento de Derecho Comercial y Bancario

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND

Departamento de Derecho Constitucional

Dra. CECILIA FRESNEDO

Departamento de Derecho Internacional

Dr. RAÚL CERVINI

Departamento de Derecho Penal

Dr. WALTER GUERRA

Departamento de Derecho Procesal

Dr. JORGE FERNÁNDEZ REYES

Área Agroambiental

Dra. MABEL RIVERO

Área de Familia

Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ

Área Humanística

Dr. JUAN JOSÉ SALGADO

Área Social

Dra. ALICIA RODRÍGUEZ GALUSSO

Área de Formación Profesional en Abogacía

Esc. BEATRIZ RAMOS

Área de Formación Profesional en Notariado

ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA LEY N° 19.307 . (Ley de Servicios de comunicación audiovisual)

Some juridical problems with the 19.307 Law (Audiovisual Media Services law)

Martín Riso Ferrand..... 125

JURISPRUDENCIA

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y LA REPARACIÓN EN LOS CASOS DE EXPROPIACIÓN. La “justa compensación”

tras la demora estatal en el pago del precio

The Effective Judicial Protection and the Reparation in cases of Expropriation. The “just compensation” after the State’s delay in the payment of the price

María Paula Garat 195

FISCO - MSP - c/ ETCHEGARAY VIDAL,

ALFREDO y otros- RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO, EXPROPIACIÓN.

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4 Turno CED-0009-000221/2014 209

RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA

“OBJECCIÓN DE CONCIENCIA”. Comentario a la sentencia N° 586/015 en autos “ALONSO, Justo y otros CONTRA PODER EJECUTIVO. Acción de nulidad”

Marta Hanna de Rosa 217

“ALONSO, Justo y otros CONTRA PODER

EJECUTIVO. Acción de nulidad”. TCA,

sentencia N° 586/2014..... 239

RECENSIONES

Accademia dei iusprivatisti europei. Giuseppe Gandolfi (Coordinatore), Codice europeo dei contratti. Progetto Preliminare. Edizione Dott. A. Giuffrè, Milano, 2014, 270 pp. ISBN 9788814202100

Carlos de Cores..... 259

25 AÑOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÒLICA DEL URUGUAY

**Discurso del Sr. Decano, Dr. Carlos E. Delpiazzo,
con motivo de la celebración del vigesimoquinto aniversario**

Sr. Rector

Autoridades universitarias

Estimados profesores, egresados y estudiantes

Amigas y amigos

“Los estudios de Derecho han sido siempre un elemento fundamental en la formación política, social y cultural del Uruguay. No puede comprenderse nuestra historia, no puede saberse lo que el Uruguay ha sido, y lo que el Uruguay es, sin tener en cuenta el aporte de la enseñanza del Derecho. Por lo que han significado en la cultura uruguaya los estudios de Derecho y por lo que han significado en esta cultura los estudiantes y los egresados de los estudios jurídicos”¹.

Con estas palabras, el Prof. Héctor Gros Espiell iniciaba hace 25 años su lección inaugural de los cursos de Abogacía, con los que la Facultad de Derecho de la Universidad Católica daba comienzo en 1990 a su primer año lectivo.

Tan sólo 5 años antes, en 1985, abría sus puertas esta Universidad —“nacida del corazón de la Iglesia”, según la feliz expresión de San Juan Pablo II en su Constitución Apostólica sobre las Universidades Católicas² — como antes lo había sido, en las postrimerías del siglo XIX, la Universidad Libre, de la mano de Mons. Mariano Soler, su primer Rector³, y más atrás en el tiempo la propia Universidad de la República, cuya ley de creación fue redactada por el Presbítero Dámaso Antonio Larrañaga y cuyo primer Rector fue el Presbítero Lorenzo Fernández.

¹ UNIVERSIDAD CATOLICA DEL URUGUAY, “Facultad de Derecho” (Montevideo, 1995), pág. 105.

² JUAN PABLO II, Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae* de 15 de agosto de 1990.

³ Susana MONREAL, *Universidad Católica del Uruguay: el largo camino hacia la diversidad* (Montevideo, 2005), pág. 38 y sigtes.

I

Los veinticinco años de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay convocan a una **gratitud grande** hacia quienes hicieron posible su nacimiento, su desarrollo y la construcción de su auspiciosa realidad presente, tanto los que están con nosotros como los que ya nos han dejado.

En primer lugar, como lo hemos hecho en la Misa que acabamos de celebrar, damos gracias a Dios por estos 25 años de la Facultad, enmarcados en los 30 que cumple la Universidad Católica del Uruguay.

En segundo lugar, en este acto queremos reconocer a quienes, antes de crearse la Facultad de Derecho, promovieron el embrión del Instituto de Ciencias Jurídicas, dando perfil propio a la enseñanza del Derecho. Imposible no agradecer la “intuición inicial”⁴ del entonces Rector, Mons. Luis del Castillo, el impulso y respaldo del Padre Manuel Gutiérrez Semprún SJ y del segundo Rector, Padre José Squadroni SJ, y el trabajo oculto y constante del Dr. Carlos de Cores.

En tercer lugar, queremos reconocer especialmente a los Profesores que se jugaron por el proyecto de nuestra Facultad de Derecho y que, encabezados por el primer Decano, Dr. Augusto Durán Martínez, iniciaron los cursos previstos en el plan de estudios de esta Universidad “otra”⁵. A ellos debemos los primeros pasos de un camino difícil —no había precedentes de carreras jurídicas fuera de la Universidad de la República— pero fecundo y hoy pleno de frutos.

En cuarto lugar, quienes también se jugaron y merecen nuestro reconocimiento fueron los jóvenes y sus familias que apostaron por esta Casa de Estudios. Ellos inscribieron sus nombres en los primeros lugares de los egresados de nuestras carreras de Abogacía y Notariado.

En quinto lugar y no por ello menos importante, es grande el agradecimiento a quienes continuaron la labor de los iniciadores y son los que hoy hacen posible el cumplimiento de nuestros objetivos en la labor de cada día. En nombre de la Facultad y en el mío propio, vaya la más sincera y emocionada expresión de gratitud a todos y cada uno de los integrantes del cuerpo docente y del equipo de gestión.

⁴ Carlos de CORES, “El Instituto de Ciencias Jurídicas”, en *Compromiso 25 años* (Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2015), pág. 2.

⁵ Luis DEL CASTILLO, “Una Universidad diferente”, en Punto 21 (Montevideo, 1984), pág. 10.

II

Junto al agradecimiento, este cuarto de siglo invita a renovar el **compromiso** firme de mejor servir al país a través de una Facultad de Derecho abierta y edificante, de la que ya han egresado casi un millar de profesionales entusiastas ⁶.

La nuestra es, en primer lugar, una Facultad *abierta a los jóvenes de toda condición* que deseen convertirse en Abogados y Escribanos buenos, es decir, no sólo capacitados técnicamente sino formados éticamente. Para que puedan concretar esa profesionalización identificada con la Misión y la Visión de nuestra Casa de Estudios, la Facultad ofrece facilidades tales como doble turno, becas generosas e inserción internacional.

En segundo lugar, como Facultad *abierta a los profesionales, egresados de nuestra Universidad o de otras*, la puesta en funcionamiento del Centro Universitario de Formación Jurídica ofrece múltiples alternativas de actualización y capacitación permanente mediante una amplia batería de cursos cortos, diplomados, especializaciones y maestrías, tanto en Montevideo como en el interior del país, mediante actividades presenciales y a distancia.

En tercer lugar, como Facultad *abierta a la sociedad*, intentamos responder diariamente a las necesidades del medio, sea en el asesoramiento a los órganos de Gobierno que nos lo requieren, sea a través del trabajo silencioso de los Consultorios jurídicos barriales, sea mediante las múltiples actividades de extensión con instituciones locales, referentes comunitarios, organizaciones no gubernamentales y otras entidades sociales.

III

Mirando hacia el futuro, estamos transitando un proceso responsable de rediseño de las carreras de Abogacía y Notariado, recogiendo las enseñanzas del tiempo transcurrido, promoviendo la docencia con investigación y proyectando la Facultad de Derecho hacia una mejora de nuestra labor que se traduzca en mejores frutos para nuestra gente.

El desafío es ser más Universidad, más Católica y más del Uruguay.

Como Universidad, estamos llamados a ser una comunidad académica *para* los estudiantes, que se construye *con* ellos en la procura de las cuatro dimensiones de la utilidad, la justicia, la humanidad y la fe que Diego de Ledesma identificaba ya en el siglo XVI como determinantes del ser universitario ⁷.

Por Católica, nuestra misión tiene vocación de universalidad en la búsqueda de la verdad. Con palabras del Papa Francisco, ello nos exige diálogo, preparación y responsabilidad:

⁶ Carlos E. DELPIAZZO, "Construyendo Universidad y País", en *Compromiso 25 años* (Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2015), pág. 1.

⁷ Adolfo NICOLAS, "Misión y Universidad: ¿qué futuro queremos?" (Barcelona, 12 de noviembre de 2008).

un *diálogo* que sepa favorecer el encuentro de la identidad católica con las diferentes almas de la sociedad multicultural; un nivel de *competencia y calificación* que nos haga capaces de estar entre los jóvenes con un estilo pedagógico promotor de su crecimiento humano y espiritual, y una *responsabilidad* comprometida que no nos aisle del mundo sino que nos empuje a entrar con valentía en el areópago de las culturas actuales, conscientes del don que tienen que ofrecer a todos ⁸.

Para ser más serviciales a nuestro querido Uruguay, estamos empeñados en hacer cada día mejor lo que hacemos, convencidos de que nuestra sociedad necesita y espera mucho del sistema universitario.

IV

Para terminar, quiero —por la intercesión de San Ignacio y con sus palabras— pedir a Dios ayuda para tomar las decisiones de cada día según el espíritu de Cristo.

Muchas gracias por acompañarnos y ayudarnos.

Montevideo, 17 de agosto de 2015.

Carlos E. Delpiazzo
Decano

⁸ FRANCISCO I, “Discurso a los participantes en la plenaria de la Congregación para la Educación Católica” (Roma, 13 de febrero de 2014).

DOCTRINA

Recurso de Casación: Errónea inadmisibilidad

Appeal: incorrect inadmissibility

*Alejandro Abal Oliú**

Universidad de la República

RESUMEN: Alegando apoyarse en la primera parte del inciso segundo del art. 268 del C.G.P., la Suprema Corte de Justicia declara inadmisibile el Recurso de Casación de una Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia, por la que se revoca una Resolución de Primera Instancia que declara formalmente admisible la Apelación de la Sentencia Definitiva de Primera Instancia (y que, por ende, franquea dicha Apelación).

La Suprema Corte entiende que esta Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia confirma la Sentencia Definitiva de Primera Instancia.

Esta posición de la Suprema Corte de Justicia —que se analiza en el artículo tomando los datos del proceso identificado como IUE 2-5136/2009— carece de sustento legal y priva a las partes, en contradicción con lo establecido en el Código, de la revisión en casación de las Resoluciones Interlocutorias de Segunda Instancia que, revocando las Resoluciones de Primera Instancia que franquean un Recurso de Apelación, declaran inadmisibile —por razones formales— los Recursos de Apelación de las Sentencias Definitivas de Primera Instancia.

PALABRAS CLAVE: Requisitos procesales formales de los actos procesales. Actos procesales. Control de admisibilidad de actos procesales. Recurso de casación. Inadmisibilidad de Recurso de casación.

* Centro Latinoamericano de Economía Humana-Uruguay- E-mail: aleabal1973@gmail.com

ABSTRACT: Claiming to support the first part of the second article 268 of the C.G.P. subsection, the Supreme Court declares inadmissible the appeal from an interlocutory judgment of second instance, which revoked the first instance resolution that formally declares inadmissible the appeal of the final sentence of first instance (and, thus leading crosses the appeal). The Supreme Court understands that this interlocutory judgment of second instance confirms the definitive judgment of first instance.

This position of the Supreme Court of Justice - which is discussed in the article taking the process identified as *sui* 2-5136/2009-data lacks legal basis and deprives the parties, in contradiction with the provisions of the code, the review in cassation of the interlocutory decisions of second instance which, revoking the decisions of first instance granting a remedy of appeal declare inadmissible — for formal reasons — the resources of appeal of the final judgments of first instance.

KEYWORDS: Formal procedural requirements of procedural acts. Procedural acts. Control of admissibility of procedural acts. Appeal. Inadmissibility of recourse of appeal.

SUMARIO: **1.** Resoluciones sobre admisibilidad del recurso de casación y trámite procesal previo. A) I. Primera Instancia. B) II. Segunda Instancia. C) III. Instancia de Casación. **2.** El recurso de casación es admisible porque al revocar el franqueo de la Apelación el tribunal de Segunda Instancia no se pronuncia respecto a la sentencia definitiva de Primera Instancia. A) Acerca del objeto procesal sobre el que se pronuncia el tribunal de Segunda Instancia. B) Acerca del antecedente citado en las sentencias interlocutorias de la Suprema Corte de Justicia. **3.** El recurso de casación también es admisible porque la parte recurrente cumplió con las previsiones del art. 272 del C.G.P. **4.** La consecuencia de esta errónea declaración de inadmisibilidad del recurso de casación. **5.** Conclusiones.

1.

RESOLUCIONES SOBRE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN Y TRÁMITE PROCESAL PREVIO¹

a) PRIMERA INSTANCIA

Al los efectos de analizar el tema al que refiere este artículo partiré de las resultancias del proceso de materia laboral iniciado en 2009 y documentado en el expediente IUE 2-5136/2009.

Dicho proceso culminó en su primera instancia con la sentencia definitiva N° 45/2013 de la Sra. juez letrada de Primera instancia del Trabajo de 8° turno, sentencia que amparó parcialmente la demanda (1).

Contra dicha sentencia definitiva de primera instancia N° 45/2013 la parte actora interpuso recurso de apelación, del que la sede dio traslado a la parte demandada, la que además de contestar el recurso adhirió a la apelación.

Entendiendo que se habían cumplido los requisitos procesales formales de admisibilidad de dichos recursos de apelación y de adhesión a la apelación, por resolución de

¹ Para un mejor entendimiento de la clasificación de las resoluciones judiciales a que se hace referencia en este artículo, debe recordarse que el art. 195 del C.G.P. distingue entre las resoluciones de los tribunales a aquellas que son “*providencias de trámite*” de las “*sentencias interlocutorias*” y “*definitivas*”, y luego otros artículos, como por ejemplo el art. 268, refieren a las sentencias “*interlocutorias con fuerza de definitivas*”. Pero el Código no brinda el concepto correspondiente a unas y otras, por lo que debe acudirse al efecto a las construcciones doctrinarias, siendo hoy día generalmente aceptado en Uruguay que una sentencia definitiva es aquella que resuelve el objeto principal del proceso, en tanto una sentencia interlocutoria es la que sin ser una resolución de trámite resuelve un objeto accesorio o auxiliar (cf. BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del Proceso*, 2da. ed., B. de F. Ltda, Buenos Aires, 2002, pág. 166). Por otro lado la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva es también una sentencia que resuelve un objeto accesorio pero con la peculiaridad de que pone fin al proceso haciendo imposible su continuación (cf. VÉSCOVI, Enrique y otros, *Código General del Proceso*, t. 6, Abaco, Buenos Aires, 2000, pág. 39). Finalmente, en general también se acepta hoy día en Uruguay que las resoluciones “de trámite” (o “mere interlocutorias” o de “mero trámite”) serían solamente aquellas que resuelven sobre un pedido regular referido a un objeto accesorio y que hacen lugar a ese pedido, entendiéndose que si no hacen lugar al mismo o el pedido es irregular, la resolución a recaer será una sentencia interlocutoria (cf. BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El Proceso Civil*, Idea, Montevideo, 1989, pág. 152).

trámite n° 1.948/2013 la sede de primera instancia franqueo la alzada y dispuso la remisión al Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. turno.

b) SEGUNDA INSTANCIA

Por sentencia interlocutoria DFA 14-43/2014 - SEI 5/2014 el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3er. turno, entendiendo que el recurso de apelación había sido extemporáneo revocó la resolución de trámite n° 1.948/2013 de primera instancia (por la que se había resuelto que el recurso de apelación y la adhesión cumplían con todos los requisitos procesales formales de admisibilidad y que, en consecuencia, había franqueado la alzada):

Para sentencia interlocutoria de segunda instancia los autos caratulados (...) CONSIDERANDO: Que a juicio de la unanimidad de los integrantes de la Sala corresponde tener por no interpuesto el recurso de apelación de la parte actora por extemporáneo. (...) El Tribunal FALLA: DECLÁRASE MAL FRANQUEADA LA APELACIÓN, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

En esta sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva del Tribunal de Apelaciones se sostiene —entendiendo que en tal sentido correctamente— que aún cuando en Primera Instancia se resolvió que la interposición de la Apelación cumplía con todos los requisitos procesales formales de admisibilidad, antes de ingresar al análisis de la fundabilidad de dicho recurso de apelación el Tribunal de Segunda Instancia debe realizar un nuevo examen del cumplimiento de tales requisitos procesales formales de admisibilidad (que, en el caso y por la Resolución de Trámite n° 1.948/2013 de Primera Instancia, se habían dado por cumplidos).

Pues bien, al realizar este nuevo examen de la admisibilidad del recurso de apelación, la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada por el Tribunal de Apelaciones resolvió que no se había cumplido con todos los requisitos procesales formales de admisibilidad (y que por lo tanto no correspondía haber franqueado la alzada), y en consecuencia revocó la Resolución de Trámite n° 1948/2013 de Primera Instancia que había entendido cumplidos esos requisitos procesales formales (y que había franqueado la alzada).

Como se habrá visto con la precedente transcripción, esa resolución del Tribunal de Apelaciones sola y exclusivamente consideró los requisitos procesales formales del recurso de apelación, fundando la revocación de la resolución de trámite de primera instancia que había franqueado el recurso solamente en que a su entender ese recurso de apelación se había presentado extemporaneamente.

Contra dicha sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva del Tribunal de Apelaciones DFA 14-43/2014-SEI 5/2014, revocatoria en todo de la Resolución de Trámite n° 1.948/2013 de Primera Instancia que en su momento había franqueado la apelación, la parte actora interpuso recurso de casación.

A continuación de ello y considerando el Tribunal de Apelaciones que se habían cumplido por la parte actora con todos los requisitos procesales formales correspondientes a un recurso de casación, por Resolución de Trámite n° 235/2014 dispuso franquearlo ante la Suprema Corte de Justicia.

c) INSTANCIA DE CASACIÓN

Elevado el recurso de casación y en forma previa al estudio de la fundabilidad del mismo, la Suprema Corte de Justicia volvió a analizar el cumplimiento de los requisitos procesales formales de admisibilidad de dicho Recurso que el Tribunal de Apelaciones, a través de su recién señalada Resolución de Trámite n° 1.948/2013, había dado por cumplidos.

Y al realizar este control previo, por sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.330/2014 —dictada como tal con el concurso de tres ministros— la Suprema Corte de Justicia resolvió que debía revocarse aquella Resolución de Trámite n° 235/2014 del Tribunal de Apelaciones que había tenido por cumplidos los requisitos procesales formales del recurso de casación.

El fundamento alegado en esta primera oportunidad por la Suprema Corte de Justicia para la revocación que declaró “*inadmisibile*” el recurso de casación, consistió en el supuesto incumplimiento del requisito establecido por la primera parte del inciso segundo del art. 268 del C.G.P. (“No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia”).

Motivando su fallo expresaron los Sres. ministros en tres muy breves “Considerandos”:

- 1.- La Suprema Corte de Justicia declarará inadmisibile el recurso de casación interpuesto.
- 2.- El fallo de segunda instancia estableció: ‘Declárase mal franqueada la apelación...’, y en el referido pronunciamiento se resolvió la apelación, confirmándose la sentencia de primera instancia en todo y sin discordia, por ser extemporáneo el recurso de apelación y por lo tanto la adhesión a la apelación.
- 3.- Ahora bien, en un asunto similar al de autos, en Sentencia No. 1.597/2011 la Suprema Corte de Justicia en términos que resultan trasladables al subexámene sostuvo que: ‘...la sentencia de segundo grado confirmó el pronunciamiento emitido por la primera instancia, porque entendió que la apelación no contenía un embate crítico idóneo para revertir las conclusiones de la sede a quo, en razón de lo cual, corresponde declarar inadmisibile el recurso en estricta aplicación de lo dis-

puesto por el art. 268 inc. 2 del C.G.P. en cuanto dispone que: ‘No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia (Cfme. Sentencias de la S.C.J. Nos. 856/02, 976/02, 980/02, 1089/02, 24/03, 37/03, 363/03, 420/03, 1373/03, 345/04, 371/04, 442/04, 578/04 y 38/05, entre otras)’ (Cfme. Sentencia No. 1.010/2012)1 (Cfme. Sentencia No. 1.356/2013).

De manera que según dichos ministros de la Suprema Corte de Justicia la Resolución de Trámite n° 235/2014, por la cual el Tribunal de Apelaciones había entendido que el recurso de casación interpuesto contra su sentencia interlocutoria cumplía con todos los requisitos procesales formales de admisibilidad, fue incorrecta y debía ser revocada (revocada por esta sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de la Corporación N° 1.330/2014).

Y ello, siempre a juicio de la Suprema Corte de Justicia, porque la recurrida sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada por el Tribunal de Apelaciones DFA 14-43/2014 - SEI 5/2014 ya habría resuelto la fundabilidad (el “mérito”) del recurso de apelación, supuestamente confirmando en todo y sin discordias la originaria sentencia definitiva de primera instancia n° 45/2013.

Contra esta sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de la Suprema Corte de Justicia n° 1.330/2014 la parte actora interpuso recurso de reposición, explicando que en el caso no existía ninguna sentencia del Tribunal de Apelaciones que se hubiera pronunciado sobre la fundabilidad del recurso de apelación (es decir sobre el “mérito” de tal recurso), sino tan solo una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva (la DFA 14-43/2014 - SEI 5/2014), por la cual solamente se había resuelto una cuestión puramente formal (que el recurso de apelación no cumplía con requisitos procesales formales), y que en absoluto se había pronunciado —ni para confirmarlo ni para revocarlo— sobre lo que disponía la sentencia definitiva de primera instancia n° 45/2013.

Se alegó entonces que, al contrario de lo que sostenía la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de la Suprema Corte, no existía en el caso ninguna “*sentencia de segunda instancia que confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia*”, y que mal podía entonces alegarse que el recurso de casación violaba lo dispuesto por la primera parte del segundo inciso del art. 268 del C.G.P.

Por ello se solicitaba a la Suprema Corte de Justicia que repusiera su sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.330/2014, declarando en su lugar que la Resolución de Trámite n° 1.948/2013 del Tribunal de Apelaciones que franqueó la casación era correcta, puesto que el recurso de casación cumplía con todos los requisitos procesales formales co-

rrespondientes, y por lo tanto se pedía a la Suprema Corte que procediera a continuación a analizar la fundabilidad (el “mérito”) del recurso de casación en sí mismo.

Pues bien, por una nueva sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.457/2014, la Suprema Corte de Justicia resolvió ese recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra la anterior sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.330/2014.

Fundada nuevamente en una muy breve motivación, los mismos ministros de la Suprema Corte de Justicia resolvieron rechazar este recurso de reposición, y mantener su anterior sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.330/2014 que había declarado que no era admisible el recurso de casación (porque supuestamente había una sentencia de segunda instancia que confirmaba en todo y sin discordias la sentencia definitiva de primera instancia).

Expresaron así los “*considerandos*” de esta nueva sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de la Suprema Corte de Justicia n° 1.457/2014:

2.- En efecto. La Corporación no comparte con el recurrente que el antecedente citado -Sentencia No. 1597/2011- en la interlocutoria recurrida no sea trasladable al subexamine, ya que en ambos casos la Sala relevó defectos formales y, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto en virtud de ellos, en un caso tuvo por desistido del recurso al recurrente y en el otro declaró mal franqueado el recurso de apelación, quedando firme en consecuencia el fallo de primera instancia, lo que hace inadmisibile el recurso de casación conforme lo establecido en el art. 268 del C.G.P.

Y todavía a ello agregó ahora esta nueva sentencia interlocutoria de la Suprema Corte de Justicia lo siguiente:

3.- A mayor abundamiento, también podría entenderse que tanto en el antecedente citado como en el caso que nos ocupa, lo que ocurre en puridad es que el recurrente en casación, en virtud de los vicios formales en que incurrió al interponer el recurso de apelación, no impugnó útilmente la sentencia de primera instancia, omisión que hace aplicable la inadmisibilidad prevista en el art. 272 del C.G.P..

2.

EL RECURSO DE CASACIÓN ES ADMISIBLE PORQUE AL REVOCAR EL FRANQUEO DE LA APELACIÓN EL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA NO SE PRONUNCIA RESPECTO A LA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA

a) Acerca del objeto procesal sobre el que se pronuncia el Tribunal del Segunda Instancia

Como se advertirá luego de lo reseñado, parece absolutamente claro y hasta evidente que en el caso tomado para desarrollar el tema de este artículo el tribunal de apelaciones nunca se pronunció respecto a la revocación o confirmación de la sentencia definitiva de primera instancia n° 45/2013 (nunca se pronunció sobre la fundabilidad del recurso de apelación de esa sentencia); sino que a través de su sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva solamente se pronunció —revocándola— sobre una resolución de trámite de primera instancia: la Resolución de trámite n° 1948/2013 de Primera Instancia (que recordemos había entendido cumplidos los requisitos procesales formales de la apelación y que, en su mérito, tal cual se le solicitaba por el recurrente había franqueado la alzada).

Precisamente fue esta sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia —que revocó totalmente a la resolución de trámite de primera instancia que había declarado admisible el recurso de apelación de la sentencia definitiva (sin pronunciarse en absoluto sobre la sentencia definitiva de primera instancia)— la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que fue impugnada mediante el recurso de casación.

Por ende me resulta muy claro que no se presentó en el caso la causal de inadmisibilidad que —muy erróneamente— señala la sentencia interlocutoria de la Suprema Corte de Justicia (atribuyéndole a la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva del tribunal de apelaciones —incorrectamente— ser una sentencia de segunda instancia confirmatoria de la sentencia definitiva primera instancia).

En conclusión, la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada en segunda instancia y contra la que en el caso tomado como ejemplo se interpuso el recurso de casación, ni confirmó ni revocó (ni se pronunció sobre) la sentencia definitiva de primera instancia, sino que solamente se pronunció sobre otra resolución (revocándola): sobre la resolución de trámite de primera instancia que tuvo por cumplidos los requisitos procesales formales de

admisibilidad del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de primera instancia.

Reiterando lo ya señalado recordemos que en sus breves “*considerandos*” la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva n° 1.330 del 23 de julio de 2014 dictada por la Suprema Corte de Justicia expresó que:

El fallo de segunda instancia estableció: ‘Declárase mal franqueada la apelación...’, y en el referido pronunciamiento se resolvió la apelación, confirmandose la sentencia de primera instancia en todo y sin discordia, por ser extemporáneo el recurso de apelación y por lo tanto la adhesión a la apelación.

Sin embargo y como también ya he señalado, lo que claramente resolvió el fallo de la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia fue —sólo y exclusivamente— la revocación de la resolución de trámite n° 1.948/2013 de primera instancia, en tanto en ella se había resuelto que el recurso de apelación cumplía con todos los requisitos procesales formales de admisibilidad, y —en cambio— el tribunal de apelaciones entendía que no era así (por cuanto, según su criterio, ese recurso de apelación se había planteado fuera de plazo).

Resulta entonces de toda evidencia que la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva del tribunal de apelaciones no ingresó —ni directa ni indirectamente— a considerar lo resuelto por la sentencia definitiva de primera instancia, resultando francamente erróneo afirmar, como lo hizo la Suprema Corte de Justicia, que la “confirmó”.

Parece bastante evidente que el rechazo en este caso por la Suprema Corte del recurso de casación no sólo no se puede basar en una confirmación “*en todo, y sin discordia*” de “*la sentencia de primera instancia*” (puesto que la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia no confirmó, sino que revocó, una resolución de trámite de primera instancia), sino que el rechazo en el caso del recurso de casación tampoco respeta la “ratio” de la solución que —tal cual ha declarado la misma Suprema Corte de Justicia— establece el segundo inciso del art. 268 del C.G.P.

Más allá de que se comparta o no la solución normativa desde el punto de vista de la política procesal, lo cierto es que la ‘ratio legis’ del segundo inciso del art. 268 del C.G.P. es evitar el acceso al recurso de casación cuando existen dos pronunciamientos coincidentes, correspondientes a dos sucesivas instancias, sobre un mismo objeto.

Precisamente en este sentido ha dicho la Corporación que la solución busca “impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron

pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias” (sentencia n° 258/2003, Revista L.J.U., t. 129, suma 129.031).

O sea, lo que se busca es cerrar la puerta de la casación para aquellos casos en que dos tribunales, uno en primera instancia y otro en segunda instancia, resuelven un mismo objeto con decisiones idénticas.

En el caso analizado, justamente, no existen dos decisiones coincidentes, sino dos decisiones claramente contradictorias: la del juzgado letrado, que por resolución de trámite declaró admisible el recurso de apelación, y la del tribunal de apelaciones, que por sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva la revocó, declarándolo inadmisibile.

Esto es, no existe decisión idéntica sino decisión radicalmente contraria, lo que según la ley debería haber abierto las puertas al examen casatorio de la Suprema Corte de Justicia.

La afirmación de que dicha sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva confirmó la sentencia definitiva de primera instancia es tan equivocada como una afirmación que dijera —por ejemplo— que la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva que declara la perención en segunda instancia, poniendo fin al proceso principal, es confirmatoria de la sentencia definitiva de primera instancia en él previamente dictada.

Abonando lo dicho, no es en absoluto algo carente de importancia el que en este caso tomado como ejemplo, justamente por no estar resolviendo ni confirmar ni revocar la sentencia definitiva de primera instancia, la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva del tribunal de apelaciones DFA 14-43/2014 - SEI 5/2014 haya sido calificada, por el mismo tribunal de apelaciones y con absoluta razón, como sentencia.

Y además de que en ese caso parece hasta evidente que no fue así, no parece posible cuestionar que una sentencia “definitiva” (que resuelve el objeto principal del proceso), nunca podría ser “confirmada” (ni en todo ni en parte) por una sentencia “interlocutoria” (que es “interlocutoria” porque justamente no refiere ni resuelve el objeto principal).

Si la sentencia dictada por el tribunal de segunda instancia hubiera sido confirmatoria de la sentencia definitiva de primera instancia —lo que resulta claro que en este caso no ocurrió, pues el tribunal de apelaciones no ingresó para nada en el fundamento del recurso de apelación— ella misma habría sido necesariamente una sentencia definitiva. Y justamente porque no resolvió ni confirmar ni revocar a la sentencia definitiva de primera instancia, sino revocar una resolución diferente —la resolución de trámite de primera instancia que tuvo por bien interpuesto el recurso de apelación— la sentencia del tribunal de apelaciones es una sentencia “interlocutoria” y no es una sentencia “definitiva”.

Y como tal —es decir como sentencia interlocutoria— fue natural y correctamente calificada por el propio tribunal de apelaciones.

En definitiva. Deben distinguirse claramente una resolución de primera instancia (sea ella una resolución de trámite —o mere interlocutoria— o una sentencia interlocutoria o definitiva), de la posterior resolución de primera instancia que —como debe suceder cuando se realiza por los interesados cualquier otro acto procesal— debe recaer luego de examinarse por el mismo tribunal de primera instancia los requisitos procesales formales de admisibilidad de un recurso de apelación contra la primera. Esta segunda Resolución de primera instancia es a su vez también pasible de ser impugnada por un recurso de apelación, recurso de apelación que será independiente del recurso de apelación contra la primera resolución.

Por igual razón debe distinguirse la sentencia interlocutoria de segunda instancia que —confirmándola o revocándola— recaer frente a la apelación de la resolución que resolvió respecto a los requisitos procesales de admisibilidad del recurso de apelación contra la resolución originaria, de la sentencia definitiva de segunda instancia que, en caso de declararse admisible ese recurso de apelación contra la resolución originaria, deberá luego pronunciarse acerca de si confirma o revoca la misma.

Finalmente, es claro que si la sentencia interlocutoria de segunda instancia que se pronuncia respecto a la apelación de aquella resolución de primera instancia (la que establece si la apelación de la resolución originaria cumple o no con todos los requisitos procesales formales), en caso de ser revocatoria de ella (y por lo tanto tratarse de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva) es a su vez susceptible de ser impugnada a través de una recurso de casación.

b) Acerca del “antecedente” citado en las sentencias interlocutorias de la Suprema Corte de Justicia

Vale la pena además advertir que el antecedente citado en los “*Considerandos*” de las dos sentencia interlocutorias con fuerza de definitivas de la Suprema Corte de Justicia que motivan este artículo (antecedente que es citado en esas dos sentencias a efectos de intentar legitimar lo resuelto), refiere a un supuesto francamente distinto al que se presenta en este proceso donde ellas se dictan (y ello último al margen de que la sola existencia de un “*antecedente*” nunca puede ser un motivo para no analizar el caso, desde que naturalmente el antecedente puede encerrar también una equivocación).

Pues bien, en el “*antecedente*” citado por las dos sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas de la Suprema Corte de Justicia que nos ocupan —la sentencia interlocutoria

nº 1.597/2011 (dictada en el proceso identificado como IUE 2-2065/2009)- se sostuvo por la propia Suprema Corte que:

2.- En lo que refiere al recurso interpuesto contra la Sentencia N° 74/2011, estima la Corporación que el mismo resulta inadmisibles en la medida que la referida sentencia confirmó —sin discordias— el pronunciamiento anterior dictado por el órgano jurisdiccional de primera instancia, circunstancia ésta que conduce a rechazar el recurso en examen. 3.- En efecto, la sentencia de segundo grado confirmó el pronunciamiento emitido por la primera instancia, porque entendió que la apelación no contenía un embate crítico idóneo para revertir las conclusiones de la sede a quo, en razón de lo cual, corresponde declarar inadmisibles el recurso en estricta aplicación de lo dispuesto por el art. 268 inc. 2 del C.G.P. en cuanto dispone que: ‘No será procedente el recurso de casación cuando la sentencia de segunda instancia confirme en todo, y sin discordia, a la sentencia de primera instancia’ (Cfme. Sentencias de la S.C.J. Nos. 856/02, 976/02, 980/02, 1089/02, 24/03, 37/03, 363/03, 420/03, 1373/03, 345/04, 371/04, 442/04, 578/04 y 38/05, entre otras) (...). 5.- En efecto, advierte la Corte que la sentencia que puso fin al proceso fue en todo caso, la sentencia definitiva de segunda instancia N° 74/2011 (...).

Como se advertirá, el referido por la Suprema Corte es un antecedente que resuelve un caso diferente, por cuanto en el mismo se plantea por la propia Suprema Corte de Justicia que existía una sentencia “definitiva” de segunda instancia (nº 74/2011) que “confirmaba” la sentencia definitiva de primera instancia. y esa sentencia “definitiva” (no una sentencia “interlocutoria” como la que se dictó en el caso tomado por mi parte como ejemplo) de segunda instancia “confirmaba” a la sentencia definitiva de primera instancia por una cuestión de fondo, correspondiente al control de la fundabilidad del recurso de apelación, y no por una cuestión correspondiente al control de los requisitos procesales formales de tal recurso.

Se trata, en efecto y como según expresa el “*antecedente*” que la misma Suprema Corte de Justicia cita, en el mismo una sentencia definitiva de segunda instancia confirma la sentencia definitiva de primera instancia por entender que el recurso de apelación “*no contenía un embate crítico idóneo para revertir las conclusiones de la sede a quo*”. Es decir que —a diferencia del caso que motiva este artículo— en ese antecedente nos encontramos, claramente, frente a una sentencia definitiva (nuevamente, no “interlocutoria”) de segunda instancia, íntegramente confirmatoria de la sentencia definitiva de primera instancia (no como en el ejemplo que nos ocupa, en el cual la sentencia “interlocutoria” de segunda instancia no “confirma” ni “rechaza” en nada la sentencia definitiva de primera instancia).

Como resulta entonces a mi entender manifiesto, el “antecedente” citado por la Suprema Corte de Justicia en sus sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas nº 1.330/2014 y nº 1.457/2014 —además de que como ya señalé la existencia de un antece-

dente no implica por sí mismo que en él se establezca una solución correcta— no refiere en absoluto a un supuesto similar al considerado cuando se dictaron estas dos sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas de la corporación.

3.

EL RECURSO DE CASACIÓN TAMBIÉN ES ADMISIBLE PORQUE LA PARTE RECURRENTE CUMPLIÓ CON LAS PREVISIONES DEL ART. 272 DEL C.G.P.

Ahora bien, además de confirmar lo que según he señalado era un error de su anterior sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva nº 1.330/2014, al resolver en su nueva sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva nº 1.457/2014 el recurso de reposición, la Suprema Corte de Justicia todavía añadió a su originaria fundamentación —“*a mayor abundamiento*”— lo siguiente:

A mayor abundamiento, también podría entenderse que tanto en el antecedente citado como en el caso que nos ocupa, lo que ocurre en puridad es que el recurrente en casación, en virtud de los vicios formales en que incurrió al interponer el recurso de apelación, no impugnó útilmente la sentencia de primera instancia, omisión que hace aplicable la inadmisibilidad prevista en el art. 272 del C.G.P.

Pues bien, el citado art. 272 del C.G.P. establece:

Legitimación para interponer el recurso. El recurso solo podrá interponerse por la parte que recibe un agravio de la sentencia. No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la del tribunal superior haya sido totalmente confirmatoria de aquella.

Como se advertirá, en esta nueva sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva la Suprema Corte de Justicia expresa que también se declara inadmisibile el recurso de casación porque al haberlo hecho con vicios formales, entonces el recurrente en casación no habría impugnado la sentencia de primera instancia.

Este argumento es muy fácilmente rebatible.

Basta para ello con señalar que mal podría haber impugnado el recurrente en casación la resolución de trámite de primera instancia (esto es, la resolución de trámite nº 1.948/2013 de primera instancia que franqueó el recurso de apelación, y que luego fue revocada por

la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia 14-43/2014 - sei 5/2014, contra la que se interpuso el recurso de casación), desde que ella no le causaba agravio alguno.

Resulta absolutamente claro e indiscutible que en el ejemplo analizado la resolución que se impugnó mediante un recurso de casación no fue la sentencia definitiva de primera instancia, sino que fue la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia (dfa 14-43/2014 - sei 5/2014) que revocó a la resolución de trámite n° 1.948/2013 de primera instancia que había franqueado la apelación.

De manera que todo indica que al formular esta también errónea fundamentación la Suprema Corte de Justicia se confunde, asumiendo —contra toda evidencia— que la sentencia recurrida en casación habría sido una supuesta (e inexistente) sentencia de segunda instancia, que habría confirmado la sentencia definitiva de primera instancia. Y ya vimos que esa sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la sentencia definitiva de primera instancia, nunca existió.

Es manifiesto, hasta literalmente, que lo que la parte actora recurrió en casación fue una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada en segunda instancia, revocatoria de una resolución de trámite de primera instancia que no le causaba agravio alguno y que, obviamente, no era la sentencia definitiva de primera instancia.

De manera que tampoco por este motivo (no respetar la regla del art. 272 del C.G.P.) el recurso de casación interpuesto en el caso tomado como ejemplo fue inadmisibile.

4.

LA CONSECUENCIA DE ESTA ERRÓNEA DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN

Corresponde por otro lado tener presente que en el caso manejado en el presente artículo, el recurso de casación presentado contra la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia 14-43/2014 - sei 5/2014 se fundó en una infracción de los arts. 32 de la Ley 18.572 y 253.1 del C.G.P., atendiendo a que para determinar si el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia se había presentado en plazo, la recurrida sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia tomó el plazo de 10 días que, modificando el art. 17 de la citada ley n° 18.572, estableciera el art. 6 de la ley n° 18.847, en lugar de tomar del plazo de 15 días que conforme al art. 253.1 del

Código rige normalmente para la apelación, y que al tratarse de un proceso iniciado con anterioridad a la ley nº 18.572 era el que correspondía aplicar.

Y esta interpretación sostenida por la parte actora en su recurso de casación —en cuanto al plazo para apelar en procesos laborales anteriores a la ley nº 18.572— es por otra parte la que ha aceptado —al menos en los últimos años— la Suprema Corte de Justicia.

De donde al declarar erróneamente que el recurso de casación era inadmisibile, la sentencia de la corporación impidió a la parte actora llegar a una casación de la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de segunda instancia, que era la que habría correspondido según la misma Suprema Corte de Justicia, y con ello y en una causa que para la parte actora aparecía como bien importante, en cuanto al fondo del asunto se privó a las partes (a las dos, pues una apeló la sentencia definitiva de primera instancia y la otra adhirió) de su legítima posibilidad de que se revisara por un tribunal de segunda instancia la sentencia definitiva de primera instancia.

5.

CONCLUSIONES

1º) La sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva de un tribunal de segunda instancia que revoca la resolución de trámite de un juzgado de primera instancia que franquea un recurso de apelación (que lo franquea por entender que se han cumplido todos los requisitos procesales formales de tal medio de impugnación), desde que refiere manifiestamente a un objeto diferente no puede nunca ser considerada como una sentencia de segunda instancia que confirma en todo a la sentencia definitiva de primera instancia.

2º) Por lo tanto, tratándose en el caso empleado como ejemplo para este artículo de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada en segunda instancia y revocatoria de una resolución de trámite de primera instancia, dicha sentencia de segunda instancia era pasible de ser recurrida en casación, siendo por ello francamente equivocado el criterio empleado al respecto en las comentadas sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas de la Suprema Corte de Justicia.

3º) Con carácter general resulta útil reiterar que deben distinguirse claramente una resolución de primera instancia (sea de trámite o una sentencia interlocutoria o definitiva), de una posterior resolución de primera instancia que —como debe suceder cuando se realiza por los interesados cualquier otro acto procesal— debe recaer luego de examinarse por el

mismo tribunal de primera instancia los requisitos procesales formales de admisibilidad de un recurso de apelación contra la primera. Esta segunda resolución de primera instancia que se pronuncia ahora sobre la admisibilidad de la apelación, es a su vez pasible de ser impugnada por un recurso de reposición y/o apelación, siendo en el caso del recurso de apelación independiente del recurso de apelación contra la primera resolución.

Por igual razón debe distinguirse a la sentencia interlocutoria de segunda instancia que —confirmándola o revocándola— recae frente a la apelación de la resolución que resolvió respecto a los requisitos procesales de admisibilidad del recurso de apelación contra la resolución originaria, de la sentencia definitiva de segunda instancia que, en caso de declararse admisible ese recurso de apelación contra la resolución originaria, finalmente deberá pronunciarse acerca de si se confirma o revoca la resolución originaria de primera instancia.

Finalmente, es claro que si la sentencia interlocutoria de segunda instancia que se pronuncia respecto a la apelación de aquella resolución de primera instancia que establece si la apelación de la resolución originaria cumple o no con todos los requisitos procesales formales, en caso de ser revocatoria de ella, al ser entonces un sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva es a su vez susceptible de ser impugnada a través de una recurso de casación.

Aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo a los contratistas del instituto de seguros sociales en virtud del principio de primacía de la realidad

Application of the collective agreement to the contractors of the Social Security Institute under the principle of primacy of the reality

*Ricardo Barona Betancourt**

Universidad Externado de Colombia

RESUMEN: En el Instituto de Seguros Sociales (ISS) se observaba a unos profesionales y trabadores de la salud vinculados por medio de contratos de trabajo y a otros con contratos de prestación de servicios; sin embargo, los últimos solo recibían honorarios y no disfrutaban de los beneficios laborales y de seguridad social de la convención colectiva de trabajo. Por tal razón, aquellos profesionales y trabajadores de la salud sin vinculación laboral han utilizado el principio de primacía de la realidad que indica que en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica la existencia; para solicitar la reclamar de los derechos laborales y de seguridad social consignados en la convención colectiva de trabajo.

* E-mail: baronabetancourt@hotmail.com

PALABRAS CLAVES: Contrato realidad, protección jurisprudencial, médico, trabajador de la salud, primacía de la realidad.

ABSTRACT: In the Social Security Institute (ISS) was observed professional personnel and employees about health linked through employment contracts and other contracts to provide services, but the latter only received fees and no employment benefits enjoyed social security and the collective labor agreement. For this reason, those professionals and health workers without employment relationship have used the principle of the primacy of facts indicating that in case of divergence between what happens in reality and what was reflected in the documents should be given prevalence to what arises in practice the existence, to request the claim of labor rights and social security enshrined in the collective labor agreement.

KEYWORDS: Contract reality, protection jurisprudence, medical, health care worker, the primacy of reality.

SUMARIO: **1.** Historia del Instituto de Seguros Sociales. **2.** Análisis del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social (SINTRASEGURIDADSOCIAL). A). Generalidades. B) Protección del Principio de Primacía de la Realidad en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRASEGURIDAD SOCIAL. **3.** Protección Jurisprudencial. A) Auxiliar de Servicios Administrativos: Aplicación de la Convención Colectiva. B). Auxiliar de Enfermería. C) Médico Especialista. D). Médico Anestesiólogo: Procedencia de la Indemnización Moratoria.

1.

HISTORIA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

La ley 90 de 1946, en su artículo 1 señala: “Establécese el Seguro Social Obligatorio de los trabajadores contra los siguientes riesgos: Enfermedad no profesional y maternidad, invalidez y vejez, accidente de trabajo y enfermedades profesionales, muerte”. La misma norma sostuvo en su artículo 8: “...para la dirección y vigilancia de los seguros sociales créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá...”¹. Sin embargo en ese mismo momento el Seguro Social no entro a operar en virtud a la necesidad de “adelantar estudios que garantizaran su funcionamiento administrativo y científico, para lo cual contrataron los servicios del especialista en seguros Rudolph Metalle, quien propuso como medida transitoria la creación por medio del decreto 2402 del 17 de julio de 1947, del Departamento Nacional de Seguros Sociales, entidad dependiente del Ministerio de Trabajo, que funcionó hasta el 19 de junio de 1948, fecha en la cual fue establecido legalmente el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, mediante el decreto 2347 de 1948.

Con los años el Instituto de Seguros Sociales se fue consolidando a nivel regional con la creación de las cajas seccionales: Antioquia – 1950, Santa Marta – 1949, Viejo Caldas y Norte del Valle – 1950, Valle – 1955, Riohacha, Barranquilla, Cartagena, Valledupar, Cúcuta, Bucaramanga, Sogamoso, Villavicencio, Quibdó, Manizales, Neiva, Ibagué, Popayán, Pasto – 1969.

El decreto ley 433 de 1971, modifica la ley 90 de 1946. En dicho decreto “se le confirió un enfoque universal a la institución y la clasificó como entidad de derecho social al tiempo que catalogó a la seguridad social como servicio público orientado y dirigido por el Estado, fija el aporte estatal en la cuarta parte del costo de las prestaciones y servicios de

¹ Colombia ISS. Seguro Social para siempre, Bogotá: El ISS, 1977. P. 46.

seguridad social y no en la cuarta parte de las cotizaciones que financian las prestaciones, se extiende el cubrimiento a los trabajadores independientes y a las familias de los afiliados”².

El decreto ley 148 del 27 de enero de 1976, precisa las funciones de la administración central del Instituto de Seguros Sociales y se concede la naturaleza jurídica de establecimiento público; se ordena que asuma la organización y administración del fondo rotatorio de rehabilitación; se faculta al consejo directivo para clasificar al personal mediante un estatuto, en empleados públicos y trabajadores oficiales, y crea la obligatoriedad del seguro social campesino”³.

La ley 12 de 1977 y el decreto reglamentario 1650 del mismo año, ratifica la naturaleza de establecimiento público del Instituto de Seguros Sociales y se identificaron los primeros mecanismos de control de evasión de cuotas obrero – patronales.

La Constitución de 1991 estableció la seguridad social como un derecho irrenunciable, público y obligatorio, de la misma forma consagró el derecho a la salud de los habitantes del territorio colombiano e introdujo la acción de tutela que ha servido para acceder a diferentes servicios, medicamentos, tratamientos cuando estos derechos están en conexidad con la vida.

Con el Decreto 2148 de 1992, el Instituto de Seguros Sociales pasa de ser un Establecimiento Público adscrito al Ministerio de Trabajo a ser una “Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”⁴.

En conclusión, los funcionarios que componen su planta de personal, han tenido varias calidades, en el año 1977 por medio del Decreto 1651, y fruto de la lucha de los trabajadores, los funcionarios del Instituto de Seguros Sociales ostentaron la calidad de “empleados de la seguridad social”, como una categoría diferente de la de trabajadores oficiales y empleados públicos. Con la transformación en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, a partir del 1 de enero de 1993 los trabajadores del Seguro Social, se ubican en la condición de trabajadores oficiales, dada la nueva naturaleza jurídica de la entidad. Es decir, que estos dejaron de ser funcionarios de seguridad social, como así los denominaba el derogado artículo 3o. del Decreto 1651 de 1977, para convertirse en trabajadores oficiales”⁵.

² Colombia ISS. P. 58.

³ Colombia ISS, P. 58.

⁴ www.iss.gov.co.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-579 de octubre 30 1996, MP. Hernando Herrera “Con la reestructuración del Instituto de Seguros Sociales, dicha entidad se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, y por consiguiente aunque es evidente que el legislador puede crear Empresas Industriales y Comerciales del Estado con un régimen diferente al que generalmente se adopta para sus trabajadores en la categoría de oficiales con la posibilidad de crear tipos distintos y determinar restricciones mayores en lo concerniente a la fijación del régimen

Posteriormente, aparece el Decreto 1750 de junio 26 de 2003 expedido por la Presidencia de la República, que escinde del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud (EPS – ISS), todas las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria, creando para estas instituciones la figura de Empresas Sociales del Estado – ESE⁶. De esta forma los servidores públicos que antes eran servidores del Instituto de Seguros Sociales, a partir del decreto 1750 de 2003 son servidores de las diferentes Empresas Sociales del Estado que fueron creadas en la calidad de Empleados Públicos.

Finalmente, se ordenó la liquidación de las siguientes Empresas Sociales del Estado: El 29 de Julio de 2006 la José Prudencio Padilla, el 14 de febrero de 2007 la Rafael Uribe Uribe, el 27 de julio de 2007 la Policarpa Salavarrieta, el 24 de Agosto de 2007 la Luis Carlos Galán Sarmiento, el 14 de febrero de 2008 la Rita Arango Álvarez del Pino, el 14 de marzo de 2008 la Francisco de Paula Santander y el 3 de octubre de 2008 la Antonio Nariño.

Sin embargo, paralelamente a esta planta de personal del Instituto de Seguros Sociales y de las Empresas Sociales del Estado, se prestaban servicios por parte de profesionales y trabajadores de la salud vinculados mediante contratos de prestación de servicios, que en muchos casos eran tan solo una forma de esconder la realidad, esto es, la existencia de una verdadera relación laboral, identificada con sus tres (3) elementos esenciales, a saber; a) la prestación personal del servicio; b) la subordinación; c) el salario. Esta condición de contratista hacía que los profesionales vinculados así, no tuvieron la oportunidad de recibir plenos derechos laborales (prestaciones sociales, recargos nocturnos, dominicales) ni ejercicio del derecho de asociación sindical, ni beneficio de la convención colectiva. Algunos casos conocidos muestran como un profesional podía estar en idénticas condiciones de prestación de servicios, de subordinación al de un colega de “planta” (servidor público), pero recibir honorarios inferiores a la asignación básica de este, sin recibir ningún derecho laboral, sin beneficiarse de la convención colectiva y aportando la totalidad de la cotización en el Sistema de Seguridad Social.

respectivo, en el caso particular y especial del Instituto, teniendo en cuenta la actividad desarrollada por el mismo en la prestación del servicio público de seguridad social en idénticas circunstancias competitivas con respecto a entidades privadas, es procedente concluir que al haber adoptado aquél la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus trabajadores adquieren la calidad de oficiales (...)

⁶ Artículo 2 del Decreto 1750 de 2003. “Créanse las siguientes Empresas Sociales del Estado...Rafael Uribe Uribe, José Prudencio Padilla, Antonio Nariño, Luis Carlos Galán Sarmiento, Policarpa Salavarrieta, Francisco de Paula Santander, y Rita Arango Alvarez del Pino...”.

2.

ANÁLISIS DEL SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SINTRA SEGURIDAD SOCIAL)

a) Generalidades

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social es una organización sindical de rama de actividad económica, de primer grado, de radio de acción nacional, la cual funciona de conformidad con la Constitución Política, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo debidamente ratificados, el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones legales aplicables. Sin embargo, está conformada exclusivamente por personas naturales que prestan el servicio en el área de la seguridad social. Tiene un domicilio principal en la ciudad de Bogotá.

El objeto del Sindicato es proteger y defender los intereses comunes de índole laboral y profesional, de sus afiliados ante los empleadores, ante las autoridades administrativas del Trabajo y ante terceros, en la forma prevista en la Constitución Política, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, y en el Código Sustantivo del Trabajo.

Los fines del sindicato son los siguientes:

- a) Garantizar plenamente el respeto a la pluralidad política e ideológica y la libre expresión de los afiliados, con igualdad de derechos y oportunidades.
- b) Construir una cultura de la seguridad social en el país, fundada en los principios de solidaridad, integralidad, universalidad de cobertura y de eficiencia en la prestación del servicio, entendida ésta, como rentabilidad social en contraposición al lucro individualista.
- c) Propender por la extensión de la seguridad social a los sectores marginados, incluyendo las comunidades indígenas.
- d) Estudiar las características de las distintas profesiones y oficios, los salarios, prestaciones, honorarios, seguridad social y demás condiciones de trabajo referentes a sus asociados para procurar su mejoramiento y defensa.
- e) Promover la educación científica, técnica y general de sus miembros, celebrando para ello contratos o convenios con entidades públicas y privada, y promover la creación de institutos de investigación y capacitación.
- f) Prestar auxilio a sus afiliados en caso de desocupación, de enfermedad, invalidez o calamidad.

- g) Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorro, préstamos y auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, bancos de datos, asociaciones científicas, institutos técnicos o de habilitación profesional, centros de capacitación, hospitales, campos de experimentación o de deportes y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de previsión.
- h) Servir de intermediario para la adquisición y distribución entre sus afiliados de artículos de consumos y elementos de trabajo a precio de costo.
- i) Designar de entre sus propios afiliados las comisiones de reclamos, los delegados del Sindicato en las demás comisiones previstas en estos estatutos y las demás que se acuerden, así como otros representantes del sindicato.
- j) Presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los empleadores, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidos por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltos por otros medios.
- k) Adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones, designar y autorizar a los delegados que deban negociarlos y nombrar los árbitros a que haya lugar.
- l) Celebrar convenciones colectivas de trabajo y contratos sindicales.
- ll) Representar en juicio o ante autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva, y representar esos mismos intereses ante los empleadores, ante los contratantes y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando su solución.

Finalmente, el Sindicato tiene una Junta Directiva Nacional y unas Juntas Subdirectivas Seccionales compuestas cada una por quince miembros las cuales tienen los siguientes cargos: Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero, Fiscal y diez secretarías de asuntos profesionales, a saber: de médicos, de auxiliares de enfermería, de enfermeras, de bacteriólogos, de terapeutas, de odontólogos, de trabajadores sociales, de químicos farmacéuticos, de instrumentadoras quirúrgicas y de dietistas-nutricionistas⁷.

⁷ Estatutos de SINTRA SEGURIDAD SOCIAL.

b) Protección del Principio de primacía de la realidad en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y SINTRA SEGURIDAD SOCIAL⁸

La Convención Colectiva de Trabajo suscrita ente el Instituto de Seguros Sociales y SINTRA SEGURIDAD SOCIAL protege el Principio de Primacía de la Realidad, así:

1) Beneficiarios de la Convención

Son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención. Igualmente, serán beneficiarios de la presente Convención Colectiva de Trabajo los Trabajadores Oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de los Seguros Sociales, afiliados a: SINTRAISS, ASMEDAS, ANDEC, ANEC, ASTECO, ASOCOLQUIFAR, ACODIN, ASINCOLTRAS, ASBAS, ASDOAS, ACITEQ.

2) Igualdad de derechos

De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Política de la República de Colombia, el Instituto reconoce que todos sus trabajadores oficiales tienen igualdad de derechos y prerrogativas sin distinción alguna por concepto de clase social, profesión, sexo, raza, religión e ideología política y en consecuencia todos gozarán de un tratamiento igual dentro de la Institución.

3) Estabilidad laboral

El Instituto garantiza la estabilidad en el empleo de sus Trabajadores Oficiales y en consecuencia no podrá dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo sino tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobadas y establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo contemplado en el artículo 1 del mismo Decreto y de lo establecido en el inciso 16 del artículo 108 de ésta Convención Colectiva. No producirá efecto alguno la terminación unilateral de un contrato de trabajo que se efectúe pretermitiendo lo estipulado anteriormente y en consecuencia,

⁸ Artículos 3, 4, 5, 6 y 117 del Acuerdo Integral del Instituto de Seguros Sociales y SINTRA SEGURIDAD SOCIAL celebrado el 31 de octubre de 2001.

el trabajador, mediante sentencia judicial, tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro en las mismas condiciones de empleo que gozaba anteriormente sin solución de continuidad y con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización prevista en esta Convención a opción del trabajador.

Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador Oficial afectado una indemnización por despido así:

- a) Cincuenta (50) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año.
- b) Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán treinta (30) días de salario adicional sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicio subsiguientes y proporcionalmente por fracción.
- c) Si el Trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicios continuo y menos de diez (10), se le pagarán treinta y cinco (35) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.
- d) Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán cincuenta y cinco (55) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

4) Favorabilidad

Si durante la vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo, se expidiesen normas legales más favorables para los intereses de los trabajadores, que las contenidas en ella, se aplicarán aquellas.

Los beneficios salariales de la presente Convención Colectiva de trabajo, se aplicarán a todos los trabajadores oficiales del ISS vinculados a la entidad, a excepción de los clasificados a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo como empleados públicos no sujetos a régimen de transición, de conformidad con el Decreto 604 de 1997.

5) Modalidades del contrato

Toda vinculación de personal que efectúe el Instituto para desempeñar actividades y funciones en los cargos de las plantas de personal para los Trabajadores oficiales, deberá hacerse mediante contrato a término indefinido.

3.

PROTECCIÓN JURISPRUDENCIAL

a) Auxiliar de Servicios Administrativos:

Aplicación de la Convención Colectiva.

El señor Fabio Elías Uribe Hincapié prestó sus servicios profesionales en el Instituto de Seguros Sociales, así: a) Por medio de contratos de prestación de servicios profesionales desde el 9 de octubre de 1995 y hasta el 30 de noviembre de 2002. b) Realizo funciones de Auxiliar de Servicios Administrativos, en tareas que también eran desempeñadas por otros funcionarios vinculados al Instituto de Seguros Sociales por contrato de trabajo, en cargos que tenían la misma denominación que el desempeñado por el señor Uribe. c) Cumplió con un horario previamente establecido y programado por el Jefe Inmediato, en una jornada diaria, de lunes a viernes, de 7.00 a.m. a 5.00 p.m. d) Estuvo sometido a los reglamentos internos de trabajo, manuales de funciones, instructivos, circulares, memorandos y demás normas que rigen internamente para todos los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales. Por tal razón, el señor Uribe presentó reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con la Instituto mencionado anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el señor Uribe y el Instituto de Seguros Sociales, por lo siguiente:

Así las cosas, tal como lo ha expresado la Corte en asuntos en que ha tenido oportunidad de estudiar argumentos similares a los que ahora ocupan su atención, a la luz de lo que dispone el artículo convencional en comento, basta que un trabajador demuestre que ostentó la calidad de trabajador oficial para que le sea aplicable la convención colectiva de trabajo, así no se encontrara formalmente en la planta de personal del instituto y esa calidad le haya sido reconocida a través de un fallo judicial.

En las condiciones anotadas, no tiene ninguna implicación en este asunto que en la convención colectiva de trabajo referida se haya anotado que se benefician de la misma los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, porque una vez establecida la relación laboral y el consiguiente carácter de trabajador oficial del actor, se consolidó a su favor la prerrogativa de exigir el reconocimiento, pago o cumplimiento de las garantías o beneficios previstos por la ley para este sector de servidores del Estado y, naturalmente, la aplicación de la convención colectiva en el supuesto de que se

extendiera a terceros no sindicalizados, pues en tal evento es por mandamiento legal y no por disposición de la convención, que se beneficia de ella.

Es claro que el constituyente de 1991 quiso garantizar a los trabajadores el derecho a beneficiarse de las prerrogativas de las cuales son verdaderamente acreedores y, entre otras razones, por ello otorgó el carácter de constitucional al principio de primacía de la realidad, por razón del cual la declaración que se haga de la existencia de una verdadera relación laboral no tiene un mero carácter declarativo sino que su finalidad es objetivamente resarcitoria, y, de ser posible, también restaurativa, habida consideración de que la cabal utilización de ese principio propende porque los trabajadores afectados por un sistema de contratación que no se aviene a las condiciones en que son o fueron prestados los servicios personales subordinados reciban las prebendas y garantías laborales de las que son beneficiarios por ministerio de la ley y, naturalmente, las que puedan derivar de la contratación colectiva, si es del caso⁹.

b) Auxiliar de enfermería

La señora Elizabeth Munévar García prestó sus servicios profesionales en el Instituto de Seguros Sociales, así: a) Por medio de contratos de prestación de servicios desde el 15 de mayo de 1994 hasta el 29 de febrero de 1995 y desde 15 de junio de 1995 hasta el 25 de julio de 1997. b) Cumplió funciones de auxiliar de enfermería en la clínica Julio Sandoval de la ciudad de Sogamoso, con funciones iguales a otras personas que estaban catalogadas como trabajadores oficiales. c) Tuvo una jornada de trabajo de 48 horas a la semana, distribuidas de lunes a miércoles de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 6:00 p.m., y los jueves y viernes de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. De conformidad con lo anterior, la señora Munévar presentó reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con la Instituto mencionado anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Munévar y el Instituto de Seguros Sociales, en los siguientes términos:

Como consideraciones de instancia a más de las esgrimidas al desatarse el recurso de casación, se ha de acotar que al tenor del artículo 1 de la Ley 6 de 1945, norma aplicable a los trabajadores oficiales, quien esté sujeto a horarios, reglamentos o control especial del empleador, como es el caso de la demandante, según quedó visto al estudiar-

⁹ Sentencia 33759 del 1 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Gustavo José GNECCO MENDOZA.

se el cargo que prosperó, ha de considerarse que presta sus servicios personales a través de un contrato de trabajo.

Sobre esta puntual temática en sentencia del 11 de diciembre de 1997 radicado 10153, esta Sala de la Corte, expresó:

(...) Importa anotar que el Tribunal en la sentencia recurrida asienta que "...no [se] puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el actor un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo..." (Folio 468). Esta consideración supone la ignorancia del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en él se dispone que no es contrato de trabajo "el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono". Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y, por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica "control especial del patrono".

Y más recientemente en decisión del 8 de febrero de 2006 radicado 25729, esta Corporación, puntualizó:

(...) Así pues, no hay duda para la Corte que el recurrente tiene razón en lo que atañe con el quinto yerro de hecho que le achaca al juez de la alzada en su tarea de valoración probatoria, el cual aparece evidentemente demostrado, según se ha visto; lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos denunciados, tales como, 1º, 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945, y en especial del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 que claramente dispone que no es contrato de trabajo "el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y *sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono*" (subrayado fuera de texto), a contrario sensu, sí lo es aquél en que a la persona natural se le someta al cumplimiento de un horario, como, se reitera, en efecto aquí ocurrió. Por ello, el fallo habrá de casarse en cuanto negó que las partes estuvieran ligadas por contrato de naturaleza laboral¹⁰.

De otro lado, la señora Gloria Gladys Peña Gutiérrez prestó sus servicios de auxiliar de enfermería al Instituto de Seguros Sociales, así: a) Por medio de un contrato de prestación de servicios desde el 3 de julio de 1996 y hasta el 31 de enero de 2000 en la clínica Carlos

¹⁰ Sentencia 26707 del 2 de marzo de 2006 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Luis Javier OSORIO LÓPEZ. Las cursivas son del autor (NE).

Hugo Estrada en Villavicencio. b) Estuvo subordinada a un superior inmediato y cumplió horario con los elementos suministrados por el Instituto. Por tal razón, la auxiliar de enfermería presentó reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con el Instituto mencionado anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Peña y el Instituto de Seguros Sociales, así:

De lo afirmado por la censura surge de modo objetivo para la Corte, lo siguiente: El juzgado de primera instancia concluyó que entre las partes “hubo una clara relación laboral con subordinación o dependencia de la demandada, la cual tuvo su comienzo el primero desde julio 3 de 1996 hasta el 31 de Enero de 2000”.

Al discurrir de esa manera no tomó en consideración que si, como lo dedujo el fallador de primer grado y el propio juez de segundo grado lo aceptó, la relación laboral que existió entre las partes tuvo inicio el 3 de julio de 1996 y sin solución de continuidad se prolongó hasta el 31 de enero de 2000, se trató de un solo vínculo contractual y, pese a que se suscribieron por las partes sucesivos convenios, no hubo varios contratos diferentes, pues la trabajadora prestó sus servicios consecutivamente, sin suspensiones.

Por esa razón para efectos de establecer la forma como finalizó esa relación laboral no le era dable basarse exclusivamente en el plazo acordado para el último supuesto contrato de prestación de servicios que las partes suscribieron, pues es claro, a la luz de lo que tanto el juez de primer grado concluyó como, para otras cuestiones, lo hizo el propio Tribunal, que se trató de una relación laboral ininterrumpida desde julio de 1996 y no de una que tuviera inicio el 1 de octubre de 1999.

Por lo tanto, se equivocó el Tribunal en la apreciación probatoria del contrato de folios 127 a 129 porque de lo allí plasmado no podía deducir la existencia de un contrato a término fijo. Y también erró en la valoración del documento de folio 3 del expediente, sobre aviso de terminación por vencimiento del plazo, por medio del cual se comunicó a la actora que no era posible realizar un contrato autorizado por la Presidencia del Seguro Social mediante oficio de fecha 31 de enero del 2000 por déficit presupuestal, por cuanto que, aparte de que como lo indica la censura allí no se da cuenta de un aviso de terminación del contrato de prestación de servicios suscrito en 1999, como tampoco de la decisión de no prorrogarlo, aún admitiéndose en gracia de discusión que correspondió a la decisión de terminar el aludido contrato, ello no sería suficiente para concluir que la vinculación laboral de las partes concluyó en legal forma por no ser posible entender que estuvieran atadas por un contrato a

término fijo de cuatro meses, toda vez que el contrato de trabajo que en realidad existió entre las partes ya se había prorrogado el 31 de enero de 2000, este sí por ministerio de la ley¹¹.

c) Médico especialista

La doctora Meira Rosa Carrillo García prestó sus servicios profesionales en el Instituto de Seguros Sociales, así: a) Por medio de contratos de prestación de servicios profesionales desde el 23 de mayo de 1996 y hasta el año 2003. b) Recibió llamados de atención por incumplimiento del horario. c) Recibió memorandos donde se le recordaba la obligación de asistir a la ronda médica de los viernes. d) La jornada laboral era de 48 horas semanales, en turnos nocturnos, dominicales y festivos. Por tal razón, la Doctora Carrillo presentó reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con el Instituto mencionado anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la doctora Carrillo y el Instituto de Seguros Sociales, por lo siguiente:

De los anteriores documentos resulta razonable colegir que en la prestación de sus servicios la actora no gozaba de plena autonomía e independencia, pues, no sólo tenía un superior inmediato, lo que da a entender que en las relaciones surgidas con el instituto en desarrollo de su actividad laboral se presentaba una situación de jerarquía, que, como es sabido, es característica de los contratos de trabajo que no se presenta en las mismas condiciones en los que alega haber suscrito con la accionante el instituto demandado, sino que, adicionalmente recibió llamados de atención en relación con la forma de la prestación de sus servicios y se le recordó la obligación de cumplir actividades que hacían parte de su desempeño contractual laboral.

Esas probanzas también acreditan que la demandante se hallaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo bajo la supervisión de empleados del instituto convocado a juicio, lo que constituye un signo inequívoco de subordinación, en la medida en que es dable concluir que sometió sus actividades a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debió cumplir su labor, le impuso el Instituto de Seguros Sociales; y por ello constituye claro desarrollo de la facultad de someterla a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica “control especial del patrono” subordinación que, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, se deduce de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, el cual establece que no es contrato de trabajo “el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono.”

¹¹ Sentencia 25702 del 21 de febrero de 2006 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Gustavo José GNECCO MENDOZA.

Por lo tanto, no se equivocó el Tribunal cuando de todos esos medios de convicción, analizados de manera integral, concluyó que acreditaban aspectos característicos de una relación subordinada y dependiente, propia del contrato de trabajo para el sector oficial, al ser “...reveladores de la potestad directriz, reglamentaria y disciplinaria que ejercía el Instituto contratante”¹².

De otro lado, la Dra. Gloria Esperanza Monroy Gallego prestó sus servicios profesionales al Instituto de Seguros Sociales, así: a) Por medio de un contrato de prestación de servicios desde el 20 de agosto de 1997 y hasta el 26 de septiembre de 2001 en el cargo de médico especialista en pediatría. b) Laboró en un horario o jornada igual o superior a la cumplida por el personal de planta, pues debía cubrir horas extras diurnas y nocturnas, así como trabajar los domingos y festivos, dentro de las instalaciones de la institución. c) Recibió precisas instrucciones y órdenes de trabajo, provenientes del coordinador de pediatría. Por tal razón, la Pediatra presentó reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con el Instituto mencionado anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la Dra. Monroy y el Instituto de Seguros Sociales, así:

Adicionalmente es del caso hacer énfasis, en que la aportación al proceso de contratos celebrados con base en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no descarta de plano la existencia de un contrato de trabajo, tal como lo dejó sentado esta Corporación en sentencia del 28 de julio de 2004 radicado, oportunidad en la cual puntualizó:

(...) Sobre este tópico comporta recordar lo que de manera reiterada ha expresado esta Corporación en cuanto a que la sola presencia en el proceso de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en la figura nominada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no descarta, de plano, la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco permite sostener, por esa sola circunstancia, que tal deducción constituya una equivocación protuberante. Así lo aseveró esta Corporación en la sentencia del 11 de Diciembre de 1997 (Rad. 10153) y lo reiteró en la sentencia del 22 de Marzo de 2000 (Rad. 12960), donde dijo: “Tal despropósito no resulta de la Constitución, conforme lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que, siguiendo la doctrina y jurisprudencia laboral al respecto, señala como una característica diferencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia de quien los presta; autonomía que contrasta con la subordinación que es propia del contrato de trabajo y de los servicios personales realizados por los funcionarios y empleados públicos en virtud de una relación legal y reglamentaria”.

¹² Sentencia 26483 del 7 de febrero de 2006 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Gustavo José GNECCO MENDOZA.

Quiere lo anterior decir que cuando por razones del servicio sea necesario vincular a alguien para la ejecución de una actividad de carácter permanente del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vale decir, una de las funciones que deben ser cumplidas siempre y no de manera puramente transitoria, deberá el nominador, de acuerdo con lo que disponga la ley, nombrarlos previo concurso, o de manera libre, para quienes no son de carrera administrativa, o deberá celebrar el patrono con ellos un contrato de trabajo; mas lo que sí resulta notoriamente improcedente e ilegal, es acudir al contrato administrativo de prestación de servicios para encubrir una relación de trabajo.

Tratándose de relaciones de trabajo, la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral no es una novedad de la actual Constitución Política, sino un principio protector del trabajo humano subordinado, que desde antes de 1991 tenía expresa consagración legal y pleno reconocimiento por parte de la jurisprudencia y doctrina nacionales¹³.

d) Médico anesthesiólogo: Procedencia de la indemnización moratoria

El Dr. Juan Carlos Robles Bacca prestó sus servicios profesionales en Anestesiología al Instituto de Seguros Sociales por medio de contratos de prestación de servicios profesionales desde el 15 de octubre de 1996 y hasta el 30 de junio de 2003. Por tal razón, el Doctor Robles presento reclamación judicial solicitando la declaración de una verdadera relación laboral con el Instituto mencionad anteriormente.

De conformidad con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral declaro la existencia de un contrato de trabajo entre el Doctor Robles y el Instituto de Seguros Sociales, por lo siguiente:

Pues bien, del estudio de las probanzas que señala el impugnante, se obtiene lo siguiente:

De los contratos de prestación de servicios dice la censura los examinó equivocadamente el fallador de segundo grado, pues el servicio de anestesiología en clínicas y hospitales debe ser prestado por médicos de planta y no mediante contrato de prestación de servicios. Precisamente, eso fue lo que percibió el fallador de alzada al valorar los medios de convicción aportados al proceso, al colegir que “*dicho contrato administrativo de prestación de servicios, alegado por el Ente demandado, no se ajusta a lo prescrito en la mencionada Ley 80 de 1993*”¹⁴, pues la actividad de “Médico Anesthesiólogo debe realizarse con personal de planta, esto es, vinculado por medio de contrato de trabajo”. Empero, si bien al iniciarse la prestación del servicio por el médico Robles Bacca al ISS, se creyó regida por el contrato de pres-

¹³ Sentencia 29418 del 26 de enero de 2007 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Luis Javier OSORIO LÓPEZ.

¹⁴ Cursivas del autor (NE).

tación de servicios que expresamente suscribieron, forma de contratación que en desarrollo del presente proceso se desnaturalizó a través de las pruebas aportadas, ello no significa que el elemento indicativo de buena fe patronal desaparezca automáticamente, pues para arribar a tal conclusión, debe reflexionarse primeramente sobre la conducta del empleador para determinar, si al vincular al actor por esa forma de contratación, su intención era deliberada con el objeto burlar las prestaciones y demás acreencias laborales de quien contrató. Así, en modo alguno se demuestra que el Tribunal incurrió en errado examen de tales probanzas.

Respecto a la sentencia 22357 del 17 de mayo de 2004, que al decir del recurrente condenó al ISS a la indemnización moratoria, contrario a tal afirmación, en ella se reitera que “la conducta del 155 de no pagar los salarios y las prestaciones...está fundamentada sobre la creencia seria de que la vinculación entre ellas se regía por los diversos contratos de prestación de servicios que suscribieron”, elemento que consideró indicativo de “buena fe, por lo cual concluyó que *“se exonerará a la demandada de dicha pretensión”*. Igual puede decirse en cuanto a la 28195 del 13 de junio de 2006 que también cita el impugnante, en la que al punto de la indemnización moratoria se pronunció en el sentido de que, “aun cuando el contrato concebido inicialmente de prestación de servicios” pueda “terminar desnaturalizado... y declarado judicialmente como de naturaleza laboral”, no significaba descarte automático de buena fe, y en tales condiciones no casó la decisión de segundo grado que había absuelto por tal súplica¹⁵.

¹⁵ Sentencia 35159 del 25 de noviembre de 2008 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, M.P. Isaura VARGAS DÍAZ. Cursivas del autor.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Gráfica S.A., 1960, Buenos Aires.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Laboral Colombiano*, Sexta Edición, Temis, 1997, Bogotá.
- DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Porrúa S.A., 1993, México.
- LAFONT, Francisco. *Tratado de Derecho Laboral Individual*, Ediciones Ciencia y Derecho, 1994, Bogotá.
- NAVA GUIBERT, Luis. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Corporación Grafica Navarrete, Primera Edición, 2006, Lima.
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos negocios jurídicos*, Temis, cuarta edición, 1994, Bogotá.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición De palma, 1998, Buenos Aires.
- RASO DELGUE, Juan. *La contratación atípica del trabajo*, Editorial Amalio M. Fernández, 2000, Montevideo.
- RICO PUERTA, Luis Alfonso. *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*, Grupo Editorial Leyer, 2000, Bogotá.
- ROMERO MONTES, Francisco Javier. *El Principio de veracidad o principio de la realidad*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2004, Lima.
- “Sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional*, Editora Perú S.A., 2004, Lima.
- SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000, Bogotá.
- VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I, Legis, 2000, Bogotá.
- YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*, Octava Edición, Temis, 1998, Bogotá.

Sobre a atividade probatória judicial em processo penal

On judicial evidential issues in criminal procedure

*Rodrigo da Silva Brandalise**

Promotor de Justiça, Pelotas, RS, Brasil

RESUMO: O presente artigo examina a questão relativa à atividade probatória judicial em processo penal, notadamente pela atualidade do tema no Brasil, a partir do enfrentamento de temas que lhe são inerentes, quais sejam, o próprio processo penal, a verdade por ele buscada e os sistemas processuais. Ao final, objetiva demonstrar que referida atividade probatória está umbilicalmente ligada com o sistema acusatório que tanto se cultua.

ABSTRACT: This paper examines the question of the judicial evidential activity in criminal proceedings, from coping issues that are inherent, namely the criminal proceedings itself, the truth sought in criminal procedure and the procedural systems, notably because of the actuality of these subject in Brazil. Finally, it aims to demonstrate that such evidential activity is linked with the adversarial system that is desired.

RESUMEN: Este artículo examina lo relativo a las cuestiones probatorias del proceso penal judicial, de gran actualidad Brasil; lo hace a partir de la confrontación entre temas inherentes, es decir, el propio proceso penal, la verdad que se busca y los sistemas procesales. Al final, pretende demostrar qué temas contemplados están estrechamente vinculados con el sistema acusatorio en uso.

* E-mail: rsbrandalise@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Verdade. Sistemas Processuais. Atividade Probatória Judicial.

KEY-WORDS: Criminal Procedure. Truth. Procedural Systems. Judicial Evidential Issues

PALABRAS CLAVE: Proceso penal- Verdad (en el proceso penal). Sistemas procesales. Actividad probatoria judicial. Derecho Penal. Brasil

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo penal. 3. A verdade no process penal. 4. Os sistemas processuais. A) O sistema acusatório. B) Sistema inquisitivo. 5. A polêmica sobre a atividade probatória judicial. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Dentre diversos assuntos que perseguem o processo penal, um se mostra cada vez mais atual no contexto brasileiro.

Da permanente dicotomia entre sistema acusatório e sistema inquisitivo, aportou a discussão sobre a chamada “gestão da prova”. Por ela, a possibilidade de o juiz dispor de poderes instrutórios faria um retorno à Inquisição, pois a simples realização de uma prova em prol da acusação o colocaria como predisposto a condenar o réu,¹ ao passo de que, ao não ter referido poder, estar-se-ia diante de um sistema acusatório, com a prova competindo às partes, unicamente. Referida discussão foi apresentada, no Brasil, no ano de 1993, quando do chamado *Seminário Nacional sobre o uso do Direito Alternativo*.

Assim, nos termos do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal (CPP),² teríamos um processo penal inquisitorial vigente no direito brasileiro, segundo quem comunga tal opinião. Como alternativa, surgiu a proposição descrita no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal,³ que tornará positivada a determinação de que temos

¹ Nessa linha de raciocínio, podem ser citadas as seguintes decisões, sem prejuízo de outras tantas: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. *Habeas corpus* nº 70003938974, documento não paginado; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Quinta Câmara Criminal. Apelação crime nº 70022266498, documento não paginado. Ainda, há uma outra decisão que considera que o fato de o juiz poder produzir prova de ofício, no atual estágio do direito processual penal brasileiro, classificaria o nosso sistema como *sistema acusatório misto*, que representa a transição de um sistema inquisitório para um sistema acusatório (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Criminal. Apelação crime Nº 70050677673, documento não paginado).

² Art. 156. 2A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

³ “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (artigo 4º). Isto apesar do que dispõe o art. 165, parágrafo único, do mesmo projeto, que afirma que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

um sistema acusatório, com a ressalva de que o juiz poderá, apenas, produzir prova em prol da defesa.

Do que se disse, cabe perguntar: é essa a diferenciação de um sistema para o outro? O sistema acusatório estará maculado se o juiz participar, de ofício, da produção da prova? A ideia exposta no projeto expressa, de fato, o afastamento do processo inquisitório?

Responder estas e outras questões pertinentes, passando pelos pontos que se mostram adequados para tanto, é o objetivo do presente trabalho.

2.

O PROCESSO PENAL

Porque precisamos de um processo penal?

Para iniciarmos a resposta, ocorre-se à doutrina: “Não deve ser permitido a um particular fazer justiça a si mesmo, isto é, fazer o que não é permitido senão ao magistrado, pela autoridade pública que seu cargo lhe dá; pois, se assim não fosse, não resultariam senão desordens e violência”.⁴ Ou seja, a jurisdição é uma atividade substitutiva da dos membros da comunidade,⁵ surgindo quando a comunidade não cumpriu, por si mesma, as normas de conduta.^{6,7}

No processo penal, o efeito jurídico da punição somente é possível com a atuação judicial, poder de Estado, pelo que ela é necessária (*nulla poena sine iudicio*).⁸ Portanto, não há que se falar em lide (pretensão resistida), porque, ainda que o réu aceitasse a pena de plano, haveria a necessidade de que o juízo se manifestasse. Assim, o que existe é um conflito de interesses de alta relevância social⁹ (de um lado, o interesse do Estado em punir os culpados; de outro, o interesse do acusado em permanecer em liberdade^{10,11}).

⁴ TUCCI, 2002, p. 18.

⁵ TUCCI, 2002, p. 21.

⁶ TUCCI, 2002, p. 23.

⁷ Como vem expressado na doutrina italiana: “Il processo è il luogo rituale dell’esperienza umana dove il diritto è conosciuto, dichiarato e ricondotto dall’empireo delle norme generali ed astratte alla fattispecie concreta della quaestio facti.” (CALLARI, 2012, p. 1).

⁸ TUCCI, 2002, p. 34.

⁹ Os direitos fundamentais estão definidos no contexto individual e coletivo, o que acaba por estabelecer deveres fundamentais a todos, inclusive ao Estado. O que se percebe da Constituição Federal é que o garantismo nela estabelecido prevê, igualmente, a proteção coletiva. Assim, a interpretação da Constituição não pode ser feita de forma literal. Ao prever a existência de direitos individuais e coletivos, e a necessidade de sua proteção, imprescindível estabelecer contornos constitucionais que admitam e exijam as duas proteções (FISCHER, 2013, p. 36-38).

¹⁰ TUCCI, 2002, p. 46 e 173.

¹¹ TORNAGHI, 1987, p. 88.

A compreensão de devido processo legal faz com que o processo venha, ao final, tutelar os interesses indispensáveis para a vida comunitária,¹² quais sejam, o direito à integridade física e moral, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à personalidade. O que se quer dizer é que ele não se define, apenas, pelo direito ao processo, mas também com o alcance de seu objetivo protetivo.^{13,14}

Disso tudo cabe dizer que o objeto do processo penal é o direito de punir, que pertence à jurisdição,¹⁵ não às partes.^{16,17} Assim, a ação penal corresponde ao exercício da jurisdição criminal para solução do conflito.¹⁸ Expressa, portanto, um meio, não um fim,^{19,20} tanto que a ação penal independe do crime.²¹

O direito à jurisdição impõe o ônus de demandar e a conjunção do direito e do ônus forma o processo, pelo que se pode dizer que a ação é anterior a ele. O direito à jurisdição é conferido às pessoas em geral, ao passo que o dever de prestação jurisdicional somente é efetivado pelo Poder Judiciário.²²

O que deve estar presente é que o processo penal surge não pela prática do delito em si, mas para obter a compreensão de como ele foi praticado. Relevante expor que o Estado

¹² Sem olvidar de que está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, também deve ser respeitada a dignidade pessoal do acusado (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 39). Também há de ser pontuada a garantia da ampla defesa, que compreende o direito de ser informado da postulação contra si, para que seja procedida a defesa, e que se consolida com a citação (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 61-62); a bilateralidade da audiência, consequência de poder manifestar-se sobre a atuação daquele que possui uma visão antagônica a sua (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 65); e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, pois, nos termos da Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹³ TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 16-17.

¹⁴ Por haver a discussão de interesses de especial relevo dentro do processo penal, não pode ele ser considerado como uma relação contratual, de forma meramente dispositiva, pois não pode ser deixado às partes o risco da impunidade ou da punição excessiva (NIEVA FENOLL, 2013, p. 40-41).

¹⁵ Como exposto no artigo 35 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del Derecho.*

¹⁶ TUCCI, 2002, p. 49.

¹⁷ Aliás, oportuna a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “A prova testemunhal é uma das mais relevantes no processo penal. Por esta razão, o juiz pode convocar, de ofício, testemunhas que considere importantes para a formação do seu convencimento. Daí por que não se pode usurpar o direito da parte de, na eventualidade de não ser localizada uma das testemunhas que arrolou para comprovar suas alegações, substituí-la por outra que considere apta a colaborar com a instrução. [...] Tal interpretação inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da ‘verdade material’ [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal nº 470-AgR-segundo, p. 3-4).

¹⁸ TUCCI, 2002, p. 80.

¹⁹ TUCCI, 2002, p. 84.

²⁰ Novamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro: “Nos termos do art. 209 do CPP, não configura nulidade a oitiva de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo. [...] Não prevê a legislação processual momento próprio para inquirição das testemunhas indicada pelo juízo na forma dos arts. 156 e 209 do CPP, nem se verifica prejuízo à ampla defesa a inquirição ocorrida antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas corpus nº 95.319-SR, p. 1).

²¹ TUCCI, 2002, p. 85.

²² TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 13-14.

exerce a jurisdição penal porque, sem ela, não há como haver a imposição de qualquer pena ou medida de segurança.^{23,24}

3.

A VERDADE NO PROCESSO PENAL

O que o processo penal busca?

Há de ser observado que o processo penal caminha para o alcance de uma verdade, tanto mais próxima dela for possível, conforme os limites que a lei e as Constituições permitem.

A questão toma relevo porque estamos a tratar de Estado de Direito (no qual se busca o equilíbrio entre interesses estatais e individuais), e não mais de Estados-polícia (exemplo das ditaduras, em que se vê a possibilidade de largas punições, inclusive contra pessoas inocentes, onde o criminoso deixa de ser o indivíduo para ser o próprio Estado) e de Estados-observadores (de papel mais passivo, onde as relações são definidas pelo jogo de poderes, com a predominância da noção de imposição do direito pelo mais forte).²⁵

Há de se perceber a diferença entre os sistemas probatórios estabelecidos pela *common law* e pela *civil law*. No primeiro, dá-se especial confiança ao julgamento pelo tribunal do júri, que diz qual é a verdade, sem maiores preocupações com a verdade próxima do real (o júri brasileiro adota postura assemelhada). No segundo, a busca pela verdade é um princípio imprescindível ao sistema, com o juiz devendo estabelecê-la a partir dos meios de prova, de maneira racional.^{26,27}

No Brasil, a primeira pergunta do interrogatório é, justamente, se a acusação é verdadeira (CPP, art. 187, § 2º, inc. I), do que se extrai que o juiz não pode fazer consideração

²³ TORNAGHI, 1987, p. 87-88.

²⁴ Por isto que é possível dizer que, mesmo desaparecido o interesse de quem acusa na condenação, permanece o interesse público dúplice, o que mantém vivo o processo (TORNAGHI, 1987, p. 88).

²⁵ GÖSSEL, 2004, p. 64-65.

²⁶ TARUFFO, 2012, p. 43-44.

²⁷ Somente a título de exemplo, para relatar um trecho da história da verdade no processo penal, cumpre considerar que os ordálios não serviam, propriamente, como prova para o juízo, mas para a parte adversa, na medida em que usado para acelerar a resolução e determinar a aceitação do resultado por aquele que perdeu. Eram usados, contudo, quando os meios de prova comuns não eram suficientes para a resolução do conflito, sem maiores preocupações com a verdade (TARUFFO, 2012, p. 22). Entretanto, no século VIII, houve a definição da verdade objetiva como fim a ser buscado pelo processo, com a substituição dos ordálios. Com tal desiderato, ela passa a ser buscada pelas partes e pelo juízo, que tinha ativa participação na definição dela, ainda que pelo método da *inquisitio*, pelo qual várias testemunhas eram inquiridas (TARUFFO, 2012, p. 26-27).

por presunções e mentiras, quaisquer que sejam as origens delas.^{28,29} Até mesmo a confissão necessita ser confirmada pela prova (CPP, art. 158).

Da leitura da Constituição brasileira, nota-se que o próprio preâmbulo dela aponta em tal sentido, já que se assenta na liberdade, na segurança e na justiça, valores essenciais que não conseguem sustentáculo se embasados na mentira – exigem uma verdade que dê alicerce a eles.³⁰

Ainda conforme o direito brasileiro, isso vem disposto quando se observa que, mesmo sendo a ação penal pública obrigatória, o Ministério Público tem a missão de adotar as providências que sejam imprescindíveis ao descobrimento da verdade (CPC, art. 83, inc. II); a testemunha que mente é punida por falso testemunho, e deve ela cumprir com os requisitos que lhe conferem credibilidade (CPP, art. 203); no Tribunal do Júri, o juiz presidente deve adotar as diligências que forem necessárias para que o esclarecimento da verdade não seja prejudicado, seja de ofício, seja a pedido das partes, seja por qualquer jurado (CPP, art. 497, inc. XI).³¹

Em suma, a verdade processual, consequência que é da prova,³² perfectibiliza-se como a imagem idealizada daquilo que foi apresentado no processo. Seu ápice surge com o fenômeno da coisa julgada, cujo principal objetivo é a proibição de continuidade de discussão acerca dos fatos, com o que soluciona o conflito estabelecido.³³ Tal verdade encontra barreiras na averiguação da culpabilidade do criminoso, que pode fazer com que sejam ocultadas motivações relacionadas com as práticas, dado que a verdade processual encontra-se naquilo que é possível provar.³⁴ O objetivo do processo penal, portanto, não é a verdade em si, mas

²⁸ ARAS, 2013, p. 250.

²⁹ Aliás, não custa relembrar que, no próprio Código de Processo Penal brasileiro, a chamada “dúvida” é a última das hipóteses de absolvição, o que demonstra estar o diploma legal muito mais interessado em obter uma aproximação com a verdade como motivo de um julgamento de improcedência da ação penal. Como diz o artigo 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação”.

³⁰ ARAS, 2013, p. 250.

³¹ ARAS, 2013, p. 251-252.

³² “La prueba tiene que suponer un intento decidido de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes (...)” (MONTERO AROCA, 2014, p. 32).

³³ GALAIN PALERMO, 2011, p. 266.

³⁴ “[...] Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la ‘búsqueda de la verdad’ como un objetivo central del procedimiento penal. La verdad empírica o jurídica que se obtiene en el proceso penal es una verdad histórica limitada normativamente, que no puede ser asimilada a la verdad histórica o fáctica, aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal [...].[...] Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el ‘examen de verdad’ que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento, y este deber de ‘averiguación de la verdad’ no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la ‘verdad del hecho’ que le es presentado al juez por iniciativa ajena. Además, todas las garantías que rodean al indagado y

a fixação da responsabilidade, a imputação e a demonstração de que não cabe a aplicação da presunção de inocência àquele acusado.^{35,36}

O que deve estar presente é a compreensão de que não se modula a verdade, já que esta é sempre uma. O que pode ser qualificado são o conhecimento e a confirmação dela, que pode ser relativo ou absoluto, o que dependerá de quão próximo ele chega da verdade que quer demonstrar,³⁷ apesar de ser certo que o conhecimento da verdade é limitado ao juiz³⁸ - afinal, há, p. ex., os sigilos constitucionais e a impossibilidade de violação de domicílio.

Importante notar que a noção de verdade não se confunde com a de certeza, p. ex.. Para tanto, basta recordar que a Terra tem formato quase esférico e, por longo tempo em nossa História, havia a certeza de que a Terra era plana, o que demonstra que as certezas e convicções pessoais nem sempre retratam a realidade tal como ela ocorre/ocorreu.³⁹

4.

OS SISTEMAS PROCESSUAIS

Tradicionalmente, os sistemas processuais são apresentados como acusatórios e inquisitoriais.

a) O Sistema acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se, dentre outras, pela separação entre o julgador e o acusador, com o intuito de garantir a imparcialidade do primeiro, que funciona como um mediador dos demais sujeitos processuais, que se confrontam em igualdade de armas,⁴⁰ e formam, assim, o contraditório e o livre convencimento judicial.⁴¹

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da dialética dentre aqueles que possuem interesses contrapostos nos processos.⁴²

las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la ‘búsqueda de la verdad’ en un sentido amplio, factual o histórico.” (GALAIN PALERMO, 2011, p. 264-265).

³⁵ GALAIN PALERMO, 2011, p. 268.

³⁶ Encontrar a verdade não é o fim ao qual o Direito se submete. Ele existe para legitimar a apuração de fatos e a punição daqueles que os cometeram, caso previstos como condutas criminosas. A retribuição é consequência do que se pode assim denominar como “merecimento” e “necessidade” da punição, cuja validade decorre da função de evitar a prática de novas condutas assemelhadas (GALAIN PALERMO, 2011, p. 280).

³⁷ TARUFFO, 2012, p. 105.

³⁸ TARUFFO, 2012, p. 107.

³⁹ TARUFFO, 2012, p. 108-110.

⁴⁰ ANDRADE, 2013, p. 111.

⁴¹ SOUSA MENDES, 2013, p. 26-27.

⁴² TONINI; CONTI, 2014, p. 13.

O berço do sistema acusatório foi o direito ateniense, já que o poder emanava do povo.⁴³ Como exemplos de modelo acusatório, podem ser citados o direito grego (iniciava com uma acusação de cunho privado e se desenvolvia com um processo de partes) e o direito romano durante a República (surgia com uma acusação particular e estava presente a imparcialidade de quem julgava em relação a ela).⁴⁴ No sistema acusatório *clássico*, prevalecia a figura do acusador particular⁴⁵ sobre o público, situação inversa àquela encontrada no sistema atual, tido como *contemporâneo*.⁴⁶ A imagem clássica perdeu em importância por causas identificadas com a diminuição da punição, a existência de imputações acusatórias falsas e a construção de verdades processuais modificadas, uma diminuta proteção ao acusador particular e aos seus familiares, o que também acontecia com as testemunhas, e a não execução das sentenças – defeitos que também levaram ao surgimento do sistema inquisitivo.^{47,48,49}

Mas ele não se realizou apenas na Antiguidade. Quando do período republicano, Roma buscou seu modelo de sistema junto ao Direito Ateniense, firmando o modelo acusatório, o que acabou por ser difundido quando da consolidação do império romano, que influenciou o modelo inglês, não o contrário.⁵⁰ Neste período da República, moldado pela acusatoriedade, havia um órgão colegiado composto por cinquenta cidadãos, enquanto o acusador cuidava da investigação que embasava a posterior acusação.⁵¹

Na atualidade, outros exemplos de sistema acusatório podem ser apresentados.

Por certo, começa-se com os europeus, seja por sua importância no mundo jurídico internacional, seja por ter sido a origem do ordenamento jurídico brasileiro. Como percepção primeira, no direito europeu continental em geral, vige a ideia de obrigatoriedade, que exige a indisponibilidade da ação penal, para que não seja aquela burlada pela forma de atuação do acusador público em momento posterior ao oferecimento.⁵²

Assim, há a necessidade de busca da *conformidade ao direito*, com a correta aplicação da lei aos fatos, o que acaba por ser o fim da jurisdição. O processo persegue a existência

⁴³ ANDRADE, 2010b, p. 16.

⁴⁴ SOUSA MENDES, 2013, p. 22-26.

⁴⁵ No caso, qualquer cidadão podia, devidamente munido de provas, apresentar a acusação ao povo. Assim, o cidadão incumbia-se da função de defender o interesse coletivo (TUCCI, 1976, p. 144).

⁴⁶ Consoante sustenta Andrade, 2013, p. 107-110.

⁴⁷ ANDRADE, 2013, p. 107-110.

⁴⁸ TUCCI, 1976, p. 86.

⁴⁹ Aliás, também cabe apresentar que, em Roma antiga, o processo acusatório mostrou-se insuficiente à repressão, bem como que o acusador tornava-se vítima de vinditas advindas do acusado (TUCCI, 1976, p. 160).

⁵⁰ ANDRADE, 2010b, p. 16-17.

⁵¹ TUCCI, 1976, p. 149 e 153.

⁵² ANDRADE, 2010b, p. 21.

de uma situação juridicamente relevante – a verdade é o substrato básico da legalidade da decisão.⁵³

Por primeiro, então, menciona-se o processo penal alemão. Aqui, vige o princípio da investigação (*Instruktionsmaxime*) e o princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*).^{54,55} Assim, está assentado na busca pela verdade material e a correta decisão ao caso concreto. Para tanto, o juiz, de forma independente e imparcial, também participa da busca desta verdade, lastreado nos princípios da publicidade, oralidade e imediação.⁵⁶

Pela importância e pela longínqua influência junto ao ordenamento jurídico português,⁵⁷ cabe dizer que, na Itália, vigora o sistema acusatório,⁵⁸ com a possibilidade da prova de ofício pelo juízo.⁵⁹

Na Itália, o contraditório é visto como um direito individual, bem como uma forma de avaliação do fato. Como consequência, não está à disposição das partes, na medida em que o juízo pode determinar a produção de provas, como forma de suprir a inércia ou o erro dos outros sujeitos processuais.⁶⁰

Aqui, também, vige o princípio da legalidade/obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, nos termos do artigo 112º da Constituição italiana (*il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*). Visa, antes de tudo, realizar o tratamento mais igualitário entre todos aqueles envolvidos no delito, com o firme propósito de evitar-se a existência

⁵³ TARUFFO, 2012, p. 139-140.

⁵⁴ GALAIN PALERMO, 2006, p. 49.

⁵⁵ A isto, adiciona-se a noção de que há um procedimento de cunho preparatório, controlado pelo Ministério Público (SCHÜNEMANN, 2013, p. 299-300).

⁵⁶ KOBOR, 2008, p. 106-108.

⁵⁷ Como explica Page (2011, p. 41): “Portuguese laws are founded on Roman ones. This is for reasons distinct from those of other European countries, which took on the Roman model through adopting Napoleonic Code, at the beginning of the nineteenth century. For 2,000 years now, the Portuguese have shown a consistent preference for the Roman legal system (...). On the expulsion of the Moors, the founding fathers of the new Portugal promulgated a Roman legal system again.”

⁵⁸ Na Itália, ainda que não tenha havido a previsão constitucional, a Lei Delegada nº 81, de 16 de fevereiro de 1987, estabeleceu o sistema acusatório igualmente (L. 16 febbraio 1987, nº 81. Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale (Suppl. ord. Alla G.U. Serie gen. nº 62 del 16 marzo 1987). — [...] — 1. Il Codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificati dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: —73. [...] potere del presidente, anche su richiesta di altri componente del collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovo od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all’imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l’esame; potere del giudice di disporre l’assunzione di mezzi di prova – extraído de ANDRADE, 2010b, p. 4).

⁵⁹ Como consta em Andrade (2010b, p. 6) e no Código de Processo Penal italiano: **Art. 190.** Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468). 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603). **Art. 507.** Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove.

⁶⁰ TONINI; CONTI, 2014, p. 39.

de pressão externa na atuação do órgão responsável pela acusação, submetida ao controle judicial.⁶¹

Já em Portugal (primeira base jurídica que o Brasil teve), vige a estrutura acusatória por expressa previsão constitucional,⁶² além da presença de um princípio investigatório.⁶³ A valoração realizada pelos magistrados do Ministério Público lusitano está atrelada ao princípio da legalidade⁶⁴ e à objetividade que o determina.⁶⁵

Nesse último, reconhece a doutrina a existência de um sistema acusatório comum ao mesmo sistema adotado no continente europeu, decorrente da separação entre quem acusa e quem julga, bem como porque o arguido possui o direito de conhecer a acusação contra si disposta, justamente para o exercício do contraditório (bases para a produção da verdade em juízo).⁶⁶

Mantendo-se dentro do espectro europeu, mas saindo do continente, tem-se o chamado direito anglo-saxônico, que originou a *common law*, e que, além das ilhas britânicas, encontra maior repercussão no direito americano. Caracteriza-se pela adversariedade,⁶⁷ que consiste em uma variação do modelo acusatório, em que prevalece a disputa entre as partes⁶⁸ frente a um julgador que se posiciona mais próximo de um árbitro durante a persecução.⁶⁹

Assim, vige a noção de *oportunidade* da ação penal, já que é possível a *disponibilidade* do processo e de seu objeto, bem como que há a necessidade de uma *verdade* que as partes entendam como adequada dentro do processo, o que também justifica a via negociada para satisfação de suas conveniências,^{70,71} com o firme propósito de evitar o julgamento e as mais

⁶¹ PIZZI E MONTAGNA, 2004, p. 441.

⁶² Constituição da República de Portugal, artigo 32º, nº 5.

⁶³ Código de Processo Penal, artigo 340; e Figueiredo Dias (2011, p. 46). Mesquita (2010, p. 52), por tais razões, define o modelo português como um *acusatório integrado pelo princípio da investigação* que encontra sua base de legitimação nas ideias éticas e políticas do sistema que busca aplicar.

⁶⁴ Constituição da República de Portugal, artigo 219º, nº 1.

⁶⁵ CAEIRO, 2000, p. 34.

⁶⁶ MESQUITA, 2010, p. 435-436.

⁶⁷ A doutrina aponta que a adversariedade é, de fato, temperada por interesses de justiça. Isto porque o *prosecutor* tem a obrigação de informar as provas em favor do acusado, mesmo que diga quanto à pena a ser imposta. Entretanto, é de salientar que a mesma obrigação não é imposta aos defensores que têm conhecimento de provas em favor da acusação e que, por esta, não é conhecida (PIZZI, 1999, p. 148-149).

⁶⁸ Nele, o órgão acusador e o arguido são colocados em uma condição de igualdade, de forma a ser protegida a autonomia do último, para que ele possa exercer sua liberdade defensiva, sendo que o sistema pressupõe a existência da verdade para confirmar suas versões, a partir desta mencionada igualdade (WEIGEND, 2003, p. 159).

⁶⁹ MESQUITA, 2010, p. 49-50.

⁷⁰ TORRÃO, 2000, p. 46.

⁷¹ Importante notar que a passividade judicial originou-se da conveniência dos julgadores, notadamente por que os jurados desejavam o rápido julgamento para logo voltarem aos seus afazeres, pelo que não desejavam alongar as instruções para que o próprio julgamento não se alongasse, o que acabou por sacramentar a visão de que o processo penal era algo disponível conforme o interesse das partes (ANDRADE, 2010b, p. 19-20) – aliás, não é demais apontar que esta passividade do jurado também é presente no júri brasileiro, pois a prática bem demonstra que os jurados, em sua grande maioria, querem livrar-se o mais rápido possível do estorvo que é a participação nos julgamentos.

graves consequências decorrentes do júri, pelo que havia a renúncia ao direito de julgamento pelo colegiado em troca de um apenamento minorado.^{72,73}

Nessa realidade anglo-saxônica, em suma, o julgamento é a demonstração da vitória de uma parte sobre a outra.⁷⁴

b) Sistema inquisitivo

No outro extremo, apresentou-se o sistema inquisitivo.⁷⁵ Tal sistema ficou conhecido pela possibilidade de concentração da investigação, da acusação e do julgamento em um titular apenas,⁷⁶ quando ausente outro responsável pela acusação.⁷⁷ Surgia, assim, o chamado processo de ofício.⁷⁸

⁷² FEELEY, 1997, p. 198-200.

⁷³ De ser apontado que os juízes americanos não se mostraram muito dispostos a receberem a possibilidade de julgamento de delitos graves nos chamados *bench trials* – afinal, se 12 jurados decidiam de um mesmo jeito, muito mais correta deveria ser a decisão. Assim, os juízes protegeram-se da responsabilidade moral e jurídica, bem como da impopularidade eventualmente dali decorrente, através da concordância com as proposições feitas pelo Ministério Público e aceitas pelo acusado (LANGBEIN, 1979, p. 269-270).

⁷⁴ SCHÜNEMANN, 2013, p. 248-249.

⁷⁵ A doutrina orienta que o processo penal romano apresentava a coexistência dos dois sistemas: o chamado *iudicium publicum* era pautado pela forma acusatória, enquanto que a *cognitio* era norteada pelo espírito inquisitório, que já apresentava a mistura do julgador e do acusador na mesma função (TUCCI, 1976, p. 85). Isto também foi impulsionado pela limitação ao número de acusações ao mesmo tempo, com a criação de impedimentos aos parentes para testemunhar, a obrigatoriedade de indicação de lugar e hora do crime, pelo aumento do número de crimes de lesa-majestade e pela possibilidade de prisão preventiva de quem acusava (TUCCI, 1976, p. 174). O sistema inquisitivo da Igreja Católica foi a incorporação do sistema inquisitivo que existia no direito romano na época do Império. Contou com forte apelo popular, em face dos efeitos de segurança pública que não aconteciam com o princípio dispositivo do sistema acusatório republicano (ANDRADE, 2010b, p. 24-25). Após a superação do direito local que caracterizava o Feudalismo pelo direito centralizado do advento das monarquias europeias, o direito canônico era o que melhor se adaptava a esta nova concepção de poder, o que ocasionou a recepção do direito romano-canônico por toda a Europa, salvo na Inglaterra, onde não se professava o direito romano nas universidades (ANDRADE, 2013, p. 279-281).

⁷⁶ Vale assentar que há opiniões, como a de Montero Aroca (2014, p. 60-61), no sentido de que inexistiu processo no chamado sistema inquisitivo, na medida em que não se pode falar em processo quando o julgador e o acusador venham a se confundir na mesma pessoa, tanto que define a expressão “processo inquisitorial” em uma contradição em seus próprios termos, ou um oxímoro.

⁷⁷ “Satisfeitos os Inquisidores que a matéria é de fé pelo parecer dos teólogos, ou cerimônia conhecida de judeus ou mouros, heresia ou realização manifesta e de que não se pode duvidar, o Fiscal faça sua denunciação contra tal pessoa ou pessoas, pedindo sejam presos, apresentando a dita imputação e qualificação” (ANDRADE, 2006, p. 101, instruções de Valdés). Ou então: “Existe processo por acusação se, na frente do inquisidor, alguém acusar outra pessoa de heresia, manifestar sua vontade de provar sua acusação e declarar que aceita a lei de talião, segundo a qual o acusador aceita, se perder, pagar a pena que o acusado pagaria, se ficasse provada a culpa deste último” (EYMERICH, 1993, p. 106). Como já existia no direito processual penal romano, “se a sanção imposta fosse a capital, e o magistrado não recebesse a *provocatio ad populum* com efeito suspensivo de sua execução, determinando, por conseguinte, a efetivação desta, assumia, curiosamente, a condição de simples particular, autor de crime de homicídio, sempre que cassado pelo Povo seu veredito impositivo de pena de morte...” (TUCCI, 1976, p. 136).

⁷⁸ Ato processual que poderia acontecer, inclusive, com base na voz corrente, como se dava em Portugal (ANDRADE, 2013, p. 321). Na fonte: “Se não existir confissão espontânea, nem tampouco acusação ou delação, e sim boatos, numa determinada cidade ou região, de que alguém disse ou fez alguma coisa contra a fé ou em favor dos hereges, neste caso, o inquisidor deverá investigar, não na instância de uma das partes, mas segundo suas próprias atribuições” (EYMERICH, 1993, p. 108). Mais uma vez: “No processo por acusação, o inquisidor manda o acusador dar os nomes das testemunhas: estas serão citadas e interrogadas sob juramento. Se ficar claro que não acrescentam nada à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador a desistir. Se ficar claro que os depoimentos das testemunhas acrescentam algo à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador contentar-se em ser o delator, para que o inquisidor possa

Nele, há a percepção de que a verdade é melhor construída a partir da autoridade, que acumularia todas as funções processuais (juiz, acusador e, até mesmo, de defensor do acusado).⁷⁹

Em linhas gerais, a Inquisição tinha como escopo a punição daqueles que praticavam a heresia⁸⁰ ou a apostasia (que vem a ser o abandono da fé). Ainda, daqueles que guardavam ou praticavam ritos e cerimônias judaicas ou qualquer outra que fosse contrária à fé do Cristianismo.⁸¹

De ser observado que, apesar das críticas que são comumente impostas ao período da Inquisição, algumas de suas previsões ainda estão presentes na atualidade jurídica brasileira (para não dizer na de outros países), e que são tidas como relevantes para a aplicação de um devido processo legal. Para tanto, podem ser citados:

- a) a exigência de prazo razoável na duração do processo (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LXXVIII);⁸²
- b) a necessidade de cumprimento de requisitos para a decretação de prisão preventiva (CPP, artigo 312 e artigo 313);⁸³

“proceder” segundo suas atribuições e não enquanto solicitante de uma das partes, e para que o acusado não se exponha a gravíssimos riscos. Se ficar evidenciado que as testemunhas confirmam plenamente a acusação e se o acusador tiver muito empenho em acusar, e não apenas em denunciar, o inquisidor deverá investigar exaustivamente as testemunhas, em pre Satisfeitos os Inquisidores que a matéria é de fé sença do escrivão e de duas delas, fazendo-lhes, primeiramente, jurar, sobre os quatro Evangelhos, dizer a verdade” (EYMERICH, 1993, p. 110-111).

⁷⁹ TONINI; CONTI, 2014, p. 11.

⁸⁰ “Pois para que uma pessoa seja corretamente julgada como herege há de preencher cinco condições. Primeiro, há de estar em erro de julgamento ou de raciocínio. Segundo, o erro há de tratar de assuntos pertinentes à fé, seja contrário ao ensinamento da Igreja como a fé verdadeira, ou contrário à sã moralidade e, portanto, não conduzindo a alma do indivíduo à vida eterna. Terceiro, o erro há de encontrar-se naquele que professou a fé Católica, caso contrário seria um judeu ou pagão, e não um herege. Quarto, o erro há de ser de tal natureza que aquele que o defendia ainda preserve alguma verdade no Cristo, no que tange à Sua Majestade ou à Sua Humanidade; porque se um homem nega inteiramente a fé, é na verdade um apóstata. Quinto, há de ser pertinaz e obstinado na defesa de seu erro. Pois que esse é o sentido do Cânon onde trata da heresia e dos hereges é provado da seguinte maneira (não com o pretexto de refutação, mas com o de consubstanciar a glosa dos Canonistas)” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 384).

⁸¹ “E também que no fim do mesmo sermão publiquem os ditos inquisidores e façam publicar um termo de graça com trinta e quarenta dias como mais virem, para que todas as pessoas assim homens como mulheres que se encontrem culpados em qualquer pecado de heresia ou de apostasia ou de guardar ou de fazer os ritos e cerimônias dos Judeus ou outros quaisquer que sejam contrários à religião cristã [...]” (ANDRADE, 2006, p. 24-25, instruções de Torquemada).

⁸² “E também acordaram e ordenaram que os que forem presos por este delito: que não sejam fatigados nas prisões e na dilação do tempo que logo se faça o processo com eles: porque não haja lugar de queixar-se: e não se detenham a causa de não haver inteira prova: pois que é causa que quando sobrevém prova se pode de novo agir não obstante a sentença que for dada” (ANDRADE, 2006, p. 43, instruções de Torquemada).

⁸³ “E também que os inquisidores tenham tento no prender: e não prendam nenhum sem ter suficiente prova para isso [...]” (ANDRADE, 2006, p. 53, instruções de Torquemada).

- c) a necessidade de prova que não seja meramente indiciária⁸⁴ e que supere a presunção de inocência ou a dúvida para condenação (Constituição Federal 88, artigo 5º, inciso LVII e CPP, artigo 386, inciso VII);⁸⁵
- d) a punição do crime de falso testemunho (Código Penal, artigo 342; CPP, artigo 211)⁸⁶ e a hipótese de suspeição de testemunhas (CPP, artigo 206; CPP, artigo 214);⁸⁷
- e) a necessidade de preservação da imparcialidade,⁸⁸ sem que se possa falar em suborno ou corrupção de quem atuava na função de Inquisidor⁸⁹ (CPP, artigo 252 a 255; CPP, artigo 564, inciso I);
- f) a proteção do terceiro de boa-fé, como se vê nas hipóteses de medidas assecuratórias (p. ex., CPP, artigo 130, inciso II, e CPP, artigo 131, inciso II) ou nos efeitos da sentença criminal (Código Penal, artigo 91, inciso II, parte final);⁹⁰
- g) e a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (Constituição Federal 88, artigo 93, inciso X).⁹¹

⁸⁴ “Convém tornar a assinalar se o Juiz pode condenar, imparcialmente, uma pessoa pelo crime de heresia com base no depoimento de testemunhas que divergem entre si, ou que simplesmente reforçam uma acusação geral. Cumpre responder que não, em qualquer dessas situações. Mormente porque, como dissemos, as provas nesses casos devem ser mais claras do que a luz do dia. Portanto, nessa causa em particular, ninguém pode ser condenado com base em evidências meramente de presunção [...]” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 402).

⁸⁵ “Dois depoimentos criam uma convicção, o que não significa que justifiquem uma condenação. De acordo com o crime, o inquisidor aplicará a punição, a abjuração ou a tortura. Na verdade, não seria muito prudente condenar um homem de boa reputação – e até de má reputação – baseando-se, apenas, em dois depoimentos” (EYMERICH, 1993, p. 220).

⁸⁶ “E também que os inquisidores castiguem e deem pena pública conforme ao direito às testemunhas que acharem falsas” (ANDRADE, 2006, p. 54, instruções de Torquemada).

⁸⁷ “Esta é a única exceção ao princípio geral sobre a validade universal dos testemunhos, tal como foi estabelecida pelos Concílios de Béziers e Narbona. Os casos de inimizade mortal são inúmeros e variados. Sua origem é a seguinte: violência, ameaças de morte contra si e contra familiares, injúrias particularmente graves, violação da mulher, irmã ou filha e atentado à propriedade” (EYMERICH, 1993, p. 217).

⁸⁸ “Outrossim que em nenhuma Inquisição se ponha Inquisidor nem oficial da Inquisição que seja parente nem criado de Inquisidor nem de oficial algum na mesma Inquisição” (ANDRADE, 2006, p. 81, instruções de Torquemada).

⁸⁹ “E também que nenhum Inquisidor nem oficial assim do conselho como das Inquisições não recebam presentes de comer nem beber nem dádiva nenhuma de qualquer qualidade que seja de nenhuma pessoa nem de oficial da Inquisição/e se algum se achar assim maior como menor haver tomado alguma coisa de um real acima: que seja privado e revogado do ofício sendo convencido disso: e devolva o que levou com o dobro: e pague dez mil maravedis de pena: os quais retenha o Receptor em si de seu salário porque seja ao castigo e a outros exemplos: e o que o tal souber e não o revelar na visitação ou aos do conselho/que haja a mesma pena” (ANDRADE, 2006, p. 82, instruções de Torquemada).

⁹⁰ “[...] Mas por usar de clemência e humanidade com seus vassalos: e porque se alguns com boa fé contrataram com os tais hereges não sejam fatigados: como quer que o direito pode fazer outra coisa: mandam suas altezas que todas as vendas e doações e trocas e quaisquer outros contratos que os ditos hereges quer sejam condenados quer reconciliados fizeram antes que começasse o ano de setenta e nove/valham e sejam firmes contanto que se prove legitimamente com testemunhas dignas de fé ou por escrituras autênticas que sejam verdadeiras e não simuladas [...]” (ANDRADE, 2006, p. 88, instruções de Torquemada).

⁹¹ “Posta a causa neste estado os inquisidores juntarão consigo ao ordinário e consultores do santo ofício, aos quais comunicarão todo o processo sem que falte coisa substancial dele: e visto por todos se votará, dando cada um seu parecer conforme ao que sua consciência lhe ditar: votando sua ordem, primeiro os consultores e depois o ordinário e depois os Inquisidores: os quais votarão em presença dos consultores e ordinário para que todos entendam seus motivos, e porque se tiverem diferente parecer se satisfaçam os consultores de que os Inquisidores se movem conforme a direito e não por sua livre vontade. E o notário assentará o voto de cada um particularmente no registro dos votos, e de assim se apontará no processo. E devem os Inquisidores deixar votar aos consultores com toda liberdade: e não consintam que nenhum atravesse nem fale senão em seu lugar. E porque no ofício da inquisição não há relator, o Inquisidor mais antigo porá o caso não significando seu voto, e logo o leia o notário. E o Fiscal se achará presente e se assentará abaixo dos consultores: e antes que se comece a votar sairá da sala onde foi visto” (ANDRADE, 2006, p. 115, instruções de Valdés).

5.

A POLÊMICA SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL

Feitas tais digressões, chega-se à polêmica sobre a atividade probatória judicial.

Nossa Constituição não estabeleceu o sistema processual penal que deveria ser adotado no Brasil, mas estabeleceu um sistema de garantias⁹² que, em momento algum, impede a atividade probatória do juiz. Confere, porém, a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, nos termos do seu artigo 129, inciso I.⁹³

Como consequência, os Tribunais vieram a interpretar nosso contexto e, assim, acabaram por definir haver um sistema acusatório.^{94,95} Surgiu, assim, a janela necessária para a discussão sobre a gestão da prova em território pátrio.

Como já mencionado, o grande cerne da questão sobre a gestão da prova,⁹⁶ em território brasileiro, está no conteúdo do artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal e deságua no artigo 4º do Projeto nº 156 de 2009 do Senado Federal.

Parte-se do que se pode afirmar ser um pensamento esquizofrênico: se o juiz produzir prova em prol da acusação, estará ele prejudicado em sua imparcialidade,⁹⁷ pelo que passa a impressão de que o sistema inquisitivo somente admitiria a produção de prova pelo juízo em prol da acusação.⁹⁸

A iniciativa probatória do juízo é vista, inadvertidamente, como uma violação do princípio acusatório, que busca garantir a imparcialidade judicial a partir da ideia de que *ne procedat iudex ex officio*.⁹⁹

⁹² ANDRADE, 2010a, p. 3.

⁹³ “Em suma, e já agora na expressão de Castro Nunes, endossando manifestação de Jules Coumoul, o Ministério Público “é o agente ativo da Justiça em todos os assuntos em que predomina o interesse geral. Da função judiciária ele é o dínamo que a impulsiona ou a faz mover”, quando – permitimo-nos aduzir – só de interesse particular, pessoal ou disponível não se trate” (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 225).

⁹⁴ ANDRADE, 2010b, p. 2.

⁹⁵ Nossos Tribunais interpretam haver um sistema acusatório, na medida em que inexistente regra expressa sobre o tema. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça preservam a possibilidade de investigações criminais presididas pelo Poder Judiciário, com afastamento das regras essenciais de um sistema acusatório – são resquícios de um sistema inquisitório e/ou misto. (ANDRADE, 2010a, p. 4).

⁹⁶ A origem da gestão da prova foi a reforma do Código de Processo Penal acontecida na Itália, onde prevaleceu a vontade estatal de possibilitar o juiz atuar de ofício na fase probatória, conforme veio expressado nos artigos 190 e 507 do referido Código, justamente como forma de controle essencial sobre a atividade das partes, especialmente pelos interesses indisponíveis que estão sendo discutidos no processo penal (ANDRADE, 2010b, p. 7).

⁹⁷ Com base nessa afirmação, foi referido que o sistema brasileiro era inquisitivo, na medida em que haveria uma gestão primordial pelo juiz, bastando que o juiz tivesse poderes instrutórios, sem a necessidade da extrema concentração, dado que, ao produzir prova em favor da acusação, já teria sua vontade viciada e dirigida para a condenação (ANDRADE, 2010b, p. 12-13).

⁹⁸ ANDRADE, 2010b, p. 27.

⁹⁹ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 112-113.

Há formas de qualificar a atuação do juízo na gestão da prova. A primeira, consiste na gestão da prova de ofício de maneira ampla, ou seja, ainda que as partes não a tenham requerido, como no caso do artigo 10 do Código de Processo Civil francês.¹⁰⁰ A outra, caracteriza-se na possibilidade do juízo estimular que as partes produzam provas que entendam relevantes, ainda que as partes não as tenham produzido, nos termos do artigo 429.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.¹⁰¹ Entretanto, independentemente do modelo, cabe observar que não há um retorno à Inquisição, na medida em que a atuação dá-se de forma acessória e complementar à das partes – somente após perceber a necessidade de produção de alguma prova que não fora requerida pelas partes é que pode o juízo atuar de ofício.¹⁰²

Convém observar que a hipótese espanhola já vinha prevista no Direito Romano acusatório. Os juízes romanos recebiam três tipos de votos (de absolvição, de condenação e de *non liquet* – “não está claro”). Ao vingar a votação de *non liquet*, era determinado às partes que produzissem outras provas para sanar a dúvida judicial, com a necessidade de uma ampliação da fase instrutória,¹⁰³ sem qualquer menção de quebra da imparcialidade daqueles que realizavam o julgamento.^{104,105}

Cabe ao juízo manter a regularidade processual, a ordem dos atos, sem interesse no resultado final do que lhe é posto a julgamento, sob pena de impedimento, inexistência ou nulidade.¹⁰⁶ Não está ele determinado a um ato de mera estética, na medida em que a sentença é estabelecida sobre o caso concreto, a partir da generalidade que a lei impõe.^{107,108}

¹⁰⁰ “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles».

¹⁰¹ 1. “Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.”

¹⁰² TARUFFO, 2012, p. 202-203.

¹⁰³ Além do *non liquet*, interessante notar que, no sistema romano, o juízo condenatório determinava a pronta execução da sentença, enquanto que a absolvição ensejava processo contra o acusador (TUCCI, 1976, p. 155).

¹⁰⁴ ANDRADE, 2010b, p. 17-18.

¹⁰⁵ Da leitura do artigo 480, § 1º (concluídos os debates, o presidente indagará aos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos) e do artigo 481 (se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias), ambos do Código de Processo Penal brasileiro, vê-se que é possível a ocorrência de tal fenômeno em nosso ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ TORNAGHI, 1987, p. 141.

¹⁰⁷ TORNAGHI, 1987, p. 155.

¹⁰⁸ Por oportuno: “A lei observa os cânones da lógica; a vida, que a sentença espelha, não tem lógica.” (TORNAGHI, 1987, p. 155).

E é aqui que surge a principal confusão acerca do tema:¹⁰⁹ querer estabelecer a ideia de que o sistema inquisitivo se caracteriza pela gestão da prova em mãos do juiz, quando, em verdade, a real diferenciação reside na diferenciação de funções entre o juiz e o acusador^{110,111} – sem esquecer, como já visto, que existia a figura do acusador na Inquisição.

Além disso, a ressalva de somente produzir prova em prol da defesa (como o projeto de alteração do CPP brasileiro quer aceitar) somente existiu no processo inquisitivo,^{112,113} nunca no sistema acusatório.¹¹⁴ Ou seja, a imagem do juiz que atua em prol do acusado está fundada em uma percepção totalmente diversa da própria intenção do projeto.^{115,116} Na mesma linha, confunde-se a noção de disponibilidade da prova em processo penal como algo inerente ao sistema acusatório, quando, em verdade, somente existiu tal situação no âmbito do sistema inquisitório.¹¹⁷

Aliás, também há outra confusão. A persecução penal tem duas fases: a pré-processual, realizada por órgãos da Administração Pública; a segunda, processual, formalmente

¹⁰⁹ “En atención a lo expuesto, la tesis muchas veces repetida de que el proceso criminal tiene una naturaleza inquisitiva, envuelve una confusión del fin esencial del proceso, a saber, la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, con uno de los medios posibles para lograr este fin (...)” (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 114).

¹¹⁰ ANDRADE, 2010b, fl. 31.

¹¹¹ Na linha do que expõe a doutrina, em processo penal, “[...] la única dualidad existente es ‘acusatorio/inquisitivo’ [...] dejando para el principio acusatorio solamente aquello que le es próprio: la necesidad de existencia de una acusación no ejercida por el juez [...]” (NIEVA FENOLL, 2013, p. 141).

¹¹² A Inquisição espanhola não admitia que o juízo produzisse prova contra o acusado, conforme se observa da Instrução 14 de Torquemada. Isto ocorria mesmo quando a tortura (rainha das provas) não era requerida pelo acusador público, conforme a Instrução 21 de Valdés. A prova de ofício era determinada para a demonstração da inocência do sujeito acusado por heresia (ANDRADE, 2010b, p. 27).

¹¹³ “[...] Mas em tal caso os inquisidores devem muito catar e examinar as testemunhas: e procurar saber que pessoas são: e se depuseram com ódio e malquerença: ou por outra má corrupção: e reperguntar-lhes com muita diligência e haver informação de outras testemunhas sobre a conversão e fama e consciência das testemunhas que depõem contra o acusado: o qual se remete a suas consciências” (ANDRADE, 2006, p. 32, instruções de Torquemada).

¹¹⁴ ANDRADE, 2010b, p. 30.

¹¹⁵ ANDRADE, 2010a, p. 12.

¹¹⁶ “Logo os inquisidores com diligência se ocuparão em tomar as defesas que o réu tem pedidas e que lhe podem revelar, recebendo e examinando as testemunhas de seus abonos e indiretas, e as que apresentar para provar as contraditas feitas às testemunhas que contra o réu depuseram. E façam com mui grande diligência todas as coisas que convenham à liquidação de sua inocência, com igual cuidado que houverem feito o que diz respeito à averiguação da culpa, tendo grande consideração a que o réu por sua prisão não pode fazer tudo o que seja necessário e faria se estivesse em sua liberdade para seguir sua causa” (ANDRADE, 2006, p. 114, instruções de Valdés). Em outro clássico da Inquisição: “[...] O testemunho de um inimigo mortal deve ser recusado. Eventualmente, cabe ao inquisidor investigar sobre o tipo ou o grau de inimizade existente entre a testemunha e o réu” (EYMERICH, 1993, p. 217). De forma derradeira: “[...] Cumpre porém ao Juiz, por força do cargo, inquirir sobre qualquer inimizade pessoal manifestada ou sentida pelas testemunhas para com a prisioneira: e tais não poderão ser admitidas ou levadas em conta, como demonstraremos adiante. E quando as testemunhas prestam um depoimento confuso por alguma coisa que dependa de sua consciência, o Juiz poderá submetê-la a um segundo interrogatório. Porque quanto menor a oportunidade que a prisioneira tem de se defender, com maior diligência e critério há de conduzir o Juiz o julgamento” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 401).

¹¹⁷ “[...] En el sistema inquisitivo se percibía que el juez sí que poseía ese poder dispositivo, pero precisamente porque el juez era una de las partes y, por tanto, era legítimo – dentro de ese esquema – que tuviera ese poder de disposición, que al esa rem manos del juez se concretaba, como ya se dijo, en el principio de oficialidad entendido en modo maximalista [...]” (NIEVA FENOLL, 2013, p. 143).

acusatória e dotada de inquisitividade, e que pode levar à absolvição ou à condenação,¹¹⁸ dada a relevância do conflito.¹¹⁹ Ou seja, o processo inicia pela ação de uma das partes, visando ao julgamento da causa levada à cognição judicial.¹²⁰

Dito de outro modo, há confusão entre o procedimento inquisitório, que tem a ver com a forma do processo, e a inquisitividade da atuação dos agentes estatais, que diz respeito à verificação da realidade dos fatos tidos como relevantes para a apreciação da causa,¹²¹ que confere ao magistrado a possibilidade de perquirir a verdade dos fatos apresentados ao seu conhecimento.¹²²

Mesmo o principal autor apontado como responsável pelo entendimento acerca da vedação do juiz em atuar na gestão da prova (até mesmo como critério diferenciador entre sistema acusatório e inquisitivo) não conforta a tese que, no Brasil, é advogada. Para Franco Cordero,¹²³ a distinção dos sistemas estaria centrada na presença de uma acusação no primeiro, e somente na atuação de ofício no segundo sistema.¹²⁴ Cordero¹²⁵ diz ser paranoico um juízo atrelado ao modo inquisitivo, porém ressalta a existência de um verdadeiro modelo acusatório na Itália, voltado para a obrigatoriedade da ação penal e para a possibilidade de atuação judicial probatória supletiva, com o que se diferencia do modelo anglo-saxônico.^{126,127}

Até mesmo Carnelutti viu a gestão da prova pelo juiz como algo inerente ao processo penal, notadamente quando redigiu o projeto de lei para substituir o Código Rocco de 1930.¹²⁸

¹¹⁸ TUCCI, 2002, p. 167.

¹¹⁹ TUCCI, 2002, p. 177.

¹²⁰ TUCCI, 2002, p. 168-169.

¹²¹ TUCCI, 2002, p. 26.

¹²² TUCCI, 2002, p. 27.

¹²³ Como diz a doutrina: "Pois bem. Sem meias palavras, em nenhum momento nos sentimos constrangidos em afirmar que os defensores da teoria da gestão da prova não reproduzem as palavras de Cordero simplesmente porque não lhes interessa. Mais que isso, caso as reproduzissem, seria de conhecimento público que o autor italiano jamais vinculou o juiz ativo ao sistema inquisitivo, tal como se publica em larga escala no país. Logo, essa corrente de autores soterraria por completo o sucesso do que ela se propôs a fazer: construir ideologicamente um perfil de juiz, invocando a lição de quem não lecionou nesse sentido. [...] De modo mais claro, o que fez o autor italiano foi vincular os tais quadros mentais paranoicos ao inquisidor que trabalha sozinho no processo, sem que sua atuação probatória seja submetida ao contraditório por parte do sujeito passivo daquele mesmo processo [...]" (ANDRADE, 2013, p. 219).

¹²⁴ ANDRADE, 2010b, p. 39.

¹²⁵ CORDERO, 2000, p. 21.

¹²⁶ CORDERO, 2000, p. 101.

¹²⁷ ANDRADE, 2010b, p. 40.

¹²⁸ Na linha do projeto: "Art. 86. L'inchiesta preliminare serve a non stabilire la certezza ma la probabilità che il reato sia stato commesso. A tal fine il pubblico ministero può interrogare l'imputato, esaminare i testimoni, ispezionare persone e cose, procedere a riconoscimenti o a confronti e fare quant'altro è necessario alla provvista delle prove da riportare al dibattimento. Il pubblico ministero, per il compimento di tali atti, può richiedere l'assistenza della polizia giudiziaria o anche delegare quest'ultima affinché compia atti determinati, esclusi l'interrogatorio dell'imputato, i riconoscimenti e i confronti. Art. 126. Il pretore o il presidente invita l'imputato a rispondere alla esposizione del pubblico ministero o del difensore dell'offeso. Alla fine di tale esposizione, il pretore o il presidente può rivolgere all'imputato le interrogazioni che egli, gli altri componenti del collegio, il pubblico ministero o il difensore ritengono opportune per la migliore conoscenza dei fatti. Art. 134. Qualora dalla istruzione eseguita al dibattimento emerga l'esistenza di persone o di cose che passano

Também há de ser dito que a gestão da prova pelo juízo não guarda nenhuma ofensa ao chamado Estado Democrático de Direito, justamente porque não há qualquer risco para a democracia se o juiz resolver inquirir alguém. Dizer que há afetação da democracia consiste, apenas, em um discurso de retórica. Por exemplo, Alemanha,¹²⁹ Itália¹³⁰ e Portugal¹³¹ são democracias e admitem a gestão da prova pelo juízo,^{132,133} assim como os Estados Unidos.

Aliás, calha fazer alguns comentários com mais vagar acerca de tais países.

Com exceção de Portugal, os outros países citados admitem a negociação como forma de obtenção de condenação criminal (na Alemanha, recebe o nome de *Absprachen*; na Itália, de *patteggiamento*; e, nos Estados Unidos, de *guilty plea*). Ou seja, tanto acusação como defesa podem dispor de maiores interesses probatórios para resolução do processo criminal. E, aqui, surgem elementos de grande importância ao presente estudo.

O Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), em decisão de 2013, ao analisar o sistema de acordos em sentença criminal germânico, salientou que continua prevista a necessidade de que o Judiciário persiga a verdade, ainda que de ofício, se o que fora produzido até então não se mostrar suficiente para confirmar a confissão.¹³⁴

Na Itália, desde a Sentença nº 313 de 1990 da Corte Constitucional, restou definido que o juízo faça o devido exame da proporcionalidade e adequação da pena, que não pode ficar ao mero alvedrio e pactuação entre as partes,¹³⁵ notadamente pelo que dispõe o artigo 27,

servire utilmente da prova, il pubblico ministero, il privato accusatore o il difensore possono proporre e il giudice, anche di ufficio, può disporre la acquisizione; in particolare può ordinare che siano chiamati al dibattimento nuovi testimoni.” (exposição presente em Andrade, 2010b, p. 44.).

¹²⁹ StPO, § 244, II: Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

¹³⁰ Codice di Procedura Penale, art. 507 (já citado anteriormente).

¹³¹ Art. 340º, 1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar em acta.

¹³² ANDRADE, 2010b, p. 47.

¹³³ Por relevante, e para que não se perca, o próprio Código de Processo Penal Modelo para a América Latina autoriza a gestão da prova judicial. Citam-se: 1) 147. Objetividad, investigación judicial autónoma. Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. 1. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320. 2) 289. Prueba de oficio. En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.

¹³⁴ ALEMANHA. BVerfG, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 und BvR 2155/11, vom 19.3.2013, documento não paginado.

¹³⁵ “[...] qui, invece, il giudice trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in cui le parti le hanno valutate, sicché ben può contestare che la definizione giuridica cui le parti s’attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze. E già questa è valutazione di merito ed aspetto essenziale della soggezione del giudice soltanto alla legge” (ITALIA. Corte Costituzionale. Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Sentenza nº 313/1990, p. 6). Ou, como diz Callari (2012, p. 3): “[...] la Corte costituzionale rinsaldò, definitivamente, nelle mani del giudice il potere-dovere di accertare l’assenza di elementi per un proscioglimento allo stato degli atti, e di

3, da Constituição de lá (“le pene non possono consistere in trattamenti contrari ao senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”). Assim, o julgador confere a formalidade do rito escolhido, a adequação da pena imposta, à correção da qualificação jurídica dos fatos¹³⁶ e se foi devidamente analisado o comportamento do acusado.¹³⁷ Também tem ele a possibilidade de decretar a absolvição do réu, ainda que presente o acordo, com base no artigo 129 do Código de Processo Penal.¹³⁸

Ou seja, a decisão não pode estar fulcrada, unicamente, no acordo formulado entre a acusação e a defesa.^{139,140} Inexiste a renúncia à manifestação judicial quanto à verdade e à responsabilidade.^{141,142} Se não houver concordância judicial, o acordo é rejeitado por *ordinanza*,¹⁴³ com a devolução ao Ministério Público, seja para readequação do acordo, seja para seguimento da ação penal se não for viável a readequação.¹⁴⁴

valutare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze, la sussistenza di circostanze attenuanti e la retta applicazione dei criteri utilizzati nella prospettazione di un giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti [...]”.

¹³⁶ ANGELINI, 2013, p. 224.

¹³⁷ O juiz deve negar a homologação do acordo quando constatar que a pena é excessivamente leve e não contribui com a reeducação do arguido, se considerada a gravidade da conduta penal e a capacidade de delinquir do réu (PITTARO, 1999, p. 20).

¹³⁸ “Art.129 Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. 1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza (442, 444, 455, 459, 469, 531, 26 min.). 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato (150 e seg. c.p.) ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione (530) o di non luogo a procedere (425) con la formula prescritta.”

¹³⁹ Chamada a decidir sobre a questão, a Corte de Cassação italiana, por suas Seções Unidas, entendeu que não haveria qualquer mácula à imparcialidade judicial quando o juiz suprisse a atividade probatória do Ministério Público. Em interpretação extensiva ao artigo 507 do Código de Processo Penal, na medida em que não havia qualquer impedimento ao magistrado em atuar de ofício na produção de prova que não fora tempestivamente requerida pela parte, mesmo que provocado pela parte que a deixou de arrolar. Ou seja, o artigo em questão autoriza que o julgador seja mais do que um árbitro (ANDRADE, 2010b, p. 8-9). Essa conclusão decorre do fato de que o Ministério Público italiano está atrelado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pelo que a ação ajuizada é indisponível. Assim, não poderia a condução da ação ser feita como se fosse disponível, servindo o juízo como controle sobre a atuação do acusador público, garantidor de seu cumprimento. Entretanto, a atuação judicial não se aplica, somente, para a hipótese de acusação. Ele também pode atuar em prol do acusado, em decorrência dos princípios da legalidade e da igualdade (ANDRADE, 2010b, p. 9-10).

¹⁴⁰ A formação da convicção judicial está nas bases fáticas obtidas e demonstradas no processo, não pela mera vinculação à vontade das partes, o que justifica sua atuação independente sobre o mérito da causa penal (FROMMANN, 2009, p. 216).

¹⁴¹ CALLARI, 2012, p. 13.

¹⁴² Trata-se de uma característica peculiar do sistema italiano, apesar de ter introduzido sinais de sistema adversarial em seu processo penal (FROMMANN, 2009, p. 98). Vão mantidos, assim, dispositivos constitucionais que determinam a finalidade da pena (artigo 27, nº 1 – *la responsabilità penale è personale* - e 3, da Constituição italiana), a legalidade do persecução penal (artigo 127 da Constituição italiana), a liberdade pessoal (artigo 13 da Constituição italiana – *la libertà personale è inviolabile*), o direito à defesa (artigo 24, nº 2, da Constituição italiana – *la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*) e a presunção de inocência ou de não culpabilidade (artigo 27, nº 2, da Constituição italiana – *l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*) (CALLARI, 2012, p. 10). A atividade judicial faz o controle da exatidão entre o fato, a qualificação jurídica dele e a sanção adequada (CALLARI, 2012, p. 3).

¹⁴³ Da rejeição por *ordinanza*, somente o réu pode apelar, juntamente com a eventual sentença condenatória que venha a ser apresentada (ANGELINI, 2013, p. 226-227).

¹⁴⁴ ANGELINI, 2013, p. 224.

E o mais marcante vem descrito nos Estados Unidos. Mesmo com a previsão de disponibilidade da ação penal pelas partes, há regras expressas no sentido de que haja uma busca mais aprofundada da verdade dentro do processo penal.¹⁴⁵ É o que se pode concluir do exame da *Rule 102* inserida na *Federal Rules of Evidence*,¹⁴⁶ da *Rule 614(a)* descrita na mesma *Federal Rules of Evidence*¹⁴⁷ e da *Rule 2* presente na *Federal Rules of Criminal Procedure*.¹⁴⁸

A propósito, algumas das principais críticas ao sistema americano residem, justamente, no papel assumido pelos juízes em vista dos acordos.¹⁴⁹ Isto porque a função do juiz acaba por ser a de evitar (não a de realizar) juízos orais e públicos, pelo que seria um coator do acusado – ou seja, faz com o que júri seja utilizado em pouquíssimos casos.¹⁵⁰ Aliás, até é possível dizer que o sistema americano de negociação aproxima-se do sistema inquisitivo, já que a investigação do Ministério Público americano é que conduz à pena ser imposta, com a aquiescência dos advogados e dos juízes.¹⁵¹

E onde toda a discussão encontra palavras finais é em Portugal. Como dito anteriormente, o sistema acusatório tem previsão constitucional em território lusitano. Porém, o Tribunal Constitucional português externou lapidar lição sobre o tema, que, dada sua relevância, vai transcrita para evitar-se perda de conteúdo e de ideia: “Há que partir da constatação, já feita no Acórdão nº 584/96, de que o artigo 340º, nº 1 do Código de Processo Penal é o lugar de afirmação paradigmática do princípio da investigação ou da verdade material.

¹⁴⁵ A doutrina americana apresenta que: “We often talk about trial as ‘fights’ or ‘contests’, and envisage evenly matched combatants operating under the same rules enforced by a neutral referee. But closer examination reveals the inaccuracies of this analogy. The combatants are not equal and do not play at the same rules. Prosecutors are supposed to care not just about convicting, but about justice, and so they have different responsibilities from defense attorneys. By the same token, a judge cannot simply be a neutral referee indifferent to the outcome. He or she should also be responsible for seeing that justice is done” (PIZZI, 1999, p. 149). Pizzi (1999, p. 142, 144-145 e 222) apresenta que um dos problemas do fraco papel desempenhado pelos juízes no sistema americano decorre da confusão entre imparcialidade com passividade e que o sistema americano ainda não definiu qual a sua verdadeira prioridade, na medida em que, ao contrário de outros sistemas, o americano está muito mais vinculado à compreensão de deve prevalecer a vitória de uma parte sobre a outra, não na persecução da justiça, notadamente quando se observa que a estrutura recursal está muito mais preocupada em encontrar os erros procedimentais de quem julga do que o acerto da decisão, motivo pelo qual os juízes acabam por considerar mais aquilo que os tribunais apontam como erro de procedimento, desfocando da noção de busca da substancialidade do processo.

¹⁴⁶ These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.

¹⁴⁷ (a) **Calling.** The court may call a witness on its own or at a party’s request. Each party is entitled to cross-examine the witness. (b) **Examining.** The court may examine a witness regardless of who calls the witness. (c) **Objections.** A party may object to the court’s calling or examining a witness either at that time or at the next opportunity when the jury is not present.

¹⁴⁸ These rules are to be interpreted to provide for the just determination of every criminal proceeding, to secure simplicity in procedure and fairness in administration, and to eliminate unjustifiable expense and delay.

¹⁴⁹ “Perhaps the most radical solution to these agency cost problems is to give judges a more active role in reviewing plea bargaining. [...] By digging into the evidence, judges might gain a sense of how strong the government’s case is and thus how large a discount award at sentencing [...]” (BIBAS, 2004, p. 2542-2543).

¹⁵⁰ Montero Aroca (2014, p. 85-86), dentre muitos outros.

¹⁵¹ MONTERO AROCA, 2014, p. 87.

Este princípio significa, mesmo no quadro de um processo penal orientado pelo princípio acusatório (artigo 32º, nº 5 da Constituição), que o tribunal de julgamento tem o poder-dever de investigar por si o facto, isto é, de fazer a sua própria ‘instrução’ sobre o facto, em audiência, atendendo a todos os meios de prova não irrelevantes para a descoberta da verdade, sem estar em absoluto vinculado pelos requerimentos e declarações das partes, com o fim de determinar a verdade material”.¹⁵²

Também é relevante indicar o que estabelece a Recomendação n. R(87)18 do Comité de Ministros do Conselho da Europa (que previu a possibilidade de consenso dentro do processo penal), em seu inciso III, alínea “a”, nº 6:

In systems which provide for judicial investigation, the possibility of dispensing with it should be accompanied by safeguards at three levels: (...) - at the stage of the court hearing, the bench must be able to make conclusive investigations during the said hearing in order to determine itself the validity of the charges laid before it and, if considered useful, to entrust an independent judicial authority with the task of making supplementary enquiries.

Mas, por dever de lealdade, cumpre citar que a questão que envolvia a iniciativa probatória do juízo nesses países levou a extinção de tal poder ao juiz de instrução¹⁵³ (aquele que preside a fase de instrução que antecede o oferecimento da acusação, ou seja, que atua na fase de investigação). A consequência disto foi conceder a fase de investigação a quem é seu titular, ou seja, o Ministério Público¹⁵⁴ - em momento algum, como já visto, o juiz que analisará o mérito da ação penal, após o oferecimento da acusação, está proibido de determinar provas de ofício, se a atividade das partes for deficitária.¹⁵⁵

¹⁵² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo nº 363/01. Acórdão nº 137/02, documento não paginado. Aliás, em outra decisão advinda do território português, mais recente: “[...] As diligências processuais, enquanto meios de prova, são classificadas no CPP, como essenciais, necessárias e convenientes, prevendo-se no art. 340.º do CPP que o juiz, oficiosamente ou a requerimento, realiza as diligências necessárias, relevantes, de grande interesse, absolutamente indispensáveis à descoberta da verdade, mandando, até, notificar as partes dessa necessidade, nos termos do n.º 2 do art. citado, se não figurarem na acusação ou pronúncia. Mas recusará a sua concretização se for notório que se mostram irrelevantes ou supérfluas, inadequadas, de obtenção impossível ou muito duvidoso ou norteado por motivos dilatórios – n.º 4 do art. 340.º [...]” (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo nº 331/04.0TAFIG-B. C1-A.S1, p. 2).

¹⁵³ Nos termos do Código de Processo Penal, o juiz de instrução, em Portugal, dentre outros, aplica medidas de coação ou de garantia patrimonial (artigo 268º, 1, b), ordena buscas domiciliárias, interceptações e gravações de conversações ou comunicações (artigo 269º, 1, c, d), realiza a instrução para comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (artigo 286º, 1) e profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia, com as razões de fato e de direito enunciadas na acusação ou no requerimento de abertura da instrução (artigo 307º). O juiz de instrução que realizar esta última competência estará impedido de intervir em julgamento, recurso ou pedido de revisão relativos a processo em que tiver, conforme o artigo 40º.

¹⁵⁴ ANDRADE, 2013, p. 206.

¹⁵⁵ ANDRADE, 2013, p. 210.

Essa discussão também afronta a própria história que envolve a atuação judicial na produção da prova.

A doutrina^{156,157} explica que, entre os anos de 1237 e 1296, os glosadores (lidos na fonte), indicavam que a real definição da regra era de que *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, sendo que DURANTI, p. ex., ao realizar as glosas ao Digesto [Livro I, Título XVIII (*De officio praesidis*), Lei VI (*Illicitas*), § I (*Veritas*)], comentou que *Sententia ferri debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

O erro doutrinário surgiu quando WACH,¹⁵⁸ em seus comentários ao Código de Processo Civil alemão no século XIX, indicou que o juiz deveria realizar provas *secundum allegata et probata partium, nicht secundum suam conscientiam*.^{159,160}

Entretanto, como se vê, o que houve foi um efetivo erro de leitura e interpretação do brocardo pelo doutrinador alemão. Ele tem um significado muito bem definido: o juiz somente pode decidir dentro dos limites expostos pela prova produzida em juízo, não podendo recorrer ao seu conhecimento privado (aquilo que o juízo conhece por sua vida privada, mas que não consta nos autos). Assim, nada há a impedir de atuar na produção da prova, já que tem o dever de decidir com base no conhecimento correto dos fatos.¹⁶¹ Em momento algum, o brocardo estabeleceu que somente às partes competiria a produção da prova no processo.¹⁶²

O que se observa é que há uma reação preconceituosa dentro do processo penal, que inexistia no processo civil¹⁶³ (no processo civil, há plena liberdade do juiz atuar na atividade probatória¹⁶⁴). Afinal, muitos veem o processo penal como uma violência do Estado, quando

¹⁵⁶ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 34.

¹⁵⁷ De notar que, na sua obra original, o autor citado apresenta as cópias dos documentos de onde foram retiradas as informações ora mencionadas (PICÓ I JUNOY, 2007, apêndice).

¹⁵⁸ Também explica a doutrina que CHIOVENDA, possivelmente por influência de WACH, apresentou a expressão de que *iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*, de forma a apresentar o sistema dispositivo. Porém, em suas lições, nunca procurou limitar a atividade probatória judicial, apesar da “importação” do pensamento professor germânico (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 47-49).

¹⁵⁹ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 40. De ser apontado que o atual Código de Processo Penal argentino, em seu artigo 128, “c”, estabelece que *los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna*, o que é, antes de tudo, uma opção de política processual daquele país, não uma imposição que o processo acusatório (que vem estampado no artigo 2º) determina.

¹⁶⁰ Nesse erro, é apontado que CALAMANDREI explicava a impossibilidade do juízo modificar os fatos alegados pelas partes, bem como não poderia ele se utilizar de provas diversas daquelas presentes nos processos (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 49). Ou seja, além da utilização inadequada do brocardo, emprestou a ele a impossibilidade de o juiz realizar iniciativa probatória do juiz civil (PICÓ I JUNOY, 2014, p. 51).

¹⁶¹ TARUFFO, 2012, p. 47-49.

¹⁶² TARUFFO, 2012, p. 204.

¹⁶³ Aliás, importante notar que o novo Código de Processo Civil brasileiro estabelece que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6º).

¹⁶⁴ Como já disse o Supremo Tribunal Federal Brasileiro: “A Corte lembrou que o CPC/1939, em seu art. 118, já facultava ao magistrado considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes. Destacou que o CPC/1973 conferiu maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo. [...] Apontou que, tendo em conta a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito. Salientou que as partes continuariam a ter a função precípua

se esquece que, na verdade, a assunção do processo penal pelo Estado decorreu, justamente, da intenção do Estado em evitar a violência decorrente das vinganças privadas, bem como para evitar que os réus coagissem os acusadores particulares para que os processos fossem retirados.^{165,166}

Sempre é válida a perplexidade exposta por Montero Aroca,¹⁶⁷ na medida em que não existe qualquer explicação plausível de que o dinheiro importe em uma verdade material e uma atuação judicial de ofício, enquanto o serviço judicial que versa sobre a liberdade individual esteja limitado pelo contraditório das partes.¹⁶⁸

A razão que motiva a produção probatória judicial de ofício no plano cível legitima a do juiz penal, pois o objetivo do processo e da prova são os mesmos, na medida em que a efetividade na análise dos interesses trazidos ao processo é que pode alcançar o fim de justiça previsto no preâmbulo da Constituição, como um ideal de comunidade, público, a ser obtido pelo ordenamento jurídico e protegido pelo Estado.¹⁶⁹

Em verdade, a iniciativa probatória de ofício não afeta a imparcialidade judicial e não atenta contra o sistema acusatório. Proibi-lo de gerir prova é também proibi-lo de exercer o instrumento pelo qual concretiza sua função jurisdicional, qual seja, o processo,¹⁷⁰ pois, como bem apontado pela doutrina, “[...] debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora”.¹⁷¹

O devido processo legal, portanto, protege as garantias individuais e obtém decisões que podem ser definidas como justas, de maneira que haja a melhor aplicação da norma sobre a situação fática apresentada como objeto processual. Afinal, a proteção das garantias não é salvaguarda para o estabelecimento da verdade, dado que as partes podem não desejar que ela surja no processo.¹⁷²

de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1082-DF, documento não paginado).

¹⁶⁵ ANDRADE, 2010b, p. 50.

¹⁶⁶ O processo civil também é tido como de natureza pública e admite a liberdade probatória do juízo, obra da influência do jurista italiano Enrico Tullio Liebman. Fica evidente a existência de imparcialidade judicial em qualquer esfera, sob pena de termos de trabalhar com situações contraditórias entre si na pessoa de um mesmo juiz, como, p. ex., reconhecer-se sua imparcialidade quando labora em um processo cível, mas sua falta quando receber um processo criminal; ou, então, concordar que ele possa produzir prova de ofício para resolver uma querela indenizatória entre vizinhos e mandar permanecer imóvel quando se tratar da liberdade humana (raciocínio que se faz a partir da leitura de ANDRADE, 2010b, p. 53-54). Deve ser lembrado que a mesma superestrutura estatal encontra-se no cível, com as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público (ANDRADE, 2010b, p. 54).

¹⁶⁷ MONTERO AROCA, 2014, p. 100-101.

¹⁶⁸ Por oportuno, o autor expõe que, no século XIX, o juiz penal tinha a amplitude probatória *ex officio*, ao passo que o juiz cível não a possuía, o que se inverte no final do século XX (MONTERO AROCA, 2014, p. 19-21).

¹⁶⁹ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 131-132.

¹⁷⁰ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 137.

¹⁷¹ MONTERO AROCA, 2014, p. 34.

¹⁷² TARUFFO, 2012, p. 141-142.

Assim, é possível afirmar a exigência de que a decisão seja consequência de um processo que proteja os direitos e garantias fundamentais em sentido amplo; que tenha havido a devida interpretação e aplicação da norma ao caso concreto; e que haja a adequada persecução da verdade, na medida em que não há justiça atrelada a fundamentos errôneos.¹⁷³

Não se sustenta uma atividade probatória ilimitada, seja para proteção do próprio acusado, seja para garantia do sistema acusatório.¹⁷⁴ Deve estar ela jungida aos limites já expostos na acusação,¹⁷⁵ que deverá já trazer as fontes de prova que a confortem e sobre as quais terá lugar sua atividade probatória posterior, com a garantia de que as partes poderão conhecê-la e contraditá-la (em vista do direito de defesa).¹⁷⁶ Esta atividade probatória pelo juízo colabora para a efetividade do processo, desde que seja realizada com respeito os direitos dos juízes e das partes.¹⁷⁷ O que deve ser garantido é o contraditório às partes:¹⁷⁸ possibilidade de se manifestar, de forma crítica, sobre a prova determinada de ofício e de produzir prova para contrariar referida prova.¹⁷⁹

Calha ter presente que a imparcialidade judicial está exatamente vinculada à busca pela verdade, na medida em que a falta de tal predicado condiciona a vontade judicial¹⁸⁰ no momento da decisão, seja por interesses pessoais, seja por pré-julgamento,¹⁸¹ seja por divergência quanto a valores de cunho pessoal, p. ex.^{182,183} (por isto que ele não pode ser parte com

¹⁷³ TARUFFO, 2012, p. 142.

¹⁷⁴ Já diz Mata-Mouros que as principais notas da função jurisdicional são o *nemo iudex sine actore*, o princípio do contraditório e a imparcialidade do terceiro julgador (MATA-MOUROS, 2011, p. 75).

¹⁷⁵ O juiz deve estar jungido aos fatos e às pretensões das partes (MONTERO AROCA, 2014, p. 91). “(...) Es decir, las partes tendrían a su disposición todos los medios de prueba, y el juez simplemente complementaría, pero no supliría, dicha actividad (...)” (NIEVA FENOLL, 2013, p. 145).

¹⁷⁶ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 138.

¹⁷⁷ PICÓ I JUNOY, 2014, p. 141.

¹⁷⁸ Nos termos do artigo 16 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: *El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso.*

¹⁷⁹ TARUFFO, 2012, p. 206.

¹⁸⁰ Como pode ser observado, sem prejuízo de outras disposições legais, do que consta no Código de Processo Penal brasileiro, em seu art. 252: “O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.”

¹⁸¹ Não é possível, como já apontou a Corte Europeia de Direitos Humanos, que o juiz tenha, em momento anterior, participado da investigação que levou à acusação contra alguém, mesmo que apenas como superior hierárquico daqueles que a exerceram, de fato, e sem qualquer participação efetiva sua, pois basta a possibilidade de orientação, revisão e de imposição de formas de atuação na coleta de diligências para que não haja violação do artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. Court (Chambers). Case Piersack v. Belgium (application n. 8692/79), documento não paginado).

¹⁸² TARUFFO, 2012, p. 144.

¹⁸³ Afinal, e com fundamento no artigo 10 do Código Modelo Iberoamericano da Ética Judicial: “El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio.”

pretensões postulatorias no processo¹⁸⁴). O que determina o êxito, ou não, de uma demanda é a prova e a verdade que ela revela, não o juiz realizar ou não um meio de prova,^{185,186} dado que as partes podem buscar preencher o ônus probatório que lhes é imposto, mas não necessariamente cumprirão, com ela, a reconstrução adequada da base da controvérsia.^{187,188}

A ideia do projeto é trazer a figura do juiz inerte. Ou seja, alguém pode ser condenado ou absolvido por incompetência ou ajuste das partes, sem que, contra isso, o juiz algo possa fazer. É por isso que, jocosamente, parte da doutrina considera esta última visão de juiz como decorrência da “teoria esportiva da justiça” ou da “regra do não te metas”.^{189,190}

O que pretende esse “novel” defensor do acusado – que ocupa o assento de um juiz, nos termos do projeto brasileiro – é buscar elementos que, ao menos, permitam-lhe invocar o princípio *in dubio pro reo*¹⁹¹ para absolver o acusado, já que o princípio da presunção de inocência foi superado pela atividade probatória de quem figura como acusador.¹⁹²

¹⁸⁴ MONTERO AROCA, 2014, p. 95

¹⁸⁵ TARUFFO, 2012, p. 146.

¹⁸⁶ Como diz a doutrina, “[...] se (e na medida em que) o processo for epistemologicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes [...]” (TARUFFO, 2012, p. 200).

¹⁸⁷ TARUFFO, 2012, p. 199.

¹⁸⁸ Ainda: “[...] o que deve ficar claro é que um juiz pertencente a esse sistema não perde sua imparcialidade ou converte sua atividade jurisdicional em inquisitiva. Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a dela dispor, sobre um tema que é de interesse público.” (ANDRADE, 2013, p. 229), na mesma linha que se considera que “[...] uma colheita incompleta de provas não pode jamais promover a descoberta da verdade material, pois que, exceto para os acontecimentos e relações explicáveis com exatidão pelas ciências naturais, o conceito de verdade pressupõe que todas as fontes de conhecimento existentes sejam levadas em consideração [...]” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 248). Ou, noutros termos: “[...] chegaremos à conclusão não de uma vinculação à famigerada verdade real, mas de uma preservação do próprio instituto da jurisdição, criada para evitar a vingança privada (uso da força pelo ofendido) e a impunidade (uso da força pelo ofensor) [...]” (ANDRADE, 2013, 239).

¹⁸⁹ ANDRADE, 2010a, p. 11.

¹⁹⁰ No sistema adversarial, cabe ao juiz o papel de árbitro (*passive umpire*), no sentido de fazer os registros de correção da partida jogada, com a compreensão de que aquele que vence a partida não necessariamente tem razão ou tem a noção de justiça consigo (tem razão aquele que vence). A isso, pode-se chamar de *sporting theory of justice* (TARUFFO, 2012, p. 132). Assim, as partes podem ter interesse em ocultar elementos que possam beneficiar o adversário, bem como podem desejar distorcer a verdade para obtenção de benefícios próprios dentro do processo, o que pode levar à percepção de que o sistema admite que a versão dicotômica do processo seja falsa em seus dois fundamentos (TARUFFO, 2012, p. 137).

¹⁹¹ Relevante observar que o chamado princípio do *in dubio pro reo* não define uma específica regra de distribuição de provas, mas uma determinação de absolvição do acusado quando inexistente prova suficiente para afastá-lo. Assim, não pode o tribunal ser afastado da função de esclarecimento dos fatos, especialmente porque o juiz também é um dos principais agentes dentro da necessidade de preservação da paz social (NIEVA FENOLL, 2013, p. 42-43). O referido princípio tem como base a mesma raiz da boa-fé em direito civil, qual seja, a crença na bondade humana (NIEVA FENOLL, 2013, p. 77).

¹⁹² ANDRADE, 2010a, p. 13.

E com isso não se pode aceitar! A lei, portanto, não pode dispensar o juiz de verificar a veracidade da acusação.^{193,194,195} Entender o contrário, seria o mesmo que dizer que a participação judicial equivaleria à tortura¹⁹⁶ e acabar com a própria essência do processo!¹⁹⁷

O que também deve estar sempre presente é que a prova não é, *de per si*, favorável ou desfavorável a quem a apresenta, na medida que seu resultado será desconhecido até o momento em que ela é realizada, razão pela qual é impossível antecipar a quem ela beneficiará antes de ser revelada em juízo.¹⁹⁸

De ser considerado que a chamada “carga subjetiva” quanto à produção da prova decorreu, exclusivamente, para delimitar quais fatos poderiam ser provados pelo juiz, de ofício, uma vez que o restante da prova competiria ao que fora proposto pelas partes, notadamente quando se sabe que, muitas vezes, a prova em prol de uma parte pode estar à disposição da outra. Ademais, sempre válido perceber que um mesmo fato pode dar origem à fundamentação de argumentos apresentados pelos dois lados do mesmo processo, na medida em que seus detalhes vão sendo expostos.¹⁹⁹

Em síntese, o Estado (no qual se enquadra o Poder Judiciário) deve tutelar os direitos dos cidadãos enquanto indivíduos e enquanto integrantes de uma coletividade, pelo que imprescindível a eficiência e a segurança como resultados de sua atividade. Disto se compreende que a segurança não está, apenas, na identificação dos autores de qualquer delito, mas também na apuração do ato ilícito e suas devidas responsabilidades.²⁰⁰ Afinal, a imposição de pena está próxima da prevenção geral positiva, ou seja, serve de meio para evitar-se que haja a propagação de crimes dentro e por aqueles que integram a sociedade.²⁰¹

¹⁹³ TUCCI, 2002, p. 186.

¹⁹⁴ Afinal, Ministério Público e réu conjugam esforços para esclarecimento da verdade, sendo que o Magistrado não está vinculado aos termos de absolvição ou condenação propostos pelo Ministério Público, pois o que se busca é a sentença justa, dentro do esclarecimento da acusação exposta. O objeto da relação jurídica penal é a aplicação da lei penal ao caso concreto (conforme se depreende da leitura do acórdão constante em BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso especial nº 13375-RJ, documento não paginado).

¹⁹⁵ Consoante consta no artigo 6, 1, Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.

¹⁹⁶ Como se uma audiência, atualmente, fosse presidida como segue: “E notar que, se confessar sob tortura, deverá ser então levada para outro local e interrogada novamente, para que não confesse tão-somente sob a pressão da tortura. E após a devida sessão de tortura a acusada se recusar a confessar a verdade, caberá ao Juiz colocar diante dela outros aparelhos de tortura e dizer-lhe que terá de suportá-los se não confessar. Se então não for induzida pelo terror a confessar, a tortura deverá prosseguir no segundo ou no terceiro dia, mas não naquele mesmo momento, salvo se houver boas indicações de seu provável êxito” (KRAMER; SPRENGER, 2002, p. 433).

¹⁹⁷ MONTERO AROCA, 2014, p. 96.

¹⁹⁸ NIEVA FENOLL, 2013, p. 147.

¹⁹⁹ NIEVA FENOLL, 2013, p. 38-39.

²⁰⁰ FISCHER, 2013, p. 40-41.

²⁰¹ FISCHER, 2013, p. 41.

Assim, o Estado, para efetivação de tal proteção, de forma necessária, adequada e proporcional deve restringir direitos fundamentais individuais. A proporcionalidade não pode superar o excesso (*Übermassverbot*) e nem se sujeitar à deficiência (*Untermassverbot*).^{202,203}

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, cabe considerar que:

- a) o processo penal se volta à proteção de direitos e garantias fundamentais em seu sentido amplo (individuais e coletivos), o que a função jurisdicional deve estar voltada à correta interpretação e aplicação da norma;
- b) que a verdade que se busca não é a verdade real em sua extrema percepção, mas a verdade que seja juridicamente aceita para superar a presunção de inocência;
- c) que a nota de um juiz que somente atua em prol da defesa era uma regra exposta justamente na Inquisição;
- d) que o sistema acusatório nunca foi refratário à atuação judicial de ofício na produção probatória, sendo relevante que esteja ela vinculada aos limites da acusação, ao contraditório e parta da iniciativa probatória já delimitada pelos demais sujeitos processuais;
- e) que a compreensão de inquisitividade não ressuscita a Inquisição em qualquer molde, já que é dever do Estado a correta prestação jurisdicional;
- f) e que a imparcialidade judicial surge para evitar-se o excesso de um sujeito sobre o outro, bem como evitar que a deficiência de um sujeito processual prejudique a adequada atividade jurisdicional – e é o juiz o principal garantidor dessa prestação final.

²⁰² FISCHER, 2013, p. 43-44.

²⁰³ Na linha do citado autor, o que se percebe hoje é um garantismo penal de cunho *monocular e hiperbólico*, ou seja, desproporcional e isolado, na medida em que atenta, exclusivamente, à proteção dos direitos individuais, e esquece que o processo penal existe para a defesa de interesses coletivos que foram violados. Ou seja, deve abarcar os direitos sociais e não apenas os individuais, em todos os âmbitos (FISCHER, 2013, p. 38-39).

La objeción de conciencia a la venta de marihuana en las farmacias del Uruguay

Conscientious objection to sell marijuana in Uruguayan drugstores

*Ruth Furtenbach Domènech**

Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN. La reciente ley N° 19.172, titulada: “Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”, establece, entre otros, la venta de marihuana tanto para uso medicinal como recreativo en las farmacias. Esto genera serias dudas en cuanto a si los sujetos directamente involucrados, en particular, los Químicos Farmacéuticos, se encuentran habilitados para rechazar esta opción. Entendemos que el instituto de la objeción de conciencia, es perfectamente admisible en el sistema jurídico uruguayo y constituye una opción válida para quienes entiendan que existe un conflicto entre los valores y principios presentes en su conciencia, y lo que determine una reglamentación que les imponga una conducta reñida con los mismos.

PALABRAS CLAVE. Objeción de conciencia. Venta de Marihuana. Farmacias. Control. Regulación. Valores. Principios.

* Email: rfurtenbach@yahoo.com

ABSTRACT. Recent Law N° 19.172, called “Marijuana, its by-products. Government’s control and regulation of import, production, purchase, storage, commercialization and distribution” sets forth, among other issues, the sale of marijuana for medicinal and recreational purposes in drugstores. This generates serious doubts regarding the individuals who are directly involved, particularly Pharmaceutical Chemists, to determine if they are authorized to reject this option. We understand that the conscientious objection is perfectly admissible in the Uruguayan legal system and it constitutes a valid option for those who understand that there is a conflict between the values and principles of their conscience and what is established by the regulation that imposes a conduct that is at odds with them.

KEYWORDS: Conscientious objection. Sale of marijuana. Drugstores. Control. Regulation. Values. Principles.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Ley n° 19.172: “Marihuana y sus derivados. Control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”. 1. Consideraciones generales. 2. Antecedentes **III.** Venta de marihuana en las farmacias de Uruguay 1. Problema en cuestión. 2. Sobre la obligatoriedad de la venta de marihuana en farmacias. a) Posición del Gobierno b) Posición de los Químicos Farmacéuticos c) Posición de los propietarios de las Farmacias del Uruguay d) Declaraciones de la Iglesia Católica. **IV.** 1. Objeción de conciencia en Uruguay 2. ¿Puede objetarse una reglamentación que obligue a vender marihuana en las farmacias por motivos de conciencia? a) Objeción Conciencia- Concepto b) Un derecho contemplado en Instrumentos Internacionales. c) Un derecho reconocido en la Constitución. 3. Proyecto de ley: “Derecho a la Libertad de Conciencia y de Ideario”. **V.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se aprobó en Uruguay, la Ley N° 19.172, titulada: “Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución”. Este acontecimiento, que constituye un hito sin precedentes en la historia del país y del mundo, ha generado las más diversas repercusiones.

En el plano jurídico, muchas son las interrogantes que se plantean respecto de la aplicación de esta novel ley, particularmente en lo que respecta al control por parte del Estado de la producción y comercialización de dicha droga.

Una de las tantas novedades, es que se establece la venta de marihuana tanto para uso medicinal como recreativo en las farmacias, pero nada dice acerca de la obligatoriedad de dicha disposición. Desde su entrada en vigencia, se plantearon dudas en cuanto a si los sujetos directamente involucrados, tanto químicos farmacéuticos como propietarios de farmacias, se encontraban habilitados para rechazar esta opción.

Finalmente, el decreto reglamentario N° 120/014, aprobado unos meses después, establece que las farmacias que “deseen dispensar Cannabis psicoactivo” deberán inscribirse en un registro de farmacias y solicitar licencias al Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA), a pesar de no especificar si los químicos farmacéuticos, que tienen la responsabilidad de avalar los productos que allí se comercializan se pueden excusar. En este trabajo se indagan las diferentes posiciones que desde un principio adoptaron los principales actores involucrados: Autoridades estatales, químicos farmacéuticos y propietarios de farmacias. Entendemos que el instituto de la objeción de conciencia, es una opción válida para quienes entienden que existe un conflicto entre sus valores y principios presentes en su conciencia, y lo que determine una reglamentación que eventualmente les imponga una conducta reñida con los mismos.

En primer lugar, se presentan las consideraciones generales sobre esta ley, sus antecedentes y las interrogantes que plantea. Posteriormente se indaga acerca de las opiniones de los distintos actores involucrados, para luego pasar al estudio del instituto de la objeción de conciencia, su marco normativo en Uruguay y las posibilidades de su aplicación a este caso concreto.

II.

LEY N.º 19.172

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Comisión de Adicciones de la Cámara de Diputados del Poder Legislativo de Uruguay, aprobó con fecha 4 de julio de 2013, por 7 votos en 13 el Proyecto de Ley modificado que prevé que: el Estado “asumirá el control y la regulación de las actividades de importación, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización, y distribución de marihuana o sus derivados”. En el mismo se establece que las farmacias puedan vender hasta 40 g de inflorescencias de cannabis por persona por mes, permitiendo también el auto-cultivo por parte de personas físicas con un máximo de 6 plantas hembra no excediendo los 440 g anuales; o de “clubes de consumidores con membresía”, mientras tengan un mínimo de 15 socios y un máximo de 45. Por otra parte, se establece la regulación de permisos a empresas privadas para el cultivo de marihuana psicoactiva orientado al uso medicinal o recreativo, cultivo de cáñamo para usos industriales – como la producción de papel, textiles o combustibles, entre otros- y cultivo con objetivos de investigación.

Con esta aprobación, la discusión del proyecto se puso a consideración de la Cámara de Diputados en su conjunto, aprobándolo el 31 de julio de 2013, con 50 votos a favor, 46 en contra y 3 ausencias de diputados pertenecientes al Partido Colorado – de la oposición- que se opusieron a que el tema se declarase “asunto político”. Finalmente, el martes 10 de diciembre de 2013, el Parlamento aprobó el proyecto de ley, con la aprobación del Senado, tan solo con los votos del Frente Amplio – Partido de Gobierno-, con 16 votos a favor y 13 votos en contra, correspondientes a la oposición del Partido Nacional y Colorado. El Poder Ejecutivo promulgó la ley, el martes 24 de diciembre, estableciendo que debía reglamentarse en los siguientes 120 días a partir de su votación en el Senado. El reglamento se aprobó finalmente, el día 6 de mayo de 2014.

La ley prevé la creación de un organismo estatal, el “Instituto de Regulación y Control del Cannabis” (IRCCA), que dependerá del Ministerio de Salud Pública y que emitirá licen-

cias, asumiendo el control y regulación de las actividades de importación, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución de marihuana o sus derivados.

Los ciudadanos o residentes del país, mayores de 18 años – se exceptúan los extranjeros- debidamente registrados, como fue señalado ut supra, podrán adquirir marihuana en las farmacias autorizadas, a través del auto-cultivo o del cultivo en clubes con membresía. La tenencia máxima de una persona será de 40 gramos. Se podrá asimismo, como ya fue mencionado también, cultivar con fines de uso medicinal y científico.

2. ANTECEDENTES

La primera regulación en Uruguay respecto al uso de drogas, fue prevista por la ley N° 9.155 del 4 de diciembre de 1933, que dio origen al Código Penal uruguayo. En su artículo 223, establecía¹: “Comercio de la coca, opio o sus derivados. El que, fuera de las circunstancias previstas reglamentariamente, ejerciere el comercio de sustancias estupefacientes, tuviere en su poder o fuere depositario de las mismas, será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría”.

El 11 de setiembre de 1937 se aprobó la ley N° 9.692, sobre “Importación de estupefacientes”, adecuando la legislación interna a los Tratados Internacionales suscritos por Uruguay como la “ Convención Internacional del Opio”, llevada a cabo en La Haya en 1912, las Conferencias para la Limitación de la Fabricación de Estupefacientes, que tuvieron lugar en Ginebra en 1925, 1931 y 1932, y de las que resultó el “Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas”.

Años más tarde, el Decreto-Ley N°14 .294 del año 1974², derogó la ley N° 9.692 de 1937, regulando el uso de drogas y estableciendo medidas contra su comercio considerado ilícito. Esta ley estableció que la “plantación, tráfico o posesión” de cannabis sería sancionada penalmente, salvo las personas que tuvieran una cantidad mínima destinada exclusivamente para consumo personal, a excepción de que fueran con fines de investigación o uso medicinal.

En 1998, la ley N° 17. 016 introdujo modificaciones al Decreto Ley de 1974, estableciendo la legalidad tanto para “el consumo” de cannabis como para su “posesión”, cuando

¹ *Código Penal. Ley 9.155*, en: <http://ebookbrowse.net/ley-9155-codigo-penal-pdf-d133024425>. fecha de captura: 25/1/2014.

² Decreto-Ley N°14.294. “Estupefacientes”, <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=14294&Anchor=>, Fecha de captura: 25/1/2014.

las cantidades fueran “para consumo personal”³. No obstante, prohibía cualquier tipo de producción y comercialización, constituyendo hasta el año 2013 la legislación vigente con relación al uso de cannabis.

III.

VENTA DE MARIHUANA EN LAS FARMACIAS DE URUGUAY

1. PROBLEMA EN CUESTIÓN

Muchas son las interrogantes que se plantean respecto de la aplicación de la reciente ley N° 19.172, en particular, en lo que respecta a la producción y comercialización de la marihuana controlada por el Estado, sin precedentes en el mundo.

La ley prevé en su artículo 5 titulado: “De las Modificaciones a la Normativa de Estupefacientes”, la sustitución del artículo 3° del Decreto-Ley N° 14.294 (31/octubre/1974), en la redacción dada por el artículo 1° de la Ley N° 17.016 (octubre/98) por el siguiente texto en su literal G):

El Instituto de Regulación y Control del Cannabis otorgará licencias de expendio de cannabis psicoactivo a las farmacias (de acuerdo con el Decreto-Ley N° 15.703, de 11 de enero de 1985 y sus leyes modificativas) conforme las condiciones establecidas en la legislación vigente y el procedimiento y requisitos que estableciere la reglamentación.

El expendio de cannabis psicoactivo para consumo personal requerirá que se acredite en el registro correspondiente según lo establecido en el artículo 8° de la presente ley, conforme a las estipulaciones legales, en tanto el expendio para uso medicinal requerirá receta médica”.

En el inciso siguiente, agrega que: “El expendio de cannabis psicoactivo para uso no medicinal no podrá superar los 40 gramos mensuales por usuario”.

En la disposición antes citada, se establece claramente que la venta de marihuana tanto para uso medicinal como recreativo, se realizará a través de las farmacias, pero no prevé nada acerca de la posibilidad de las mismas de rechazar esta opción. Surgieron muchas dudas acerca de la obligatoriedad de dicha disposición, que no llegaron a dilucidarse totalmente con la aprobación del decreto reglamentario correspondiente.

³ Véase, PREZA, Dardo, “Comentarios a la nueva ley que combate el tráfico ilícito de estupefacientes”, en *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo, Tomo II*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 2000, pp. 91-104.

2. SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA VENTA DE MARIHUANA EN FARMACIAS

a) Posición del Gobierno

A partir de la aprobación de la ley N° 19.172, el Subsecretario del Ministerio de Salud Pública, Leonel Briozzo, expresó que: “eventualmente podría ser obligatorio que las farmacias expendan marihuana”⁴, aclarando que ese aspecto surgiría de la reglamentación.

Asimismo subrayó que las autoridades negociarían con las farmacias para que de forma voluntaria accedan a comercializar la marihuana. Pero advirtió que ante la posibilidad de que haya farmacias que no quieran vender esa droga, el gobierno las obligará⁵.

Destacó también, en referencia a las farmacias, que es “optimista respecto a la responsabilidad social de un sector que tradicionalmente ha apoyado la salud de los uruguayos”⁶.

Las incertidumbres que surgen en torno a la comercialización de la marihuana, derivadas, ya sea, de la interpretación de la recientemente aprobada ley y correspondiente reglamento que, en principio no obliga a que todas las farmacias la comercialicen, conjuntamente con de las declaraciones efectuadas por las autoridades estatales, han generado preocupaciones en los distintos sujetos involucrados: los químicos farmacéuticos y los propietarios de las farmacias.

b) Posición de los químicos farmacéuticos

Los químicos farmacéuticos, que respaldan técnicamente y son responsables de los medicamentos que se venden en las farmacias, sostienen que la marihuana no debería venderse en farmacias y discrepan fuertemente con la decisión llevada adelante por el Gobierno. Incluso, antes de la aprobación de la ley, mencionaron la posibilidad de una “renuncia ma-

⁴ En: “MSP advierte que las farmacias no podrán negarse a vender cannabis”, <http://www.elpais.com.uy/informacion/msp-advierte-farmacias-venta-marihuana.html>. Fecha de captura: 28/1/2014

⁵ Según sus palabras: “Tenemos dispositivos legales para que las farmacias, que son las primeras en la lista para que expendan este tipo de sustancias, lo hagan como una obligación legal. No creemos que llegue a esa dimensión porque ya tenemos una ley y en la reglamentación se ven a contener las situaciones particulares para que las farmacias puedan oficiar de un mecanismo de contralor. Yo diría, a priori, estamos viéndolo como el mecanismo ideal porque ya tienen una experiencia en el manejo de sustancias peligrosas”, en entrevista de radio El Espectador, titulada: “Mujica pidió que tema marihuana no de politice”: <http://www.espectador.com/politica/280321/mujica-pidi-que-tema-marihuana-no-se-politice>. Fecha de captura: 30/1/2014

⁶ En: “Briozzo dijo que ley combate mercado ilegal de marihuana con regulación y control”, <http://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/briozzo-marihuana-regulacion-mercado-control-narcotrafico-desestimula>. Fecha de Captura: 30/1/2014

siva”, como advertencia con la cual buscaban, aunque inútilmente, que su posición fuera tenida en cuenta por las autoridades.

Asimismo, ante la posibilidad de que las farmacias fueran habilitadas para distribuir marihuana, los químicos manifestaron la intención de hacer consultas legales para anteponer objeción de conciencia, en el entendido de que no los podían “obligar a entregar sustancias perjudiciales para la salud”⁷.

Estos técnicos, que son los responsables por cada uno de los medicamentos que se expiden en las farmacias, entienden que se trata de un asunto complejo y que de hecho puede ir en contra de sus principios profesionales.

La posición de los químicos farmacéuticos luego de la aprobación de la ley 19.172 es la siguiente⁸:

- “La marihuana es una droga recreativa "y no un producto de salud" por lo tanto "no debe estar dentro de una farmacia".
- La “Asociación de Química y Farmacia del Uruguay”, es una asociación profesional que nuclea a los profesionales que egresan de la Facultad de Química. De acuerdo a lo que señala la presidenta de la “Asociación de Química y Farmacia del Uruguay”, un “director técnico”, es el responsable por la dispensación de todos aquellos productos de salud: medicamentos, dispositivos terapéuticos o reactivos diagnósticos. La responsabilidad que le asigna la ley es completa aunque no estén presentes en la farmacia. Señala que en la práctica, “significa que ante cualquier error de dispensación o cualquier problema que haya con un producto de salud, el químico debe responder en forma conjunta con el propietario de la farmacia ante la autoridad regulatoria”. Se les exige “la entrega de un balance trimestral de psicofármacos y estupefacientes que el químico debe enviar al MSP firmado con las recetas de estupefacientes”
- Aclaran que no opinan desde el punto de vista político “respecto a la ley como tal que legaliza la venta de marihuana”, porque como profesionales no han formado una opinión al respecto, sino que consideran que cada uno debe formar su opinión individualmente como ciudadano. Lo que cuestionan es el “lugar que se ha escogido para la venta de la marihuana”.

⁷ En: <http://www.elpais.com.uy/informacion/marihuana-objecion-conciencia-farmacias.html>, “Marihuana: objeción de conciencia”. Fecha de Captura: 30/01/2014

⁸ Publicado el miércoles 18 de diciembre del 2013 a las 13:06 hs en El Espectador.com. Entrevista de Emiliano Coteló a Virginia Olmos, presidenta de la Asociación de Química y Farmacia del Uruguay, en <http://www.espectador.com/sociedad/280749/qu-micos-farmac-uticos-creen-que-la-marihuana-no-debe-estar-dentro-de-una-farmacia-porque-no-es-un-producto-de-salud>. Fecha de captura: 28/1/2014

- Respecto a lo establecido en el artículo 5to. de la nueva ley, que modifica el artículo 3ro. del decreto ley N° 14.294, concretamente respecto a lo dispuesto en el literal G, ya citado en este trabajo, manifestaron su preocupación por la falta de “definiciones previas”, como la definición del “cannabis”, que no figura en la ley y no sabían si iba a ser: “una planta, una hierba, un fitoterápico o un medicamento”, para ver qué marco regulatorio tendría. Señalaron a vía de ejemplo, que “si la marihuana se define como un fitoterápico, como un yuyo, se podría vender en la herboristería”.

El decreto reglamentario, posteriormente se encargó de definirlo como “especialidad vegetal controlada con acción psicoactiva”, lo que no contribuye a la interpretación clara desde el punto de vista jurídico, de si también se trata de un medicamento. No obstante, los químicos reconocen que siempre se habla de la “farmacia comunitaria”, reafirmando el concepto de que la marihuana, que es “una droga recreativa y no un producto de salud, no debería estar dentro de una farmacia”.

- Afirman que una farmacia debería funcionar como un “centro de salud”, y que permitir el expendio de una droga recreativa que produce daño a la salud, en lugar de promover mejorar la salud de la población, significa un retroceso. Destacan que sería lo mismo que si autorizara a las farmacias a vender alcohol o tabaco.
- Aclaran asimismo, que los propietarios de las farmacias, que en su mayoría no son químicos farmacéuticos, se autodenominan “farmacéuticos” y contribuyen a generar confusión en la población.
- Sin bien no aprueban la venta de marihuana en farmacias, ante la realidad que probablemente tengan que enfrentar con la vigencia de la nueva ley, manifestaron voluntad para colaborar en la reglamentación, de modo que la venta se haga de la forma menos perjudicial para la imagen de la farmacia: definiendo al cannabis, en qué forma y en qué tipo de farmacias se va a vender. Pero bajo la condición de que su venta no se haga bajo la responsabilidad de un profesional químico farmacéutico.
- Ante la hipótesis de que los obliguen a certificar y controlar la venta de cannabis en las farmacias, estudian la posibilidad de la renuncia del químico, que considere que “desde el punto de vista ético no puede participar en la venta de marihuana”.
- Sostienen que actualmente ese conflicto está resuelto, porque por ahora la marihuana está planteada como una droga recreativa y como tal “no hay una ley que obligue al

químico a hacerse responsable de cosas que no son productos de salud, el MSP no lo tiene registrado como producto de salud en ninguna de sus formas, y tampoco hay modificación de la ley de farmacias que obligue al profesional a hacerse responsable de cosas que no están dentro de su campo de acción, que en el caso de los químicos son medicamentos y productos de salud, para lo que fueron formados”.

- Destacan que tienen una profesión que se especializa en el medicamento, no en otro tipo de cosas que se venden en las farmacias como “bijouterie”, etc. Un químico no tiene por qué ser responsable de ese tipo de productos...”
- Tienen el apoyo de la Federación Internacional Farmacéutica (FIP) con sede en
- La Haya, que nuclea a 126 países y 3 millones de químicos farmacéuticos, la que explica en una carta enviada a las autoridades uruguayas, las razones por las que no comparte la decisión del gobierno de elegir la farmacia como lugar de venta de la marihuana. Se pronunció particularmente en contra de que las farmacias vendan marihuana con fines recreativos, señalando su "grave preocupación" y exhortó al gobierno uruguayo a "reconsiderar" dicha intención.
- Sostienen que “si en el día de mañana la marihuana se define como producto de salud y se prescribe con receta de estupefaciente, como debería ser en el caso de que se utilice con fines farmacológicos, los químicos farmacéuticos se consideran responsables de la dispensación de la marihuana de esa forma. El médico definirá quiénes requieren la marihuana por determinadas condiciones y se la tendrán que proporcionar. No sería recreativa la forma farmacológica. La recreativa tendrá otro tipo de proceso y se manejará por otra vía, que si es la venta en la farmacia no estará bajo la responsabilidad del químico farmacéutico”.
- Destacan que aunque no se llegue a responsabilizarlos por el expendio de la "marihuana que se haga en las farmacias, no quedarán conformes de todas formas, porque pretenden que la farmacia progrese hacia lo que es un centro de salud y consideran que esto es un retroceso.

c) La posición de los propietarios de las farmacias del Uruguay

La Asociación de Farmacias del Interior y el Centro de Farmacias del Uruguay, han manifestado públicamente la voluntad de vender marihuana en las farmacias que nuclean dichas instituciones⁹.

⁹ Véase: <http://www.informarte.com.uy/Farmacias-quieren-vender-marihuana/nw/3774/1>, <http://www.espectador.com/sociedad/264035/las-farmacias-se-ofrecen-para-vender-marihuana>, <http://www.causabierta.com.uy/farmacias-de-uruguay-divididas-por-la-venta-de-marihuana/>. Fecha de captura: 28/1/2014

No obstante la aprobación no es unánime, existiendo una polarización muy importante en cuanto a las opiniones de los propietarios que consienten la venta de la droga en las farmacias y quiénes no. El diario *El País*¹⁰ hizo un “relevamiento en varias farmacias de Montevideo y el interior del Uruguay, y en casi todas encontró la misma respuesta: rechazo de los dueños y el personal, que advierten que los perjuicios podrían ser mayores a los beneficios”. Subrayan no solo posibles problemas de seguridad, sino también el temor de perder la confianza por parte de algunos clientes o la renuncia de los químicos farmacéuticos que trabajan con ellos.

Señalan como posibles problemas:

- Que posiblemente “una vez que cada consumidor retire los 40 gramos que le permite la ley, luego van a querer más y allí es cuando se van a generar los problemas”.... Una de las entrevistadas compara la venta de cannabis con la del alcohol suelto, que años atrás fue un problema para las farmacias, destacando que se supone que lo que ellos venden en la farmacia es “salud”.
- Más de un propietario, sostiene que cuando se reglamente la ley, va a poner un cartel en la puerta con el texto: “acá no se vende marihuana”, asumiendo como “obvio”, que van a ser asaltados para pedirles la droga.
- Afirman que la situación que posiblemente se genere con la venta de marihuana en las farmacias es “preocupante”, ya que: “primero pueden ir a comprar, pero si mañana, no tienen dinero y saben que está la droga disponible”, las farmacias quedan expuestas, no solo a que les roben, sino a que los agredan.
- Quien además de propietario, reúne la condición de químico farmacéutico (Q.F), sostiene que se trata de un tema ético, subrayando que: “La marihuana tiene efectos perjudiciales para la salud”. Y lo que los Q.F. dispensan “son medicamentos y otras cosas que hacen bien para la salud”. También agrega que, “esto no quiere decir que estén en contra de la regulación”, pero consideran que “si el gobierno quiere vender marihuana, lo haga dentro de sus centros de salud”.
- Otros sostienen que “manejar” a la gente que va a las farmacias a pedir psicofármacos ya genera problemas, y prevén que con la marihuana la situación puede ser aún peor. Señalan como el único camino posible el de exigir una receta médica. Y advierten que, en ese caso, es lógico que la actividad quede en manos de los farmacéuticos. Destacan que saben leer una receta y saben a quién darle un

¹⁰ <http://www.elpais.com.uy/informacion/farmacias-discrepan-venta-marihuana-locales.html> (farmacias dicen no a la marihuana). Fecha de captura: 28/1/2014

medicamento y a quién no. No obstante, advierten temor por la forma en que pueden reaccionar aquellos a los que no se les puede dar la droga.

- Colegas del Interior del país, de farmacias de Fray Bentos (Departamento de Río Negro), y del Departamento de Treinta y Tres, relevadas por el mismo medio periodístico, también advierten lo mismo. En algún caso, también se ha manifestado que no van a comercializarla, porque creen que "podría traer muchos problemas a la población".

d) Declaraciones de la Iglesia Católica

El obispo de Salto, Pablo Galimberti¹¹, en una columna publicada en el diario *Cambio* de esa ciudad, sostiene que lo que regula la ley de la marihuana, se trata de "un experimento" que se realiza "con personas". Expresa que: "La legalización de la marihuana instala el tema en un escenario con muchas preguntas y escasas certezas. Este resultado quizás sea consecuencia de que la ley salió solo con los votos del Frente Amplio, sin incorporar algunas objeciones provenientes de la oposición". Para Galimberti, "lo más preocupante" es que se incumple el mandato constitucional que tiene el Estado de preservar la salud de la población.

¹¹ En: <http://iglesiacatolica.org.uy/noticeu/mons-pablo-galimberti-analiza-marihuana-avance-o-retroceso/>. Fecha de captura: 28/02/2014

IV.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN URUGUAY

1. ¿PUEDE OBJETARSE UNA REGLAMENTACIÓN QUE OBLIGUE A VENDER MARIHUANA EN LAS FARMACIAS POR MOTIVOS DE CONCIENCIA?

a) *Objeción de conciencia. Concepto*

Señala Portela¹² que: “La objeción de conciencia es una especie de desobediencia al derecho. El objetor incumple el deber legal basándose sin embargo, en un puro motivo ético o religioso”, quedando excluida aquí toda motivación política.

Destaca que para Rawls, “(...) la objeción de conciencia supone no consentir un mandato legislativo más o menos directo o una orden administrativa”, pero que Raz da una definición más precisa, refiriéndose “a una violación del derecho en virtud de que al agente le esté moralmente prohibido obedecerlo, ya sea en razón de su carácter general o porque el universo normativo se extiende a ciertos casos que no debieran ser cubiertos por él”. Por ello, la objeción de conciencia es un acto privado para proteger al agente de interferencias por parte de la autoridad pública.

Por su parte, Martín Friedman y Gianni Gutiérrez, citando a Martínez-Torrón¹³, arguyen que la objeción de conciencia “consiste en el rechazo 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)” afirmando conjuntamente con Navarro Vals¹⁴, que abarcaría toda pretensión “motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas- de contenido primordialmente religioso o ideológico...”.

La objeción de conciencia consistiría entonces, en la negativa de la persona, por motivos de conciencia, a cumplir con una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, pudiendo provenir la obligación directamente de la ley, un contrato, un mandato judicial o una resolución administrativa.

¹² PORTELA, Jorge Guillermo, *La Justificación Innaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*. EDUCA. Buenos Aires. 2005. p.30.

¹³ Martín Fridman y Gianni Gutiérrez, en “*La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto)*”, en La tribuna del abogado N° 183. CAU, Junio/Julio 2013.

¹⁴ NAVARRO-VALS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, Juan, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, IUSTEL, Portal Derecho S.A., Madrid, 2012, p.37, citado por Martín Fridman y Gianni Gutiérrez en ob.cit.

De acuerdo a la encíclica *Veritatis Splendor*, de Juan Pablo II, "...la conciencia es para el catolicismo, una verdadera facultad moral del hombre y es, junto con el conocimiento y la libertad, la base y la fuente subjetiva del bien" refiriéndose al valor que tiene la conciencia para el hombre, y de qué modo ésta forma parte de la dignidad humana¹⁵.

El derecho a la objeción de conciencia proviene de la libertad de conciencia, "cuya fuente es la dignidad humana, y obra como mecanismo para hacer efectiva dicha libertad. Ya que de nada vale la libertad de conciencia si no se la puede hacer valer en el momento preciso en que la conciencia del sujeto de derecho es vulnerada"¹⁶.

Martínez Torrón¹⁷, destaca la existencia de dos formas en las cuales se aborda el tratamiento jurídico de las objeciones de conciencia: el legalismo y el equilibrio de intereses.

La perspectiva legalista toma como punto de partida un doble presupuesto: "el legislador siempre tiene razón", y "el núcleo del ordenamiento jurídico se reduce a la ley". Desde esta óptica, todo conflicto entre ley y conciencia debe resolverse en favor de la primera. De no hacerlo, correríamos el riesgo de caer en la inseguridad jurídica, quedando las normas generales a merced de la imprevisibilidad de cada conciencia individual. La libertad religiosa y de conciencia están destinadas a proteger contra las leyes que están dirigidas a coartar alguna religión o creencia en particular. No obstante, de tratarse de una ley 'neutral', el no acatamiento al cumplimiento de las obligaciones legales impuestas sólo puede ser permitido por la propia ley. Lo que indica que la objeción de conciencia "sólo sería legítimamente esgrimible a través de la *interpositio legislatoris*: cuando sea expresamente admitida por el legislador"¹⁸.

Por otra parte, el abordaje de la objeción de conciencia desde la perspectiva del "equilibrio de intereses", proviene de una concepción de un derecho jurisprudencial, como sucede en el derecho norteamericano. Busca la máxima protección posible para el ejercicio de la libertad de religión, de pensamiento y de conciencia. Por este motivo, la objeción de conciencia no consiste en una "excepción tolerada" a la ley, sino todo lo contrario, por ser la libertad de conciencia un mandato constitucional y por consiguiente una regla, no una excepción a la regla, apela a "*un reconocimiento fisiológico, no traumático de la objeción de conciencia*". La objeción, por esta razón, no es asumida con desconfianza, como una acción de escape con

¹⁵ PORTELA, Jorge Guillermo, *La Justificación Inusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*. pp. 31-32.

¹⁶ ASIAIN, Carmen. "Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario", en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Asiain-Comentarios-al-Proyecto-de-Ley-de-Reconocimiento-de-la-Libertad-de-Conciencia-e-Ideario3.pdf>, Fecha de captura: 25/1/2010.

¹⁷ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "Las objeciones de conciencia de los católicos", en: www.unav.es/icf/master/graduados/13.%20Mteztorroncatolicos.pdf

¹⁸ FRIEDMAN, MARTIN; GUTIERREZ, GIANNI, *La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto)*. En La tribuna del abogado N° 183. CAU, Junio/Julio 2013. p.15.

relación al orden jurídico, sino que es considerada dentro del marco de su conflicto con otros intereses jurídicos representados por la ley, como consecuencia de un comportamiento que “trata de ver afirmados grandes ideales en pequeñas situaciones”.

Como destaca Martínez Torrón y ya fuera mencionado también *ut supra*, en los casos de objeción de conciencia “lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, ya que el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento”.

b) Un derecho contemplado en instrumentos internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 contempla en forma amplia la tutela de la libertad de conciencia. El Art. 18 establece que: “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.”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, posee una regulación de parecido tenor. Establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y religión.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prescribe que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia. En el art. 12.1, reconoce “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. En el numeral 2º, establece que: “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”.

Destaca Carmen Asiain respecto a lo que prevén estos tratados que: “Queda consagrado otro de los estándares mínimos de respeto de la libertad ideológica y de creencias: la inmunidad de coacción de parte del Estado, de los poderes públicos y de terceros en materia de creencias; un límite al Estado y a terceros que les veda de interferir en el ámbito de la conciencia”¹⁹.

c) Un derecho reconocido en la Constitución

La protección de la libertad de conciencia se encuentra plasmada en varias de las disposiciones de la Constitución uruguaya.

¹⁹ ASIAIN, en “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

El artículo 7 dispone que: los “...*habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su ... libertad...*”. Libertad interpretada en sentido amplio, que sin incluye sin lugar a dudas, la libertad de pensamiento. En el artículo 29, se contempla este derecho también, cuando refiere a la “libertad de pensamiento”. Asimismo, se encuentra reconocido en los artículos 41 y 44, cuando aluden al perfeccionamiento físico y moral de los habitantes.

Cabe destacar, por su parte, que el artículo 54 que versa particularmente sobre las relaciones de trabajo, contiene una referencia expresa a la libertad de conciencia: “La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral”.

También, se encuentra contemplado en el artículo 72, que reconoce “los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana o que derivan de la forma republicana de gobierno”.

En definitiva, nos encontramos ante un derecho fundamental reconocido por la Constitución.

2. PROYECTO DE LEY: “DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE IDEARIO”

El Diputado Luis Alberto Lacalle Pou presentó, con fecha 14 de diciembre de 2010, el proyecto de ley: “Derecho a la Libertad de Conciencia y de Ideario”, a fin de reglamentar esta libertad fundamental, el que fue puesto a consideración de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes.

Se trata de una “reglamentación”, porque el derecho a la objeción de conciencia, como ya fue expuesto, es un derecho de rango constitucional. El proyecto fue redactado por académicos uruguayos del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa y del Instituto de Derecho Religioso del Estado, especialistas en libertad Religiosa y de Conciencia, profesores universitarios de “Derecho y Religión” y asignaturas afines²⁰.

Tanto el Partido Nacional, como el Partido Colorado, el Partido Independiente y algunos legisladores del Frente Amplio con el respaldo del ex Presidente Tabaré Vázquez, manifestaron su apoyo al proyecto. Este proyecto se aboca a reglamentar derechos y libertades constitucionales, que como vimos, también son reconocidos por Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscriptos por el Uruguay.

Como señala Lacalle Pou, en la exposición de motivos:

²⁰ ASIAIN, en “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

El fundamento para el amparo de las libertades de conciencia y de ideario, aun frente a la existencia de una obligación de fuente normativa se encuentra en que el ordenamiento jurídico también reconoce, respeta, protege y brinda amparo al goce y efectivo ejercicio de las libertades ideológicas, de conciencia y de religión, que obran como límite a la acción estatal. (...) Así lo ha entendido también la Ley argentina No 25.673 de 2003 de “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”, de contenido similar a la uruguaya Ley de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, No 18.426, que prevé en su artículo 10 que “Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6o, inciso b), de la presente ley” (artículo referido a la prescripción y suministro de los métodos y elementos anticonceptivos, a las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, entre otros)²¹.

Destaca que este proyecto también reconoce las libertades de asociación y reunión, abarcando el ejercicio de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, en forma colectiva y pública. Menciona que (...) recientemente el Parlamento Europeo por Resolución 1763, de 7 de octubre de 2010, reconoció la objeción de conciencia no sólo de parte de las personas -profesionales de la salud, personal sanitario y directivo en general- sino también de parte de las personas jurídicas -establecimientos asistenciales, hospitales, instituciones sanitarias, cuyo ideario se oponga a determinadas prácticas.

Como expresa Carmen Asiain²², “La práctica de las libertades del espíritu –de pensamiento, de conciencia y de religión- se ejerce las más de las veces en forma asociada. La dimensión colectiva es inherente a las libertades del espíritu”.

Lo previsto en este proyecto de ley, como señalan sus redactores, no constituye un permiso para desobedecer la ley, sino que lo que busca es contemplar y amparar las posibles situaciones de conflicto entre una ley determinada, de carácter general y la conciencia de la persona, a través de la fijación de pautas para la admisibilidad de la objeción de conciencia en distintos ámbitos: laboral, sanitario, educativo, cívico, administrativo.

Señala Carmen Asiain²³ que “así como el legislador ha reglamentado los institutos de habeas corpus, y luego el de habeas data, para proteger los datos personales por ser de titularidad de la persona, también se impone la reglamentación del “habeas conscientiam” de que todo ser humano es titular, mediante el mecanismo idóneo para su amparo: la “objeción de conciencia”.

²¹ LACALLE POU, Luis, “Derecho a la Libertad de Conciencia y de Ideario, Exposición de motivos”, en: <http://www.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartidos.asp?url=/repartidos/camara/d2010120467-00.htm>. Fecha de captura: 2/2/2014

²² ASIAIN, en “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

²³ ASIAIN, en “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

La Corte Europea de Derechos Humanos, ha indicado que las libertades de pensamiento, de conciencia y religión constituyen una de las bases fundamentales de una sociedad democrática, de la dimensión religiosa y de creencias, pero a su vez “es también un valor precioso” para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. Destaca que de ello depende el pluralismo, tan esencial a una sociedad democrática.

Como fuera señalado, al comienzo de este apartado, es dable destacar que el ejercicio de este derecho, por su carácter constitucional, no requiere la existencia de una ley para ser eficaz. No obstante, se considera positiva su regulación para que su aplicación sea la “más garantista y eficaz de la libertad de conciencia. Máxime si se tiene en cuenta que en países en los que el derecho solo está fijado en la Constitución siempre muestran problemas a la hora de su aplicación plena”²⁴.

Un ejemplo concreto, es lo que sucede con la regulación de la objeción de conciencia establecida en la ley uruguaya de “Interrupción Voluntaria del Embarazo”²⁵, que garantiza el ejercicio de la objeción y evita que el sujeto tenga que ejercer su derecho y esperar a obtener un fallo jurisprudencial que lo reconozca.

Esta ley uruguaya, valida el no cumplimiento de lo exigido por la misma, si ese apartamiento se sustenta en la existencia de un conflicto entre esa ley y la conciencia. De forma que el mencionado incumplimiento de la obligación de fuente legal por parte del objeto, resulta legítimo en virtud de la tutela que esa misma fuente le otorga a la conciencia.

V.

CONCLUSIONES

Como puede apreciarse a partir de lo expuesto en el Capítulo II, tanto la totalidad de los Químicos Farmacéuticos como varios Propietarios de Farmacias del Uruguay, rechazan la venta de marihuana en las farmacias. Si bien, los primeros, argumentan que la “marihuana para uso recreativo” no constituye un medicamento y por tanto, no serían responsables por su expendio en las farmacias, la propia ley N° 19.172, que regula la “Marihuana y sus derivados”, se remite a la ley que regula las farmacias, N° 15.703, en lo que respecta al otorgamiento de “licencias de expendio de cannabis psicoactivo”²⁶.

²⁴ FRIEDMAN, GUTIÉRREZ, *La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto)*, p.15.

²⁵ Véase: Ley N° 18.987, “Interrupción voluntaria del embarazo” en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=Fecha de captura: 3/2/2014>

²⁶ Asimismo, el decreto 120/014 reglamentario de la ley, en su artículo 36, establece que, las farmacias que vendan cannabis de efecto psicoactivo deberán “dar cumplimiento a la normativa aplicable en materia de medicamentos

A su vez, es dable destacar, que la mencionada ley N° 15.703, establece en su artículo N° 17, que: “Los establecimientos farmacéuticos previstos en la presente ley²⁷, sólo podrán funcionar bajo la responsabilidad de la Dirección Técnica correspondiente, la que será ejercida por químico farmacéutico...”. Si bien, el artículo siguiente establece que: “La responsabilidad de la dispensación de los productos comprendidos en la presente ley²⁸, corresponde directamente a la Dirección Técnica, sin perjuicio de las acciones que por repetición correspondan contra los productores, fabricantes o importadores de tales productos o artículos; el artículo 19, dispone que: “La Dirección Técnica es también responsable del cumplimiento de las normas reglamentarias dictadas por el Ministerio de Salud Pública en función de las disposiciones contenidas en la presente ley. La gestión comercial de los establecimientos que tienen tal naturaleza es de exclusiva responsabilidad del propietario. No obstante, respecto de la autoridad sanitaria, queda establecida la solidaridad activa y pasiva del propietario y Dirección Técnica”.

Como puede observarse, de acuerdo a lo que señala la normativa vigente, los químicos farmacéuticos, no estarían totalmente eximidos de responsabilidad, sobre todo, porque ni la nueva ley ni su decreto reglamentario excluyen expresamente la responsabilidad de los mismos respecto al expendio de marihuana en las farmacias.

Definir la marihuana como medicamento con venta bajo receta en las farmacias, como aspiraban en principio los químicos farmacéuticos, no fue posible, ya que la nueva ley N° 19.172 (Marihuana y sus derivados), ya hizo esa distinción, indicando que ambas se expendirán en las farmacias.

Considerando lo que se ha venido planteado a lo largo de este trabajo, la oposición del instituto de la objeción de conciencia, tanto por parte de los químicos farmacéuticos como de los propietarios de las farmacias —si así fuere necesario llegado el caso— que así lo justifiquen, es perfectamente admisible en el sistema jurídico uruguayo, independientemente de que se apruebe el “Proyecto de ley sobre Objeción de Conciencia” a estudio en el parlamento.

Como señala Carmen Asiain²⁹:

controlados establecida en el Decreto Ley No. 14.294 de 31 de octubre de 1974, Decreto No. 454/976 de 20 de julio de 1976 y demás normas concordantes”.

²⁷ Son las Farmacias Comunitarias (art.6°), Farmacia Hospitalaria (art. 7°) , Farmacia Rural(art.8°), Farmacia Homeopática (art.9°), Droguería o Distribuidor Farmacéutico (art. 10°), Herboristería(art. 12°).

²⁸ La ley 15.703, que regula “la distribución, comercialización y dispensación de los medicamentos, cosméticos y dispositivos terapéuticos de uso humano y deroga la ley 14.746”, menciona en su artículo 1ro. que esos productos son: “medicamentos, cosméticos y dispositivos terapéuticos”

²⁹ ASIAIN, en “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

El ejercicio de la objeción de conciencia en diversas áreas ha sido garantizado como derecho en Uruguay por la jurisprudencia desde hace ya más de 25 años. Y ello por cuanto la falta de una ley que reconozca la objeción de conciencia no supone la inexistencia del derecho, ya que el mismo constituye un derecho fundamental del Estado Uruguayo reconocido por la Constitución.

Esto significa que aún a falta de una reglamentación expresa dicho derecho puede ejercerse válidamente. Como destaca la precitada autora: “al ser la Constitución una norma directamente aplicable, su protección bien puede llevarse a cabo en sede judicial aunque no se haya producido, para un tipo concreto de objeción, la *interpositio legislatoris*”.

En este caso, el conflicto que nace entre la conciencia (ética y principios de los Farmacéuticos) y la ley (que obligaría a vender droga en un lugar inapropiado para la consecución de esos principios) no pone de manifiesto la existencia de un conflicto entre dos órdenes normativos diferentes: el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por otro-. En realidad, el conflicto se plantea dentro del mismo orden jurídico -entre la norma jurídica que tutela el derecho a proceder de acuerdo al dictado de la conciencia individual o colectiva, y la norma jurídica que impone una conducta determinada (la venta obligatoria de la droga en farmacias, etc.)-. Conflicto que se da entre dos normas de rango diferente, una constitucional, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia a través de la libertad de conciencia y otra, de rango legal. Pudiendo ser esta última no solo “dudosa” para el objeto, sino eventualmente “inválida” por razones constitucionales, en el sentido que le atribuye Dworkin³⁰, si consideramos que el Estado, en este caso en particular, podría estar vulnerando también, la obligación constitucional de velar por la salud de la población.

Finalmente, este conflicto debe resolverse, coincidiendo con Carmen Asiain, “haciendo primar la conciencia, por reconocimiento del Derecho y del Estado a la primacía del hombre”³¹.

Sostiene Kant que, “... la moralidad es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque solo a través suyo es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines”³².

La persona humana, debido a su dignidad, debe ser considerada como un fin en sí mismo y no como un medio para lograr fines de otros sujetos de derecho. Motivo por el cual, cabe recordar las declaraciones del Obispo Galimberti vertidas en el capítulo III de este

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Ariel, Madrid, 2010, p. 307.

³¹ ASIAIN, “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”.

³² KANT, Immanuel, *Kant II, Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, traducida al castellano por Roberto Rodríguez Aramayo, Gredos, 2010, p. 80 (Ak.iv,435) (la referencia entre paréntesis corresponde a la numeración de la obra en alemán).

trabajo, cuando le advierte a las autoridades estatales, que con los seres humanos no se puede realizar experimentos.

Es por este motivo que, cuando el instituto de la objeción de conciencia está bien fundamentado, el aparente incumplimiento de la ley, resulta una conducta jurídicamente adecuada a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto. “Reconocida la libertad de conciencia, su amparo se hace efectivo mediante el instituto de la objeción de conciencia, porque el Derecho así lo ha ideado, en reconocimiento de la dignidad humana inherente a toda persona, fin del Derecho”³³.

Señala Habermas³⁴, que “la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático...”, subraya que únicamente el vínculo interno entre la dignidad humana y los derechos humanos “puede dar lugar a la fusión explosiva de contenidos morales con el derecho coercitivo; en otras palabras, en el derecho como el medio por el cual debe realizarse la construcción de órdenes políticos justos”.

³³ KANT, *Kant II, Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, p.80.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, Diánoia, Vol. LV, N° 64, 2010, pp. 10-22.

BIBLIOGRAFÍA

- ASIAIN, Carmen. “Comentarios al Proyecto de Ley de Reconocimiento de la Libertad de Conciencia e Ideario”, en:
<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2013/02/Asiain-Comentarios-al-Proyecto-de-Ley-de-Reconocimiento-de-la-Libertad-de-Conciencia-e-Ideario3.pdf>,
Fecha de captura: 25/1/2010
- DELPIAZZO, Carlos. *Dignidad humana y derecho*. Montevideo. Universidad de Montevideo, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2010.
- FRIEDMAN, Martín-GUTIÉRREZ, Gianni, “La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto)”, *La tribuna del abogado*. N° 183. CAU
- GROS ESPIELL, Héctor. “La dignidad humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época. Vol. 4, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Diánoia*, Vol. LV, N° 64, 2010, pp. 10-22.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Gredos, 2010.
- LACALLE POU, Luis, “Derecho a la Libertad de Conciencia y de Ideario, Exposición de motivos”, en :
<http://www.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120418-0210-1007.htm&TIPO=CON> Fecha de captura: 25/1/2014
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Las objeciones de conciencia de los católicos”, en:
www.unav.es/icf/master/gruados/13.%20Mteztorroncatolicos.pdf. Fecha de captura: 25/1/2014
- NAVARRO FLORIA. Juan, G. “Objeción de conciencia a la práctica del aborto en la República Argentina”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 23, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “*El desbordamiento de las fuentes del derecho*”, Madrid, La Ley, 2011.
- PORTELA, Jorge Guillermo, *La Justificación Iusnaturalista de la Desobediencia Civil y de la Objeción de Conciencia*, EDUCA, Buenos Aires, 2005.
- PREZA, Dardo, *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo, Tomo II*, Montevideo, Ingranusi Ltda., 2000.

SANTAGATI, Claudio Jesús, *“Manual de Derechos Humanos”*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2012.

SEN, Amartya, *“La idea de la justicia”*, Madrid, Taurus, 2010.

VIGO, Rodolfo L., *“Los principios jurídicos”*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

INFORMACIÓN ON LINE

“*Senado aprobó ley sobre marihuana*”, en: http://www.montevideo.com.uy/notnoticias_221039_1.html. Fecha de captura: 25/1/2014.

“*Aprobada la ley de la Marihuana*”, en: <http://www.elobservador.com.uy/noticia/267056/aprobada-la-ley-de-la-marihuana/>. Fecha de captura: 25/1/2014

“*Uruguay legalizó la producción de marihuana*”, en: <http://www.elpais.com.uy/informacion/marihuana-ley-senado-uruguay-parlamento.html>
Fecha de captura: 25/1/2014

Código Penal. Ley 9.155, en: <http://ebookbrowse.net/ley-9155-codigo-penal-pdf-d133024425>. Fecha de Captura: 25/1/2014

“*Adicciones, Consecuencias e Impacto en la Sociedad Uruguaya, Recomendaciones-Informe* en: <http://www0.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartido?s.Url=/repartidos/camara/d2011100203-01.htm>. Fecha de captura: 25/1/2014

Decreto- Ley N ° 14.294. “*Estupefacientes*”, <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=14294&Anchor=> Fecha de captura: 25/1/2014

“*Químicos prometen renunciar si se autoriza venta de marihuana en las farmacias*”, en: <http://eldiario.com.uy/2013/11/15/quimicos-prometen-renunciar-si-se-autoriza-venta-de-marihuana-en-las-farmacias/>. Fecha de captura: 25/01/2014

“*Uruguay: Se legalizó la venta de marihuana en farmacias*”, COFA, Confederación Farmacéutica Argentina, en : <http://www.cofa.org.ar/?p=5213>. Fecha de captura: 25/01/2014

“*Federación Farmacéutica cuestiona la venta de marihuana en farmacias y respalda la posición de químicos uruguayos*” en: http://www.unoticias.com.uy/articulos/articulos_masinfo.php?id=61012. Fecha de captura: 25/01/2014

“*Farmacias contra MSP: la marihuana "no es un producto de salud"*”, en: <http://www.elpais.com.uy/informacion/farmacias-marihuana-no-producto-salud.html>. Fecha de captura: 25/01/2014

“*El Ministerio de Salud uruguayo advirtió que las farmacias no podrán negarse a vender marihuana porque tienen “obligaciones sanitarias”*”, en: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias>

- cuenca/134158-las-farmacias-no-podra-n-negarse-a-vender-cannabis-en-uruguay/. Fecha de captura: 25/01/2014.
- “MSP advierte que las farmacias no podrán negarse a vender cannabis”, <http://www.elpais.com.uy/informacion/msp-advierde-farmacias-venta-marihuana.html>. Fecha de captura: 28/1/2014.
- “Entrevista de Emiliano Cotelo a Virginia Olmos, presidenta de la Asociación de Química y Farmacia del Uruguay”, en: <http://www.espectador.com/sociedad/280749/quimicos-farmacuticos-creen-que-la-marihuana-no-debe-estar-dentro-de-una-farmacia-porque-no-es-un-producto-de-salud>. Fecha de captura: 28/1/2014.
- <http://www.informarte.com.uy/Farmacias-quieren-vender-marihuana/nw/3774/1> Fecha de captura: 28/1/2014.
- <http://www.espectador.com/sociedad/264035/las-farmacias-se-ofrecen-para-vender-marihuana>, Fecha de captura: 28/1/2014.
- <http://www.causabierta.com.uy/farmacias-de-uruguay-divididas-por-la-venta-de-marihuana/>. Fecha de captura: 28/1/2014
- “Farmacias dicen no a la marihuana”. <http://www.elpais.com.uy/informacion/farmacias-discrepan-venta-marihuana-locales.html> . Fecha de captura: 28/1/2014.
- <http://iglesiaticatolica.org.uy/noticeu/mons-pablo-galimberti-analiza-marihuana-avance-o-retroceso/>. Fecha de captura: 28/02/2014.
- “Mujica pidió que tema marihuana no de politice”: <http://www.espectador.com/politica/280321/mujica-pidi-que-tema-marihuana-no-se-politice>. Fecha de captura: 30/1/2014.
- “Briozzo dijo que ley combate mercado ilegal de marihuana con regulación y control”, <http://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/briozzo-marihuana-regulacion-mercado-control-narcotrafico-desestimula>. Fecha de Captura: 30/1/2014.
- “Marihuana: objeción de conciencia”, <http://www.elpais.com.uy/informacion/marihuana-objecion-conciencia-farmacias.html>, Fecha de Captura: 30/01/2014
- Ley N° 18.987, “Interrupción voluntaria del embarazo” en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18987&Anchor=>. Fecha de captura: 3/2/2014.

El nuevo sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

*María del Ángel Iglesias Vázquez**

Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN: El presente trabajo aborda el nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en España, tras la entrada en vigor en 2015 del Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que viene a derogar un sistema anticuado superado en la práctica, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El nuevo sistema que se estudia a lo largo de estas líneas, se aleja de las complejidades del sistema de 1881, adecuándose también a la realidad existente, la necesidad de que ante la extraordinaria movilidad de personas físicas y jurídicas, el reconocimiento de decisiones extranjeras, se simplifique. Ello, ya ha ocurrido en el seno de la Unión Europea, donde desde la entrada en vigor de reglamento, ya puede hablarse de una quinta libertad: la libre circulación de resoluciones judiciales.

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Contacto: ma.iglesias@unir.net

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado. Reconocimiento de decisiones. Ejecución de decisiones. Ley de cooperación jurídica internacional. España.

ABSTRACT: This paper addresses the new system of recognition and enforcement of foreign judgments in Spain, after the entry into force of the Regulation 1215/2012 in 2015 and the Law on International Legal Cooperation that finally repeals an antiquated system that was already exceeded by the jurisprudence of the Supreme Court. The new system, studied along these lines, is far away from the complexities of the system of 1881, adapted to the existing reality -the need of a simplified system for the recognition of foreign judgments done the current mobility of natural and legal persons. This has already occurred within the European Union, where since the entry into force of the 1215 regulation we can talk about the existence of the fifth freedom, the free movement of judgments.

KEYWORDS: Private International Law. Recognition of judgements. Enforcements of judgements. Law on International Legal Cooperation. Spain.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El sistema comunitario. 1. El Reglamento 1215/2012: nociones previas. 2. Ámbito de aplicación del reglamento. 3. Presupuestos para beneficiarse del sistema. 4. Procedimiento. 5 Causas de denegación. **III.** El sistema interno. 1. Introducción. 2. Normas comunes. 3. El reconocimiento. 4. La ejecución. 5. El procedimiento. **IV** Apunte final.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor del reglamento de la Unión Europea nº 1215/2012¹, de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial² (en adelante LOPJ), de la entrada en vigor de la ley de Jurisdicción Voluntaria³(en adelante LJV) y finalmente, de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional⁴(en adelante LCJI), el derecho internacional privado español, ha sido objeto de una sustancial transformación que facilita la acomodación a la realidad existente, no sólo por la debida asunción del acervo de la Unión Europea sino por la necesaria modificación de textos que ponen fin a un sistema decimonónico superado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo..

La pertenencia de España a la Unión Europea (en adelante UE), supone la entrada en nuestro ordenamiento de toda la normativa producida en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia de derecho privado, cada vez más extensa y en la que estamos atendiendo a una importante uniformización y armonización de los sistemas jurídicos de los veintiocho estados miembros, manifestada con toda intensidad en el derecho internacional privado. Hoy día, los tres sectores de esta rama del derecho –competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones- son objeto de importante normativa común.

¹ Disponible en <http://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>. Última visita, 12 de septiembre de 2015.

² Ley Orgánica 1/1985 de 1 de julio. BOE de 2 de julio de 1985. Sus últimas modificaciones entran en vigor el 1 y el 28 de octubre de 2015. Texto disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/r41-lo6-1985.11t1.html#a22. Última visita, 12 de septiembre de 2015.

³ Ley 15/2015 de 2 de julio. BOE, de 3 de julio de 2015. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391, Última visita, 12 de septiembre de 2015.

⁴ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE de 31 de julio de 2015. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8564. Última visita, 12 de septiembre de 2015.

Así, a lo largo de estas líneas pretendemos reflejar el nuevo sistema que tras la *revolución normativa* producida en este año de 2015 se aplica en España; en particular, en el sector de la validez extraterritorial de decisiones, dada la importancia de la misma en un momento en que la movilidad de personas en especial, provoca que sea muy frecuente la necesidad de acudir a instancias judiciales o extrajudiciales a fin de que sean reconocidas las decisiones adoptadas en otros estados, esto es, extranjeras.

Siguiendo los diferentes modos de producción normativa, se expondrá en primer lugar el sistema comunitario que se aplica entre órganos judiciales o extrajudiciales del territorio de la Unión, con independencia de la nacionalidad de las partes, para estudiar a continuación el sistema a aplicar cuando la normativa UE no lo fuere, lo que se produce en las relaciones entre órganos españoles y de terceros estados no pertenecientes a aquélla. Es en este ámbito, donde se ha producido la más importante modificación de nuestro sistema que cambia sustancialmente a partir de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, en vigor el 20 de agosto de 2015, y que realmente viene a constituir la justificación principal de este trabajo. Se hará debidamente alusión, como no podía ser de otro modo, a la posible existencia de convenios o acuerdos internacionales que por su rango desplazan la aplicación tanto de la normativa comunitaria como de la interna.

Se realizará finalmente una breve reflexión sobre el sistema a modo de apunte personal.

II.

EL SISTEMA COMUNITARIO

1. EL REGLAMENTO 1215/2012: NOCIONES PREVIAS

El Reglamento 1215/2012⁵ se erige hoy en la piedra angular en la que se basa el sistema de cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea, en la norma más relevante del derecho internacional privado comunitario, no sólo porque se trata de un reglamento que atiende a dos de las tres ramas de esta materia —competencia judicial y eficacia extraterritorial de decisiones— sino porque su ámbito de aplicación material es sin duda mucho más amplio que el resto de reglamentos⁶.

⁵ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:es:PDF>. Última visita, 19 septiembre de 2015.

⁶ Existen otros reglamentos que regulan igualmente los dos sectores pero en materias determinadas, así y sin ánimo exhaustivo, el 4/2009 sobre alimentos, 2201/2003 sobre materia matrimonial y relaciones parentales o el 650/2012 sobre sucesiones.

Los estados miembros de la Unión Europea ya habían sido conscientes de la necesidad de arbitrar un sistema que facilitara el reconocimiento y ejecución de las decisiones pronunciadas por alguno de sus órganos jurisdiccionales, de tal manera que en el año 1968 los entonces miembros de las Comunidades Europeas, Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, ya suscribieron un acuerdo, el Convenio de Bruselas, para regular la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones. Tal Convenio habría de reconvertirse en un acto jurídico vinculante, el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷, cuando con el Tratado de Ámsterdam, se comunitariza la cooperación judicial en materia civil. Con la modificación operada en 2012, es el Reglamento 1215 el que pasa a regular ambos sectores del derecho internacional privado, respecto de la materia civil y mercantil.

Así pues, el Reglamento 1215 tiene su origen remoto en el Convenio de Bruselas y el origen próximo en el reglamento 44. Este reglamento estuvo en vigor desde el uno de marzo de 2002 hasta el 10 de enero de 2015, fecha en que el nuevo reglamento entra en su totalidad en vigor.

Si con el objetivo de alcanzar la libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea el reglamento 44/2001 ya había instaurado un sistema en el que el reconocimiento de resoluciones judiciales entre los diferentes órganos jurisdiccionales de la Unión, se venía a producir de una forma automática y la ejecución de aquéllas, si bien de forma muy sencilla, de forma casi automática, el reglamento viene a suponer un importante avance en cuanto al establecimiento de la llamada *quinta libertad comunitaria*, ya que ahora, tras el cumplimiento de meros requisitos formales, tanto el reconocimiento como a ejecución se producen de forma automática.

El considerando 26 del reglamento 1215/2012 ilustra esta libertad de circulación de resoluciones en el territorio de la Unión Europea de la forma siguiente:

La confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno. Además, la voluntad de reducir la duración y los costes de los litigios transfronterizos justifica la supresión de la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el Estado miembro requerido. Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional

⁷ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l33054>. Última visita 11 septiembre de 2015.

de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido.

Como características generales, señalemos que el reglamento 1215/2012, es doble: al modo del reglamento 44 y del Convenio de Bruselas de 1968 establece como objetivos: primero, el de determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros vinculados por el reglamento y segundo, el de facilitar un reconocimiento y una ejecución rápidos de las resoluciones judiciales, escrituras públicas y transacciones.

Es importante señalar que la interpretación del reglamento está encomendada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, teniendo validez, y en consecuencia siendo de aplicación, las resoluciones recaídas o pronunciadas sobre el Convenio de Bruselas de 1968 o sobre el Reglamento 44. Así, el Considerando 34 del reglamento literalmente dice que:

Procede garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento (CE) n 44/2001 y el presente Reglamento; a tal efecto, es oportuno establecer disposiciones transitorias. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968 y de los Reglamentos que lo sustituyen por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (...).

En definitiva, la jurisprudencia vertida por el Tribunal interpretando tanto el Convenio de Bruselas o el Reglamento 44 deviene aplicable a la del presente reglamento 1215.

Una de las novedades del reglamento es la de la inserción en el artículo 2 de determinadas definiciones. A efectos del estudio del sistema de reconocimiento y ejecución de las resoluciones en el ámbito de la Unión Europea se deberá tener en cuenta el concepto de los términos que ahora se mencionan y que se irán reproduciendo a lo largo de este trabajo y en la medida que interesen los mismos.

1. De 'resolución': "cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquide las costas del proceso". Cfr. art. 2 a)
2. De 'transacción judicial': «pacto aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el curso del procedimiento». Cfr. art. 2 b)
3. De 'documentos público': «un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad:

- i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin». Cfr. art. 2 c)
4. De 'Estado miembro de origen': «el Estado miembro en que se haya dictado la resolución, se haya aprobado o concluido la transacción judicial, o se haya formalizado o registrado el documento público como tal, según el caso». Cfr. art 2 d)
5. De 'Estado miembro requerido': «el Estado miembro en el que se invoque el reconocimiento de la resolución o se inste la ejecución de la resolución, la transacción judicial o el documento público»; Cfr. art. 2 e)
6. De 'órgano jurisdiccional de origen': «el órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución cuyo reconocimiento se invoque o cuya ejecución se inste» Cfr. art. 2 f)

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO

a) Espacial: como consecuencia de la cláusula de *opting out* danesa, Dinamarca es el único estado de la Unión que no participa en el mismo, por lo que le seguirá siendo aplicable el reglamento 44 en las condiciones señalada en los considerandos 8 y 41 del reglamento 1215. Se aplica en todos los restantes Estados miembros de la Unión Europea. En relación al Reino Unido, el Reglamento no se aplica en los territorios y países de Ultramar que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. No se aplica a las Islas del Canal o islas anglonormandas y la Isla de Man. Pero sí se aplica en ciertos territorios europeos cuyas relaciones exteriores asume el Reino Unido, como por ejemplo, Gibraltar (Acuerdo entre España y Reino Unido de fecha 19 octubre 2000 en BOE núm.58 de 8 marzo 2001).

b) Personal: Respecto al ámbito de aplicación personal, así como en el ámbito de la competencia judicial el reglamento se aplica con independencia de la nacionalidad (comunitaria o no) de las personas (el criterio tomado para la aplicación, excepción hecha de las competencias exclusivas y de la sumisión, es el del domicilio del demandado en el territorio «Bruselas»), para reconocer o ejecutar una resolución judicial mediante los mecanismos previstos en el reglamento, aquélla ha debido ser dictada por un órgano de un Estado parte de la Unión Europea.

Por consiguiente, las procedentes de Estados no comunitarios se regirán por las normas de producción interna (en defecto de Tratado internacional aplicable): en nuestro caso por el procedimiento previsto en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional de 2015.

c) **Material:** El artículo 1 del reglamento 1215/2012 contiene las materias a las que el reglamento se aplica. Así, a la materia civil y mercantil, con excepción de la fiscal, aduanera, administrativa y a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Aunque bajo el ordenamiento español parezca claro que estas materias son de derecho público, hay que tener en cuenta que esto no ocurre en todos los ordenamientos europeos, por lo que las Instituciones consideraron conveniente la mención a estas materias.

Tampoco se aplica a las cuestiones relacionadas con el estado y capacidad de las personas, regímenes matrimoniales o que regulan situaciones con efecto comparable según la ley aplicable, a los testamentos y sucesiones incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte⁸, quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos (objeto de regulación específica en el Reglamento 1346/2000).

Por lo que se refiere al Derecho del Trabajo, se excluye la materia relacionada con la Seguridad Social, pero los contratos internacionales de trabajo sí son objeto de regulación por parte del Reglamento. Otras materias excluidas con las del arbitraje y las de las obligaciones de alimentos derivadas de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad⁹.

d) Por lo que se refiere al ámbito de aplicación temporal, entró totalmente en vigor, el 10 de enero de 2015, pero se aplica a las resoluciones judiciales que hayan nacido con posterioridad a esta fecha, aplicándose a las anteriores, el reglamento 44.

3. PRESUPUESTOS PARA BENEFICIARSE DEL SISTEMA

El Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, regula en el capítulo III la cuestión del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, en los artículos 36 a 57.

Para poder beneficiarse del sistema previsto en el reglamento 1215, se requiere la concurrencia previa de tres requisitos previos: tratarse de una resolución (entendida en los términos del artículo 2), que cubra las materias de carácter privado a las que el artículo 1 del reglamento se refiere y que haya sido dictada por un órgano parte de la estructura judicial de un Estado miembro de la Unión Europea, parte en reglamento.

⁸ Las sucesiones son materia objeto de regulación por parte del Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. La entrada en vigor en su totalidad de este reglamento es la de agosto de 2015.

⁹ Para esta materia hay que tener en cuenta las disposiciones del Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

a) La noción de resolución conceptuada en el artículo 2 del reglamento constituye concepto propio del mismo, autónomo según ya declaró el TJCE [sentencia de 2 de junio 1994, Solo *Kleinmotoren / Boch* (C-414/92, Rec.p.I-2237) y sentencia de 14 de octubre de 2004, *MærskOlie& Gas* (C-39/02)].

Engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución».

Incluye por lo tanto aquellas resoluciones que ponen fin al proceso y las que no le ponen fin (definitivas o provisionales, firmes y no firmes), sino que son de mera instrucción o tramitación.

b) Debe recaer sobre alguna de las materias del artículo 1.

c) Debe proceder de un Estado parte en el reglamento 1215/2012. No se benefician del sistema las decisiones extranjeras al «territorio Bruselas», las que proceden de órganos supranacionales (ya tratado anteriormente), y los laudos arbitrales.

d) No debe concurrir ninguna de las causas de denegación previstas en el artículo 45

4. PROCEDIMIENTO

a) En cuanto al reconocimiento

A tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 36 del reglamento: «cualquier resolución debe ser reconocida en otro Estado miembro sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno».

El reconocimiento se produce pues, de forma automática, cumpliéndose los requisitos apuntados, de ahí que se hable de un mero control formal. Pero el reglamento ofrece la posibilidad de abrir un procedimiento —en caso de que el interesado quiera— de conformidad con el procedimiento descrito luego, a fin de que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen el artículo 45. Igualmente, observa la posibilidad de oposición al reconocimiento y/o ejecución aunqu basándose únicamente en la concurrencia de tales causas de denegación.

Estas opciones se arbitran mediante procedimientos de reconocimiento por homologación; se abre un proceso cuyo *petitum* es que se reconozca en el Estado requerido la resolución a fin de hacerla valer (por ejemplo, frente a terceros). Su eficacia es *erga omnes*.

También cabe instar un reconocimiento de modo incidental y al que se refiere el apartado 3 del mencionado precepto 36: «si el reconocimiento se invocare como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para entender del mismo». En este caso, el procedimiento se denomina incidental, pues es en el curso de un procedimiento donde se aporta al mismo (por ejemplo, como excepción de cosa juzgada) la resolución ya dictada. El juez valora si reúne los requisitos y en caso positivo queda reconocida. El inconveniente es que no tendrá eficacia *erga omnes*, sino limitada.

En el caso de por el interesado se quiera invocar la resolución dictada en otro estado miembro (*Vid.* artículo 37), deberá presentar la solicitud ante los órganos jurisdiccionales que cada Estado ha comunicado a la Comisión y que en el caso de España son los Juzgados de Primera Instancia. Ello junto con los siguientes documentos:

1. Copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica.
2. Certificado expedido conforme a lo dispuesto en el artículo 53. Respecto a este certificado, la autoridad ante la que se invoca puede solicitar que se presente una traducción o una transcripción del contenido del certificado o bien una traducción de la resolución.

Este procedimiento puede ser suspendido en caso de que la resolución a reconocer sea objeto de impugnación o recurso en el estado de origen. El esquema sería el siguiente:

1. Escrito ante los Juzgados de Primera Instancia (solicitud de reconocimiento o de no reconocimiento)
2. Demanda, adjuntando copia de la resolución y certificado del artículo 53
3. Valoración por parte del juez de: concurrencia de presupuestos y requisitos y de la no concurrencia de causas de denegación
4. Resolución judicial: Auto
5. Recurso, en su caso, ante la Audiencia Provincial
6. Recurso en su caso, ante el Tribunal Supremo

b) En cuanto a la ejecución

He aquí la gran novedad y aportación del este reglamento. A partir del reglamento 1215/2012, la declaración de ejecutividad se produce de una forma automática, sin que sea

necesario recurrir a un procedimiento especial. De esta manera, serán ejecutables en España las resoluciones que tengan este carácter y provengan de alguno de los órganos jurisdiccionales de la UE.

El procedimiento de ejecución, posterior, de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se rige por el Derecho del Estado miembro requerido si bien los motivos de denegación o de suspensión de la ejecución con arreglo a tal derecho no podrán resultar incompatibles con las causas previstas en el artículo 45.

El artículo 42 del reglamento establece que

(...) a efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro, el solicitante facilitará a las autoridades de ejecución competentes:

a) una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, y

b) el certificado expedido conforme al artículo 53, que acredite que la resolución tiene fuerza ejecutiva y que contenga un extracto de la resolución, así como, en su caso, información pertinente sobre las costas impuestas en el procedimiento y el cálculo de los intereses.

Al solicitante no se le exigirá que tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido, ni que tenga un representante autorizado en el Estado miembro requerido, a menos que dicho representante sea obligatorio con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes.

En caso de que la resolución a ejecutar ordenase medida provisional o cautelar, se deben presentar los siguientes documentos: una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, el certificado expedido conforme al artículo 53, con una descripción de la medida y que acredite que: i) el órgano jurisdiccional es competente en cuanto al fondo del asunto, y que ii) la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. En caso de que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución.

Además es conveniente facilitar una traducción o transcripción del contenido del certificado mencionado, ya que por la autoridad se puede exigir, en caso de haber lugar a la ejecución. Parece conveniente asimismo prever la traducción de la resolución ya que no solo se le puede ser exigida por la autoridad sino por la persona contra la cual se dirija la ejecución y a efectos de impugnarla.

Una vez presentada la solicitud con los documentos señalados, la autoridad comunicará el certificado expedido conforme al artículo 53 acompañado de la resolución si es que esta no se le ha notificado aún, a la persona contra la cual la ejecución se inste (*Vid.* artículo 43) y antes de la primera medida de ejecución.

Esquema de la solicitud de denegación de ejecución:

1. Se presentará a tenor del artículo 47 ante los Juzgados de Primera Instancia.
2. Se rige al igual que el anterior por la regla *lex fori regit processum* y su esquema respecto del procedimiento a seguir es el mismo que en el caso de petición de reconocimiento o de no reconocimiento.
3. Las causas de denegación serán únicamente las previstas en el artículo 45 y dictándose sin demora por el juez la oportuna resolución, esta podrá ser recurrida por cualquiera de las partes ante los órganos que cada estado ha señalado (en España la Audiencia Provincial). Siendo igualmente la resolución sobre el recurso objeto de recurso ulterior ante el órgano jurisdiccional comunicado (en España el Tribunal Supremo en recurso de casación).

Por último, nos parece de utilidad a efectos prácticos señalar que el artículo 57. 3 del reglamento señala que «las traducciones hechas en virtud del presente Reglamento deberán ser efectuadas por personas cualificadas para realizar traducciones en uno de los Estados miembros» y que el artículo 61 dispone que «no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado miembro en el contexto del presente Reglamento».

5. CAUSAS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Procede finalmente el estudio de las causas de denegación del reconocimiento o ejecución. En primer lugar es necesario resaltar de nuevo que la «revisión» que de la decisión realice el Estado requerido nunca podrá ser de fondo (artículo 52 del reglamento 1215/2012). Ni siquiera la defectuosa aplicación del derecho nacional del país de donde procede la resolución o del derecho comunitario son causas para denegar el reconocimiento o ejecución.

El TJCE en el asunto *Renault* (sentencia de 11 de mayo de 2000) declaró sobre este extremo declarando que:

El juez del estado requerido no podría, so pena de ir contra la finalidad del Convenio de Bruselas, rechazar el reconocimiento de una decisión emanada de otro Estado contratante por el solo motivo de que en la decisión el derecho nacional o el comunitario hubiere sido

mal aplicado. Hay que considerar que, en un caso así, el sistema de vías de recursos de cada Estado, completado con el de la cuestión prejudicial previsto en el actual artículo 234 TCE da a los justiciables una garantía suficiente.

Así pues, reiteramos, el requerido deberá limitarse a observar si la decisión cumple los presupuestos (tratarse de una decisión extranjera relativa a materias de derecho privado), los requisitos (ser resolución en el sentido del artículo 2, que recaiga sobre materias cubiertas por el reglamento y procedentes de un Estado miembro en el reglamento) y la no concurrencia de las causas denegación.

- Que el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (artículo 45,a del reglamento).
- El Tribunal tiene declarado que ha de hacerse de forma restrictiva la alegación de esta causa. En cualquier caso es el Estado requerido el que pondrá de manifiesto, según sus principios, la alteración del mismo (Así se pronuncia en la sentencia Renault mencionada).
- Cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiese defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo (artículo 45 b del reglamento). Esta causa trae su origen y fundamento en el respeto a las garantías procesales del derecho de defensa, en la tutela judicial efectiva.
- Si la resolución fuese inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido. En el asunto *Italian Leather* (sentencia de 6 de junio de 2002) el TJCE declaró que desde el momento en que se constata la inconciliable, en el sentido del artículo 27.2 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, de una decisión de una jurisdicción de un Estado contratante con una decisión pronunciada entre las mismas partes por una jurisdicción del Estado requerido, la jurisdicción de este último tiene la obligación de rechazar el reconocimiento de la decisión extranjera.
- Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

Estas causas de denegación son cumulativas a las del estado requerido pero estas solo se aplicarán en la medida que no resulten incompatibles a las señaladas en el reglamento.

III.

EL SISTEMA INTERNO

1. INTRODUCCIÓN

En defecto de aplicación de convenio internacional específico o de la normativa comunitaria, el sistema de normas españolas a aplicar en este ámbito de la validez extraterritorial de decisiones se halla regulado en la novísima Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional de 30 de julio de 2015 (en vigor el 20 de agosto de 2015).

Con esta ley se ha puesto fin a la vigencia de los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) de 1881 que se seguían aplicando, incluso, tras la entrada en vigor de la LEC del año 2000.

La Disposición Final Vigésima de la ley procesal vigente reza que «en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil». Sin embargo, ha sido preciso un término mucho más largo para que finalmente viera la luz esta ley.

Tras la misma, el régimen establecido para el reconocimiento y/o ejecución de resoluciones extranjeras en España ha sufrido un notable cambio, necesario por otra parte, puesto que como recuerda la Exposición de Motivos de la ley, *los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se coordina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha desbordado el tenor literal de tales preceptos, ni con leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina.*

En efecto, el Tribunal Supremo había ido añadiendo una serie de requisitos complementarios a los establecidos en la LEC de 1881 para abrir los sistemas de reciprocidad y condiciones. Con algunos de ellos, ya se había aproximado a la reglamentación comunitaria en la materia, pero más allá de esta necesaria adecuación al acervo de la UE, el régimen había quedado ya obsoleto. La nueva Ley diseña un nuevo proceso judicial de exequátur donde se tiene en cuenta, no sólo las más *actuales corrientes doctrinales* sino *las concreciones legislativas más recientes que, a modo de ejemplo, surgen de la normativa de la Unión Europea.*

El procedimiento creado recibe el nombre de procedimiento de exequatur tanto para referirse al supuesto del reconocimiento de una decisión, como al de la ejecución de reso-

luciones. Obviamente, se habrá de determinar claramente en el suplico de la demanda el efecto que se pretende alcanzar, y por tanto, si se solicita reconocimiento o ejecución. Pero en definitiva, todo cae bajo la misma denominación de *exequatur*.

El procedimiento establecido sigue basado en el control procesal, no de fondo, al igual que ocurre en el sistema comunitario (vid. arts 48 y 49 de la LCJI). Así, el juez se limita a valorar la concurrencia de los requisitos y que no se incurra o haya incurrido, como veremos después, en las causas de denegación previstas en el artículo 46, pero no puede revisar cómo el juez de origen aplicó el derecho, por lo tanto no le está permitido valorar el fondo del asunto. Para esto (y aquí hallamos la razón) en el Estado de origen, el «perjudicado» pudo haber abierto la vía de recursos pertinentes.

Con respecto a los efectos a producir en nuestro país, igualmente continúa con la tradición jurídica española, y acoge la teoría de extensión de los efectos, estudiada anteriormente.

Recordando también la técnica legislativa de la UE (y anglosajona) incluye una serie de definiciones que aclaran el ámbito de aplicación, previamente reservado a las materias civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo ya que se trata del ámbito general de aplicación de la entera LCJI.

Otra de las novedades del nuevo sistema es que se regula por primera vez la necesidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que fueren desconocidas en el ordenamiento español. Conforme establece el artículo 44.4 se adoptará en dicho caso una medida propia del Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Habida cuenta que se trata de una operación delicada y difícil, cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación realizada

El sistema permite tanto el reconocimiento incidental como el de homologación, ad hoc para aquel fin. Y en este sentido, siguiendo lo estipulado en la Exposición de Motivos,

(...) respecto al reconocimiento de una resolución extranjera de forma incidental se ha evitado una referencia en el artículo 44.2 a la apertura de un incidente conforme a lo establecido en los artículos 388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiéndose así que el reconocimiento incidental se pueda llevar a cabo de forma ágil y más sencilla en el seno de cada procedimiento según las leyes procesales, ya que el proceso incidental referido en los artículos 388 y siguientes citados parece diseñado para otro tipo de cuestiones y su utilización supondría encajar un exequátur dentro de un proceso abierto cuando la solución puede ser más sencilla al plantearse normalmente el reconocimiento como base de la estimación o desestimación de la pretensión principal, de tal modo que será la sentencia la que determine la aptitud

del documento para probar lo que se pretende. Si se tratase de resolver con carácter previo una excepción procesal, en tal momento puede apreciarse también la aptitud del documento para probar las pretensiones.

El nuevo sistema se regula en el Título V. *Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos.*

Este Título V contiene seis capítulos, de los que interesa destacar ahora que el Capítulo I contiene entre las disposiciones generales, la de las definiciones y el ámbito de aplicación, el II se dedica al reconocimiento, el III a la ejecución y el IV a la regulación del procedimiento judicial de exequátur.

Como requisitos para poderse beneficiar del sistema, del artículo 41 se desprende que para poder abrirse el procedimiento de exequatur, deben concurrir determinadas exigencias previas: tratarse de una resolución extranjera firme dictada en procedimiento contencioso o de la jurisdicción voluntaria (y aunque el precepto no lo mencione, relativa a derecho privado, en concreto a derecho civil, mercantil, responsabilidad civil derivada del delito y contratos de trabajo).

Hay que recordar que, siguiendo lo dispuesto en la Constitución española y aun antes de la misma, respecto a la prevalencia de las normas internacionales en los tratados o convenios en que España es parte, la Exposición de Motivos recuerda, que el sistema de la LCJI es en general de aplicación subsidiaria. Así, dice:

Dentro de un complejo marco de relaciones internacionales con numerosos tratados y acuerdos internacionales en vigor, y numerosas disposiciones de la Unión Europea una Ley de cooperación jurídica internacional interna debe tener un carácter subsidiario. Dicho carácter se pone de manifiesto en el artículo 2.a) que, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte.

Si bien el antiguo sistema de la LEC de 1881 aludía en el artículo 951 a los tratados internacionales, en el nuevo sistema, no aparece en el articulado mención alguna, aunque si, como se dirá, en la Exposición de Motivos.

Respecto de los acuerdos internacionales, no bastará sin embargo con que el Convenio o Tratado tenga como objetivo el «reconocimiento y ejecución de...». Para saber si es aplicable, habría que estar a las materias cubiertas por el mismo, de lo contrario el Tratado puede no ser de aplicación.

Nuestro Tribunal Supremo hace referencia al resolver sobre la procedencia o no de las solicitudes de reconocimiento o ejecución, a la posible existencia de un Convenio entre

España y el estado de procedencia de la decisión. Así, el Auto del Tribunal Supremo, de 4 marzo 2003:

Habida cuenta de la existencia de un Convenio entre la República Socialista de Checoslovaquia y España, sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, de fecha 4 de mayo de 1987, ratificado el 22 de septiembre de 1988 y publicado en el BOE el 3 de diciembre de 1988, y habiendo dejado de existir la República Socialista de Checoslovaquia —la cual dio lugar a la aparición de dos nuevos Estados, a saber, la República Eslovaca y la República Checa—, debe pronunciarse esta Sala, ante todo, sobre la aplicabilidad del citado Convenio a la República Checa.

Examinada la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, y fundamentalmente, la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978, sobre sucesión de Estados en materia de Tratados, se ha de concluir que en el supuesto de separación de partes de un Estado para formar uno o más Estados, continúe o no en existencia el Estado predecesor, el principio dominante es el de continuidad de los tratados. (...).

O el Auto del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección Única), de 29 abril 2003:

(...) De acuerdo con las normas contenidas en el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de Junio de 1958, al que España se adhirió el 12 de Mayo de 1977 y entró en vigor para España el 10 de Agosto del mismo año, aplicables al caso, al ser la resolución cuyo reconocimiento se pretende de las comprendidas en el artículo I del Convenio, habiéndose aportado por el solicitante los documentos a que se refiere el artículo IV, debidamente traducidos al castellano (...).

Es necesario ahora, recordar la existencia de convenio bilateral entre España y el Uruguay¹⁰ que, como derecho internacional, habrá de observarse a efectos de comprobar su aplicación al caso concreto, ya que se aplica a un importante ámbito material, según se desprende del artículo 1 del acuerdo.

2. NORMAS COMUNES A LOS SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El artículo 41 de la LCJI permite, como acabamos de mencionar, abrir el procedimiento de exequatur a las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso y a las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un proce-

¹⁰ El texto se encuentra disponible en https://www.iberred.org/sites/default/files/convencion-interamericana-sobre-arbitraje-comercial-internacional_10.pdf. Último acceso, 13 de septiembre de 2015. Además, es importante tener en cuenta que ambos países son parte en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

dimiento de jurisdicción voluntaria. En este sentido, la ley mantiene la necesidad de que la resolución sea firme, a diferencia del reglamento 1215/2012 en que cabe el reconocimiento y ejecución de decisiones no firmes, pero ofrece como novedad la posibilidad de abrir el procedimiento de exequatur a las resoluciones provenientes de la jurisdicción voluntaria. Recordemos que, casi al mismo tiempo que entra en vigor la LCJI, comienza a operar la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Pero el nuevo sistema también permite instar el reconocimiento y ejecución las medidas cautelares y provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria. También menciona la posibilidad de ejecución de los documentos públicos extranjeros.

Como se indicó arriba, la LCJI ofrece una serie de definiciones en el artículo 43, que comienza por aclararnos qué se entiende por resolución. Así:

- a) Resolución: cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso.

Sin duda, esta definición guarda extraordinaria similitud con la proporcionada en el reglamento 1215/2012 aunque evita la referencia a aquellas que no pueden calificarse de firmes o las que no ponen fin a proceso.

El mismo artículo proporciona otras definiciones útiles como las de

- b) Resolución firme: aquella contra la que no cabe recurso en el Estado de origen.
- c) Órgano jurisdiccional: toda autoridad judicial o toda autoridad que tenga atribuciones análogas a las de las autoridades judiciales de un Estado, con competencia en las materias propias de esta ley.
- d) Transacción judicial: todo acuerdo aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado en el curso del procedimiento.
- e) Documento público: cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin.

3. EL RECONOCIMIENTO

El Capítulo II del Título V de la LCJI, desarrolla mediante los artículos 44 a 49 el régimen aplicable al reconocimiento de resoluciones extranjeras en España incorporando novedades importantes tanto respecto del régimen de la LEC de 1881 como del comunitario, en el sentido de que vuelve a codificar una realidad ya existente y creada por la jurisprudencia.

Ante la diversidad de categorías jurídicas existentes en los ordenamientos jurídicos actuales, la nueva ley contempla una suerte de operación de calificación al modo de las normas de conflicto, y así, el párrafo 4 del artículo 44 establece que cuando la resolución cuyo exequatur se pretende contenga una medida inexistente en nuestro ordenamiento, se buscará aquélla que realice su función, que persiga igual finalidad e intereses y sea acorde con los efectos que el juzgador de origen pretendió dar a tal medida. Ello, sin perjuicio de que tal calificación y adaptación pueda ser objeto de impugnación por las partes.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 45, se permite que una decisión ya reconocida de modo incidental o principal, sea incluso susceptible de modificación, dejando a salvo la posibilidad de plantear una nueva demanda.

Por lo que respecta a las causas de denegación, el artículo 46 codifica aquéllas que la jurisprudencia ya había venido exigiendo y que desde luego la LEC de 1881 no recogía. De ahí que el Preámbulo de la LCJI haga alusión a que el sistema derogado ya había sido superado por la práctica de los tribunales.

En definitiva, una resolución no será susceptible de ser reconocida en los siguientes supuestos

- a) Cuando fuera contraria al orden público.
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una co-

nexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.

- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.

Una rápida comparación con el elenco de causas de denegación del artículo 46 del Reglamento 1215, nos permite observar que la LCJI incluye en el suyo, la referencia a la litispendencia y a las transacciones judiciales, lo que aquél efectúa separadamente. Por lo demás, se aplica las mismas razones de denegación.

Por último, se debe señalar que la LCJI permite un reconocimiento parcial –también posible en el sistema del reglamento– en el artículo 49, cuando la resolución a reconocer contuviera varias pretensiones y en el caso de que no se pueda proceder a reconocer la *totalidad del fallo*.

4. LA EJECUCIÓN

Las normas relativas a la ejecución se condensan tan sólo en dos artículos, 50 y 51 que vuelven a dar cabida a la teoría de la extensión de los efectos, es decir, que el juez español dará fuerza ejecutiva en España, a aquellas resoluciones que gozaran de tal carácter en el país de origen. Una vez superado el exequatur, tales decisiones serán ejecutables procedimiento éste último a sustanciar con arreglo a las disposiciones de la LEC, pudiendo también procederse a una ejecución parcial. El mismo sistema se aplica para las transacciones judiciales.

5. PROCEDIMIENTO

La competencia, dependiendo de la materia, corresponde (1) a los juzgados de primera instancia, como ya venía siendo después de la reforma de 2003. Se presenta en el domicilio del demandado o en el que haya de ejecutarse la sentencia, y la competencia objetiva, será controlada de oficio por el órgano jurisdiccional español (párrafo 4 del artículo 52)

Además y a tenor de la modificación de la ley 60/2003 (Ley de Arbitraje), para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente (2) la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos. Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

Pero en las materias propias de la jurisdicción mercantil, cabe también la competencia (3) de estos Juzgados de lo Mercantil respecto de las materias que la LOPJ les atribuye en el artículo 86 bis y 86 ter (vid. párrafo 2 del artículo 52).

Y por último, habrá de estarse a la regla especial establecida por el artículo 52 respecto del demandado en concurso, en cuyo caso, (4) es el juez del mismo, el que ostenta competencia, sustanciándose por las normas relativas al incidente concursal.

Es preceptiva la representación por medio de Procurador y ha de ir firmada por Letrado en ejercicio debidamente identificado. La representación, sea mediante poder original para pleitos, copia original debidamente bastantada y sellada, se adjunta al escrito de demanda como documento número 1. Se admite la representación *apud acta*.

Al escrito de demanda se ha de adjuntar además del poder de representación, los siguientes documentos (vid. artículo 54.4):

- a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados.
- b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente.
- c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen.
- d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pueden acumularse en el mismo escrito, la solicitud de exequatur y la de ejecución aunque ésta última no podrá llevarse a cabo hasta que la primera esté concedida. Además, cabría la adopción de medidas cautelares.

Esquemáticamente, las fases de este procedimiento serían las siguientes:

1. Presentación de la demanda. Dirigida al juzgado de primera instancia, mercantil o del concurso. Debe ir acompañada de los documentos antes mencionados
2. Examen por el secretario de los documentos presentados y provisión de a) un decreto de admisión y traslado a la parte (por plazo de 30 días) ó b) Solicitud de subsanación de defectos procesales (dando traslado al Juez para que resuelva en 5 días sobre la persistencia de defectos procesales)
3. Resolución del Juez mediante Auto recurrible en apelación y en su caso, de casación ante el Tribunal Supremo

Este procedimiento se articula en el artículo 55 párrafos 5 a 8:

5. La demanda y documentos presentados serán examinados por el secretario judicial, que dictará decreto admitiendo la misma y dando traslado de ella a la parte demandada para que se oponga en el plazo de treinta días. El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos, entre otros, que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera.
6. El secretario judicial, no obstante, en el caso de que apreciase la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en plazo de diez días sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de cinco días concedido para ello por el secretario judicial.
7. Formalizada la oposición o transcurrido el plazo para ello sin que la misma se haya formalizado, el órgano jurisdiccional resolverá por medio de auto lo que proceda en el plazo de diez días.
8. El Ministerio Fiscal intervendrá siempre en estos procesos, a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones.

El régimen de recursos se prevé en el artículo 55. La resolución que otorgue o deniegue el exequátur reviste la forma de Auto recurrible en apelación y en su caso de casación ante el Tribunal Supremo.

IV.

APUNTE FINAL

A falta de jurisprudencia, dado que a la fecha, la nueva ley lleva tres semanas en vigor y el reglamento menos de un año, hemos ido estudiando los instrumentos ahora aplicables desde la inevitable literalidad de la ley.

Los dos sistemas que se han expuesto son sistemas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, muy ágiles y sencillos. Si bien en el sistema comunitario ya se había logrado un fácil procedimiento de validez extraterritorial de decisiones extranjeras, el sistema español provenía de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 cuyos artículos 951 a 958 seguían vigentes tras la aprobación, incluso, de la nueva ley procesal civil del año 2000, en espera de la elaboración y aprobación de una ley de Cooperación Jurídica Internacional.

El nuevo sistema interno se aleja de las complicaciones del sistema anterior, que de forma relevante ya había sido superado por una jurisprudencia, la del Tribunal Supremo, que atendía a requisitos ya existentes a nivel comunitario. Aun así, el sistema, en especial si se optaba por invocar la reciprocidad con el país de origen de la sentencia, resultaba complejo y trabajoso para el profesional del derecho, al tener que probar la existencia del principio *do ut des* mediante la aportación de una jurisprudencia actual y aplicable al caso concreto. Cuestión ésta que devenía hartamente complicada cuando se trataba de un país de idioma distinto.

No puede obviarse que España es hoy país, tanto receptor como emisor de personas físicas y que la actividad internacional de las jurídicas es notable, tanto de las nacionales como de extranjeras en el territorio nacional. Sabemos que la potestad jurisdiccional de los estados es materia interna y que cada estado se arroga la competencia que cree ajustada, y que en virtud del principio de soberanía, no hay norma que obligue a los estados a tener que reconocer resoluciones extranjeras, pero ante la no obligatoriedad se alza la conveniencia y diríamos, la necesidad, de dotar a los sistemas de procedimientos que faciliten la validez de decisiones más allá de sus fronteras, lo que se pone de manifiesto en un momento en que la movilidad de los factores de producción es notabilísima. Evitar costes de repetición de un proceso, ahorrar tiempo y evitar duplicidad de decisiones que pueden ser contradictorias, se muestra necesidad si se pretende que las relaciones de los estados sean no ya pacíficas sino cordiales.

Algunos problemas jurídicos de la ley N° 19.307 (Ley de Servicios de comunicación audiovisual)

Some juridical problems with the 19.307 Law (Audiovisual Media Services law)

*Martín Risso Ferrand**

Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN: La ley 19.307, denominada Ley Reguladora de los Servicios de Comunicación Audiovisual o Ley de Medios, ha ocasionado un fuerte impacto al remover los paradigmas tradicionales en esta temática en Uruguay. El autor, partiendo de un planteo general del tema (con base en el sistema interamericano de derechos humanos), analiza los aspectos más problemáticos de la nueva ley, identificando varios aspectos que serían, a su juicio, inconstitucionales.

PALABRAS CLAVES: Libertad de comunicación. Libertad de expresión. Garantías constitucionales. Uruguay.

ABSTRACT: The 19.307 law, called Regulating Law of the Audiovisual Media Services or Media Law, has caused a strong impact by removing traditional paradigms on this theme in Uruguay. The author, starting with a general raise of the issue (based on the inter-American system of human rights), discusses the most problematic aspects of the new law, identifying various aspects that would be, in his opinion, unconstitutional.

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. Contacto: mrisso@ucu.edu.uy

KEY WORDS: Freedom of communication. Freedom of expression. Constitutional guarantees. Uruguay.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Marco jurídico. 1. Normas constitucionales, internacionales y declaraciones. 2. Relación existente entre las normas internacionales y las constitucionales en la jurisprudencia de la Corte. 3. Relación y complemento de los artículos 29 de la Constitución y el 13 de la Convención y sus consecuencias. 4. Competencia de la Suprema Corte de Justicia. 5. La jurisprudencia y opiniones de la Corte IDH. 6. Disposiciones legales susceptibles de más de una interpretación. **III.** Aproximación a la libertad de comunicación de pensamiento. 1. Trascendencia de la libertad de comunicación. 2. Fundamentos básicos. 3. El gobierno no debe incidir en lo que la gente ve o escucha. **IV.** Determinación de qué puede hacer la ley en materia de regulación de la libertad de comunicación. 1. Materia protegida y medios posibles. V. Estudio de la constitucionalidad de la ley 19.307. 1. Objeto de la ley, sujetos comprendidos y principio de igualdad. 2. Sistema de contralor, infracciones y sanciones administrativas. 3. ¿Cómo debería ser un sistema de contralor adecuado? 4. Sistema de infracciones. 2. Las sanciones. 3. Síntesis. 4. El artículo 198. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La ley 19.307 (reguladora de los “servicios de comunicación audiovisual” o ley de medios) tuvo un complejo proceso de discusión legislativa. Desde un primer proyecto de más ciento cincuenta artículos, se fueron introduciendo centenares de modificaciones hasta llegar a la versión final de 202 artículos. Asimismo se recibieron en las comisiones del Senado y de la Cámara de Representantes decenas de delegaciones y especialistas de distintas áreas y, a su vez, no faltó la cobertura y discusión de este proceso en los medios de prensa.

Dado los plazos para la presentación del presente trabajo no podré hacer un análisis total de los aspectos de la ley que a mi juicio son inconstitucionales, por lo que me limitaré a los que entiendo más importantes pero sin excluir los otros.

Asimismo debe tenerse presente que se ha publicado un trabajo de mi autoría titulado “¿Qué limitaciones legales pueden establecerse en materia de libertad de comunicación de pensamiento?”¹. En varios aspectos de este trabajo utilizaré conceptos contenidos en dicho artículo pero para no hacerlo muy denso sólo realizaré la presente remisión genérica².

A los efectos de cumplir con lo anunciado procederé de la siguiente forma:

En primer lugar analizaré cual es el marco jurídico aplicable a los efectos de determinar la regularidad jurídica de la ley 19.307. En este punto, especialmente, se hará referencia a la incidencia que tienen en la especie la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención), otras normas internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y otros instrumentos internacionales. También se hará referencia en este punto a algunas dudas procesales referidas a la

¹ *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay) N. 10 (2014), pp. 197/226.

² También he concurrido a comisiones parlamentarias de las dos cámaras y evacuado algunas consultas sobre estos temas lo que implicó la elaboración de material también usado en este momento

competencia de la Suprema Corte (en adelante la Corte) y a la problemática de las disposiciones legales susceptibles de varias interpretaciones.

En segundo término realizaré una aproximación a la libertad de comunicación a los efectos de poder situar correctamente la cuestión.

A continuación analizaré cuáles son los límites que tiene el legislador a los efectos de regular la libertad de comunicación, determinando qué puede hacer, qué no puede hacer y, dentro de lo que puede hacer, cómo debe hacerse.

Recién luego procederé al estudio concreto y particular de la ley 19.307.

II.

MARCO JURÍDICO

1. NORMAS CONSTITUCIONALES, INTERNACIONALES Y DECLARACIONES

Las normas centrales son las siguientes. El artículo 29 de la Constitución establece que:

Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La Carta Democrática Interamericana dispone en su artículo 4:

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La declaración americana de 1948 es más parca en la declaración de este derecho (artículo 4). El Pacto de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión en términos similares y en su artículo 20 prohíbe la propaganda en favor de la guerra o que se incite el odio racial, por nacionalidades o religioso.

No menos importante es la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³:

³ PREÁMBULO. REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un estado de derecho; CONSCIENTES que la consolidación y desarrollo de la democracia depende de la existencia de libertad de expresión; PERSUADIDOS que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio; CONVENCIDOS que cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático; CONVENCIDOS que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas; RECORDANDO que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59(I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constituciones nacionales; RECONOCIENDO que los principios del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos representan el marco legal al que se encuentran sujetos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos; REAFIRMANDO el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión; CONSIDERANDO la importancia de la libertad de expresión para el desarrollo y protección de los derechos humanos, el papel fundamental que le asigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el pleno apoyo con que contó la creación de la Relatoría para la Libertad de Expresión, como instrumento fundamental para la protección de este derecho en el hemisferio, en la Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile; RECONOCIENDO que la libertad de

RECONOCIENDO la necesidad de proteger efectivamente la libertad de expresión en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adopta la siguiente Declaración de Principios;

PRINCIPIOS

[...] 12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

También debe recordarse la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario (*Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*)⁴.

2. RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LAS CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

En la sentencia 365, de octubre de 2009, calificada por algunos (por su Considerando final) como la sentencia referida a Derecho Constitucional más importante de la historia de la Corte⁵, se ha señalado:

[...] La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)” en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información; REAFIRMANDO que los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen un documento básico que contempla las garantías y la defensa de la libertad de expresión, la libertad e independencia de la prensa y el derecho a la información; CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental (...).

⁴ Washington, D.C. el 2 de febrero de 2010, del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

⁵ Me remito a lo dicho en “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010, pp. 9/29.

[...] En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Riso Ferrand, Martín: *Derecho Constitucional*, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand, *ob. cit.* ps. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, “... al momento de dictarse la ley -y, más tarde, la sentencia- debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos [...]”.

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (*ob. cit.* p. 126).

[...] En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. **Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley Nº 15848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo⁶.**

En definitiva es claro que la Suprema Corte de Justicia considera que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta directamente aplicable en el ámbito interno con rango constitucional. El fundamento podrá encontrarse en el artículo 72 de la Constitución o en la más moderna noción del “bloque de los derechos humanos”. Ambos fundamentos son complementarios y conducen a las mismas consecuencias.

Asimismo la Corte da gran importancia a consideraciones internacionales, comprendiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte IDH y jurisprudencia y derecho extranjero. Esta trascendencia, y hasta podría agregar la necesidad de recurrir a estos elementos, como se verá, no implica, a juicio de la Corte, que los pronunciamientos internacionales sean obligatorios.

3. RELACIÓN Y COMPLEMENTO DE LOS ARTÍCULOS 29 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL 13 DE LA CONVENCION Y SUS CONSECUENCIAS

En sentencias posteriores ha dicho la Corte que no puede admitirse contradicción entre las normas constitucionales y las internacionales y, cuando éstas aparecen, debe privilegiarse la Constitución. De todas formas es evidente que esta hipótesis no se da en el caso en estudio ya que el artículo 13 de la CADH es enteramente compatible con el artículo 29 de nuestra Carta. Coinciden en su filosofía y enfoque y el primero viene a ser un desarrollo (con más detalle) del segundo.

O sea, al no haber contradicción sino perfecto complemento y adecuación, siguiendo las pautas de la sentencia 365/2009, ya sea por la vía de considerar que el artículo 13 de la CADH ingresa por la vía del artículo 72 de la Constitución, como en el caso de aceptarse la noción más moderna del “bloque de los derechos humanos” (concepciones no contradictorias, sino complementarias y con similares efectos), se deberán confrontar la ley 19.307 respecto al artículo 29 de la Constitución y al artículo 13 de la Convención.

⁶ Negritas en el original.

4. COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Si bien no he visto dudas competenciales en sentencias de la Corte, debe reconocerse que en algunos foros académicos se ha planteado la duda en cuanto a la competencia de la Corte en todos los casos.

El razonamiento es sintéticamente el siguiente: (a) La Constitución confiere competencia exclusiva y originaria a la Corte para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes (artículos 256 y ss.); y (b) Pero cuando se plantea la contradicción de una ley con la Convención no se estaría ante un caso de inconstitucionalidad sino de “inconvenionalidad” y a falta de norma expresa que atribuya competencia a la Corte regirían los principios generales y la competencia para el control de convenionalidad sería difusa.

No creo que pueda compartirse lo anterior pues hay sobrados argumentos para demostrar que la Corte es la competente para analizar contradicciones entre una disposición legal y la Convención. En efecto:

- En la medida que normalmente se superponen los casos de inconstitucionalidad y de inconvenionalidad, admitir la posición anterior destruiría la arquitectura constitucional y se vaciaría parcialmente una competencia que la Carta asigna a la Corte.
- En segundo lugar es claro que todos los casos de inconvenionalidad son a su vez de inconstitucionalidad. Ninguna duda puede quedar conforme el artículo 72. Sostener lo contrario sería lo mismo que pretender que haya derechos inherentes a la persona humana reconocidos por el Derecho Internacional pero que no sean tales conforme el artículo 72. Sería una interpretación inaceptable.
- Y por último, si alguna duda quedara en la materia, debe repararse en que conforme el numeral 1 del artículo 239 de la Constitución, la Corte también tiene competencia exclusiva para conocer en “las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados”. O sea, incluso por esta vía la Corte sería competente.

En definitiva no puede haber duda alguna en cuanto a que la Corte es competente para declarar la invalidez de una disposición legal sea por contradecir la Constitución o el Derecho Internacional. En ambos casos estamos ante hipótesis, en definitiva, de inconstitucionalidad conforme nuestro derecho positivo.

5. LA JURISPRUDENCIA Y OPINIONES DE LA CORTE IDH

Como ya señalé, en la sentencia 365/2009 la Corte hizo mención a la importancia que tiene en temas de derechos humanos ciertas opiniones internacionales (**no deben soslayarse según dijo la Corte**), como las de la Corte IDH, la Comisión Interamericana (CIDH) y otros. Incluso cita jurisprudencia argentina y pronunciamientos de órganos de las Naciones Unidas. Es cierto que en sentencias posteriores la Corte marcó algunos matices o, con mayor precisión, hizo algunos desarrollos complementarios a la sentencia 365/2009. Veamos.

Con la expresión “control de convencionalidad” se hace referencia desde hace algunos años a una tarea que deriva inexorablemente del sistema interamericano de derechos humanos y que consiste en el deber de todas las autoridades nacionales, ejecutivas, legislativas y judiciales, de realizar en el ejercicio de sus funciones, el control mencionado sobre actos, proyectos e incluso para poder determinar cuáles son las medidas o acciones a adoptar.

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este análisis no sólo debe comprender la tarea de confrontar los actos internos o soluciones proyectadas con la Convención Americana, sino que también debe repararse en los criterios jurisprudenciales establecidos, entre otros por la propia Corte Interamericana (sentencia 365/2009). Frente a este control de convencionalidad que propicia el máximo órgano interamericano, caben tres respuestas lógicas:

- A) La primera, inaceptable, sería la negación de este control tanto considerando la convención o la convención y la jurisprudencia. Pero esto no sería admisible en la medida que así como el control de constitucionalidad de los actos inferiores está implícito en las constituciones, similar conclusión impone el sistema interamericano de derechos humanos respecto al control de convencionalidad.
- B) La segunda, la propiciada por la propia Corte Interamericana, conduce a la obligatoriedad de realizar siempre un control de convencionalidad que incluya los criterios del tribunal interamericano. La Corte IDH entiende que cuando un Estado fue parte en un proceso la sentencia hace “cosa juzgada” y cuando no fue parte, la interpretación que de la Convención realiza la Corte internacional hace “cosa interpretada”.

Esta posición fue rechazada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 20/2013, en la que, además de invocar el margen de apreciación nacional, negó que la Corte se viera

“obligada” por estos pronunciamientos (entiendo que se refiere a las sentencias de la Corte IDH dictada en casos en que Uruguay no fue parte).

- A) La tercera, aceptada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia 365/2009 y complementada por la sentencia 20/2013, consiste en (i) la necesidad de confrontar el derecho interno con la Convención y (ii) la necesidad de conocer los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana aunque no serían obligatorios.

En el caso en estudio, no existe ninguna discordancia o variante entre los criterios de la Corte IDH y los que derivan de la Constitución y de la mejor jurisprudencia uruguaya, por lo que no habrá obstáculo alguno para considerar pautas y argumentos de la Corte IDH compatibles en un todo con nuestro derecho. Las citas del tribunal internacional resultan ilustrativas y oportunas.

6. DISPOSICIONES LEGALES SUSCEPTIBLES DE MÁS DE UNA INTERPRETACIÓN

Hace mucho que, vinculado con la cuestión de inconstitucionalidad de los actos jurídicos inferiores, se desarrolló un principio frecuentemente denominado como “presunción de constitucionalidad”, que aparece además como una incuestionable interpretación “desde” la Constitución. Fernández Segado, siguiendo a García de Enterría, señala que esta presunción implica:

- (a) una confianza en el legislador acerca de su observación y correcta interpretación de los principios constitucionales;
- (b) la imposibilidad de declarar inconstitucional una norma legal salvo en el caso de que exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y
- (c) la presunción, siempre que sea razonablemente posible, de que entre varias interpretaciones posibles de una ley, el legislador ha querido inclinarse por la que posibilita el mantenimiento de la norma dentro de los límites constitucionales⁷.

Esta presunción se vincula con el principio de conservación de la norma, que procura lograr la compatibilización dentro del ordenamiento jurídico, salvaguardando hasta donde sea posible la voluntad del legislador. El anterior es un criterio interpretativo aceptado

⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 80 y ss.

habitualmente en el derecho comparado⁸ y por nuestra jurisprudencia⁹, y no significa otra cosa que aceptar que cuando una ley sea pasible de más de una interpretación razonable (que no fuerce ni modifique el texto a interpretar) y una de ellas implique una contradicción con la Constitución, no corresponde la declaración de inconstitucionalidad, sino que debe prescindirse de esa posible interpretación optando por la que permite la compatibilización de la ley con la Constitución.

Es interesante recordar que en Alemania, el Tribunal Constitucional¹⁰, frente a estos casos ha optado: (a) a veces por establecer la inconstitucionalidad de una entre varias interpretaciones posibles de una norma legal; y (b) en otros casos, en forma positiva, ha afirmado cuál es la interpretación de un precepto legal que considera constitucional¹¹. Estos tipos de sentencias dan una gran certeza en la aplicación del orden jurídico ya que las partes en el proceso sabrán que la ley es constitucional, pero sabrán con precisión cómo debe interpretarse la ley o cómo no debe interpretarse.

En nuestro país no ha sido esto lo habitual y muchas veces la Corte rechaza la declaración de inconstitucionalidad señalando que hay otras formas de interpretar la disposición legal, pero sin excluir las alternativas hermenéuticas inconstitucionales y sin señalar cuál es la interpretación correcta desde el punto de la compatibilización de la ley con la Carta. Esto ha sido una fuente interminable de problemas en muchísimos casos pues no se declara la inconstitucionalidad pero la ley sigue interpretándose en forma inconstitucional.

Me permito señalar¹² que, sin perjuicio de que no existe norma expresa que habilite estas soluciones, no veo inconveniente en que nuestra jurisprudencia, por aplicación de los principios generales, la utilice. Y en este sentido es posible que la propia Suprema Corte de Justicia, al resolver una petición de declaración de inconstitucionalidad (por cualquier vía), la rechace (por considerar que hay más de una interpretación posible) pero indicando

⁸ Al respecto: BIDART CAMPOS, Germán, J., *Algunas reflexiones sobre la globalización desde el punto de vista del derecho constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1999, Edit. FKA.

⁹ Por ejemplo sentencias de la Suprema corte de Justicia 211/65, 64/67, 29/80, 235/85, 266/86, 184/87, 152/91, 86/93, 234/95. Esta última publicada en "LJU" caso N° 13.033.

¹⁰ El Tribunal Constitucional Federal en el marco de una "interpretación conforme con la Constitución" de una norma del derecho ordinario aclara para sí que determinadas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Ley fundamental, en tal caso ningún otro tribunal podrá considerar constitucionales estas posibles interpretaciones. Ver Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del TCF alemán*, Edit. FKA, 2003, pág. 4 y ss. En España, Antonio TORRES DEL MORAL describe las diversas modalidades de la interpretación constitucional que efectúa el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y cita entre ellas: los llamamientos a los poderes públicos para que actúen, hasta a veces con tintes de reproches; la invitación a la autoridad para que cambie una norma o para que la reforme; la suspensión de algunas expresiones inconstitucionales en un precepto, el que queda redactado de nuevo con eliminación de ellas; la indicación al legislador de que debe incluir ciertas garantías en una ley para que ésta sea constitucional (Citado por BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 393).

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho ... cit.*, pág. 392.

¹² RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición actualizada, FCU, 2006, p. 267 y ss.

expresamente, como fundamento de la sentencia, cuál es la interpretación correcta (conforme a la Carta) de la ley o cuál es la interpretación inconstitucional. A veces puede extraerse esto de las sentencias, pero en algunos casos la Corte simplemente dice que hay más de una interpretación posible, sin que resulte claro al intérprete cuál es la interpretación correcta o al menos cuál es la que no debe utilizarse.

La anterior sería la forma de adecuada, y conforme a derecho, de lograr una sentencia que, efectivamente, resuelva todos los aspectos referidos a la cuestión de inconstitucionalidad planteadas.

III.

APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTO

1. TRASCENDENCIA DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

La libertad de comunicación de pensamientos aparece, dentro del elenco de los derechos humanos, con una trascendencia especial. La Corte IDH ha destacado a través del *estándar democrático* que la libertad de expresión es un valor que cuando se pierde pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de un sistema democrático¹³. También Barbagelata ha señalado que la libertad de expresión aparece con un doble carácter: como derecho propiamente dicho y como garantía de los restantes derechos humanos. Agregaba este autor que este derecho es inseparable de los restantes derechos humanos, ya que si no hay libertad de expresión del pensamiento ninguna otra libertad estará segura, ya que estará cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos¹⁴.

Asimismo, forzoso es reconocer, como ha hecho la Suprema Corte de Justicia, que esta libertad “es uno de los derechos esenciales para fortalecer la democracia [...]”. Incluso se ha dicho desde otro plano: “[...] la libertad de prensa [...] más que un derecho individual (de defensa) del ciudadano frente al Estado [...] (es) una institución indispensable del Estado democrático [...]”¹⁵.

De Esteban y López Guerra, luego de recordar la declaración de 1789 en cuanto a que “los no autoritarios consideran la libertad de expresión como la más valiosa de las garantías

¹³ Opinión Consultiva 5/85.

¹⁴ BARBAGELATA, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978, pág. 27 y 28.

¹⁵ LJU caso 13.189. SCJ sentencia de 23 de octubre de 1996.

constitucionales”, señalan que la libertad de expresión es una condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho al voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de interés. En síntesis, sin descartar ni desmerecer su condición de derecho fundamental, señalan que este derecho aparece además como una garantía institucional, afirmación que efectúan sobre la base de la importancia que la propia Constitución española otorga al pluralismo político e ideológico¹⁶.

2. FUNDAMENTOS BÁSICOS

El fundamento de lo anterior y las bases principales del diseño constitucional e internacional son muy claras y encontramos tres grandes fundamentos (o categorías de fundamentos) para apreciar el alcance de esta libertad y sus consecuencias¹⁷.

En primer lugar esta libertad resulta básica para el propósito de los seres humanos de descubrir la verdad. Cada vez que se silencia o restringe una opinión, manifestación o similar, se puede estar afectando algo idóneo para alcanzar la verdad. El juez Oliver Wendell Holmes usaba la metáfora del “*marketplace of ideas*”, para referir a que todas las expresiones debían competir libremente en ese mercado ideal para que cada sujeto pueda determinar cuáles son las que prefiere, las que comparte, las que rechaza, etc.

En segundo lugar esta libertad es básica para que pueda funcionar un sistema democrático. Sólo mediante el debate y la difusión de ideas, hechos, acontecimientos, etc. se podrá lograr una sociedad democrática, en las que se respeten los derechos de las minorías (que mañana podrán ser mayorías conforme la democrática alternancia en el poder) y se evitará que los gobernantes se perpetúen (se previenen abusos de poder y se protege al disidente).

En tercer lugar esta libertad permite el desarrollo de las capacidades racionales de los individuos quienes, enfrentados a las distintas posiciones, ideas, valores, opiniones, informaciones y expresiones, tomarán sus propias decisiones o las modificarán libremente. Un aspecto básico en este punto refiere a la posibilidad de participar libremente en los debates públicos y de exponer sus propias ideas sin temor a sufrir represalias o consecuencias perjudiciales por sus afirmaciones. No puede aceptarse que la expresión de una opinión termine siendo un acto de valentía o sacrificio personal, cuando el emisor se enfrenta a la cárcel o

¹⁶ DE ESTEBAN, Jorge, y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 165 - 166.

¹⁷ Al respecto: SULLIVAN, Kathleen M. y GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, pág. 987 y ss. CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pág. 926 y ss.

cualquier otra consecuencia negativa por exteriorizar sus opiniones o por informar sobre hechos. Esto conduce a una suerte de auto censura o censura indirecta (miedo a una sanción)¹⁸.

Estas tres razones se vinculan fuertemente con un valor superior como es la promoción de la tolerancia.

3. EL GOBIERNO NO DEBE INCIDIR EN LO QUE LA GENTE VE O ESCUCHA

A su vez se pueden encontrar argumentos en favor de la libertad que se plantean en forma negativa. Es claro que el gobierno es manifiestamente incompetente para regular esta libertad. Primero, en la medida que no puede el gobierno de turno determinar en ningún grado lo que algunos expresan ni lo que otros leen, escuchan o ven. Además la historia enseña que todo control sobre esta libertad termina siendo, en forma consciente o inconsciente, a la corta o a la larga, dañina para la libertad y se tiende a privilegiar ciertas opiniones, creencias, o deseos del gobierno en perjuicio de otros que serían los disidentes. El gobierno de turno no es el indicado para intervenir en estos temas salvo en casos muy precisos que se verán más adelante.

En este punto debe recordarse la evidente triple distinción que se presenta en la materia: (a) En primer término la libertad de conciencia o de pensamiento, que aparece dentro del ámbito privado de cada sujeto y que no puede ser objeto de intromisiones. (b) En segundo lugar el derecho de *expresión* de pensamientos que supone, obviamente, la posibilidad de exteriorizar el pensamiento de un sujeto. Y (c) por último, la libertad de *comunicación* del pensamiento —a la que expresamente refiere el artículo 29 de la Constitución—, y que aparece como un derecho más amplio que la mera expresión. Señalaba Cassinelli Muñoz que la *comunicación* del pensamiento si bien lleva implícito el derecho de *expresión* (cualquier sujeto puede exteriorizar sus propias ideas), abarca además a un sujeto distinto al emisor del pensamiento, alcanza también al receptor¹⁹.

¹⁸ Al respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, recaída en el caso “New York Times v. Sullivan”, sigue siendo un referente y sus conceptos han sido reafirmados en la jurisprudencia y normativa latinoamericana en la materia (STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis Michael, SUNSTEIN, Cass R., TUSHNET, Mark V., KARLAN, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005, pág. 1164 y ss. Y SULLIVAN, pág. 1056 y ss.

¹⁹ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I, pág. 63. Ver también BARBAGELATA, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, tomo II, FCU, 1983, pág. 177.

IV.

DETERMINACIÓN DE QUÉ PUEDE HACER LA LEY EN MATERIA DE REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

Partiendo de los artículos 29 de la Constitución uruguaya y 13 de la CADH, y tomando en especial consideración las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte y la Corte IDH, podríamos sintetizar el marco dentro del cual sería posible la regulación de esta materia, en los siguientes términos:

1. MATERIA PROTEGIDA Y MEDIOS POSIBLES

Es claro que no puede excluirse, con carácter general, ninguna materia como objeto de la libertad de comunicación del pensamiento. *Toda materia*, política, social, económica, deportiva, internacional, artística, comercial, publicitaria, etc. queda comprendida en el artículo 29 de la Constitución. *De toda índole* habla el artículo 13 de la CADH.

Y en cuanto a los medios la Constitución es clara al referir a la libertad de comunicación por “palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por *cualquier otra forma de divulgación*”. Es claro que todo medio o forma de difusión está protegida conforme a la Constitución. En el mismo sentido el artículo 13 numeral 3 de la CADH refiere expresamente a que no puede restringirse el derecho de expresión por medios indirectos y menciona varias formas de difusión: periódicos, frecuencias radioeléctricas y luego agrega y “por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. En otras palabras no es admisible limitar el uso de cualquier medio idóneo para la difusión del pensamiento.

A) **Pensamiento, expresión y comunicación o difusión**

La Suprema Corte en forma implícita y la Corte IDH en forma explícita, han considerado que estos conceptos son inseparables e indivisibles.

B) **Doble condición de la libertad de comunicación**

Aun cuando no haya sido tratado el punto expresamente por la Suprema Corte ni por la Corte IDH, es claro que la libertad de expresión y comunicación tiene su lado positivo y su lado negativo, pues comprende tanto el derecho de expresar y comunicar como el de no hacerlo.

C) Prohibición de censura previa

La censura previa está prohibida y si bien la CADH la habilita para la protección de la infancia y la adolescencia (numeral 4 del artículo 13), la debida armonización con la Constitución uruguaya y la aplicación de la directriz de preferencia de normas, conduce a que en ningún caso sea admisible la censura previa en Uruguay (Corte IDH, caso “Olmedo Bustos y Otros: La última tentación de Cristo”).

D) Otros medios de restricción de esta libertad prohibidos

Conforme el numeral 3 del artículo 13 de la Convención, no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el **abuso de controles oficiales** o particulares de papel para periódicos, **de frecuencias radioeléctricas**, de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Así se ha señalado que los controles sobre el uso de frecuencias radioeléctricas deben ser los mínimos impuestos por razones técnicas. Ya se señalaron algunos ejemplos: arbitrarios manejos de la ciudadanía con el propósito de excluir a ciertas personas, amenazas de clausura o revocación de licencia contra los medios, ataques contra periodistas, etc. Al respecto: Corte IDH caso “Ivcher Bronstein”, “Ríos y Otros” y “Perozo y Otros”.

Tampoco es admisible el establecimiento para el desempeño de las funciones de comunicación y periodismo de limitaciones tales como exigencias de títulos u otros requisitos para el ejercicio del periodismo. Al respecto puede verse la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH entendiendo inválida la exigencia de título previo para poder desempeñarse como periodista.

E) Responsabilidades ulteriores²⁰

Asimismo, en lo referente a las responsabilidades ulteriores surgen pautas muy claras tanto de la Constitución como de la Convención (O.C. 5). A saber:

- a. No se castiga el ejercicio de la libertad sino el **abuso** en dicho ejercicio. Al responsabilizar a un sujeto no se le está sancionando por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos o excesos cometidos en dicho ejercicio.

²⁰ Al respecto casos de la Corte IDH: Herrera Ulloa.

b. Asimismo rige plenamente el principio de legalidad^{21 22} y toda restricción

²¹ Este principio presenta un triple fundamento: uno histórico, otro basado en el principio de separación de poderes y un fundamento democrático (me remito a lo dicho en *Algunas garantías* cit., p. 77 y ss.) Por ejemplo, en la Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986, solicitada por la República Oriental del Uruguay, la Corte señaló que: (a) El artículo 30 de la Convención establece que *las restricciones permitidas, de acuerdo a la Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.* [...] Por ello, los actos estatales que afecten la protección de los derechos humanos deben estar rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos esenciales de la persona, dentro de los cuales el más relevante refiere a que las limitaciones sean establecidas por ley adoptada por el Poder Legislativo, a través de un procedimiento que no sólo se inviste del asentimiento de la representación popular, sino que permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política e influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente (Como ya se dijo anteriormente, es evidente que la menor representatividad del Ejecutivo lo coloca en peores condiciones que el Legislativo como garante de los derechos humanos).

La jurisprudencia internacional ha recogido invariablemente este principio de legalidad a la hora de limitar derechos humanos. Por ejemplo puede verse de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: casos BARUCH IVHGER BRONSTEIN v. PERÚ y CANESE V. PARAGUAY. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: casos CASADO COCA v. ESPAÑA y el caso EX REY DE GRECIA v. GRECIA.

La vieja discusión en doctrina respecto a qué es la ley parece estar prácticamente superada (Me remito a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional* cit. tomo I, pág. 225 y ss. KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional 2º* cit. pág. 76 y ss., etc. También me remito a *Derecho Constitucional... cit.*, capítulo XVIII. Ver especialmente ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49) y es claro que cuando la Constitución utiliza la expresión “ley”, se está refiriendo exclusivamente a los actos expedidos mediante el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes (artículo 133 y ss. de la Carta), y también a los casos de procedimientos especiales: urgente consideración (artículo 168 numeral 7º) y leyes de presupuesto y de rendición de cuentas (artículo 214 y ss.). Asimismo siempre ha existido y existe unanimidad en cuanto a que nunca puede equipararse a la ley un acto administrativo del Poder Ejecutivo y menos de un órgano subordinado.

Pero las dudas aumentan cuando se trata de definir qué se puede dejar para la reglamentación de la ley. FERNÁNDEZ SEGADO (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pág. 109 y 110. Ver también: SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo II pág. 699 y ss.), recuerda la sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional español en cuanto a que el principio de reserva a la ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que quedan exentos de la acción del ejecutivo. Pero “el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto se traduce, a su vez, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”. “En definitiva, el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa, exigencia que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora”. Por sentencia 42/1987 el Tribunal español ha dicho que es inconstitucional no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras. Aclara FERNÁNDEZ SEGADO (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 487 y ss.) que de esta forma, “el principio de reserva de ley no sólo incide sobre la posible remisión a normas reglamentarias sino que, asimismo, acota la propia libertad de acción del legislador, en cuanto que éste se ve constreñido a dotar a la Ley de “suficientes referencias normativas de orden formal y material”, que permitan, de una parte, conocer que la manifestación de voluntad es propiamente del legislador, y de otra, delimitar la actuación ulterior del Gobierno al adoptar las oportunas medidas de ejecución de aquella voluntad”. Las remisiones o habilitaciones deben ser un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la propia ley.

También puede verse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán la sentencia de 12/11/58 en el mismo sentido (SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, febrero de 2003, pág. 356 (sumario).

BÜLOW ha señalado que el “ejercicio de la potestad reglamentaria requiere de una “habilitación [...] Está excluida la autorización en blanco [...] las condiciones de un reglamento [exigen que]: a) Se debe disponer de una

debe estar establecida en la ley²³. Pero a su vez ha aclarado con razón la Corte IDH, entre otras, en la Opinión Consultiva 5/85, que:

- todos los elementos referidos a la restricción deben estar expresamente establecidos en la ley (Corte IDH caso Kimel y Tristán Donoso: en un caso se cumple con la pauta y en el otro no por lo que se invalida);
 - la ley debe ser previa a la conducta respecto a la cual se desea hacer valer la responsabilidad;
 - la regulación legal, que no puede ser en blanco ni abierta, además de completa debe ser clara y precisa (no se admiten términos vagos, muy amplios, etc.) (Corte IDH caso Kimel y Tristán Donoso: en un caso se cumple con la pauta y en el otro no);
 - la regulación debe realizar una enumeración taxativa de las obligaciones y de los casos en que pueda comprometerse la responsabilidad de algún sujeto derivada del ejercicio de la libertad de comunicación (OC 5/85);
 - la ley regulatoria debe necesaria y exclusivamente perseguir los fines permitidos por el artículo 13 de la Convención (todo otro fin será no permitido y por ende contrario a la CADH);
 - las limitaciones deben ser más que necesarias, imperiosas para lograr los fines habilitados (OC 5/85 y “Fontevicchia y D’amico”); y
 - cada disposición legal debe poder sortear el juicio de proporcionalidad que se verá más adelante.
- c. En la medida que tanto el recurso a la responsabilidad penal como civil pueden constituir afectaciones de esta libertad (se podría limitar indirectamente a los emisores por miedo a las responsabilidades posteriores), se ha destacado: a) si bien los funcionarios públicos o las personas vinculadas a los temas de interés público mantienen su derecho al honor, éste se ve limitado y acotado de forma de permitir la información sobre hechos de interés periodístico; y b) tanto las

habilitación legal. b) Tal ley deberá hacer referencia al contenido, finalidad y alcance de la autorización. c) Sólo el Gobierno Federal [...] pueden ser habilitados. d) En el reglamento se deberá mencionar el fundamento legal. El mandato de determinación (contenido, fin y alcance) asegura la responsabilidad parlamentaria” (BÜLOW, Erico, “La Legislación”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, pág. 753 y ss.). En definitiva, la ley debe contener la regulación “directa, completa y detallada y sólo son aceptables las remisiones a la reglamentaciones en temas de detalle, operativos, técnicos, siempre debidamente justificados.

²² También Opinión Consultiva 5/85.

²³ En la Opinión Consultiva N° 6, solicitada por Uruguay, se aclaró que la expresión ley refiere a los actos legislativos aprobados por las cámaras legislativas y promulgados por el Ejecutivo.

- sanciones penales como las civiles, además de cumplir con el precedente numeral 2, deben ser necesarias y no excesivas.
- d. Siguiendo a Cassinelli podríamos agregar en este punto que si bien es la ley la que debe definir, con claridad, qué es **abuso**, el legislador no tendrá discrecionalidad en la materia, sino que deberá atenerse a los criterios y filosofía constitucionales, a riesgo de que la ley resulte inconstitucional.
 - e. Toda restricción dispuesta por ley debe perseguir alguno de los fines taxativamente establecidos en el propio artículo 13 de la Convención (otro fin o propósito no está permitido).
 - f. Pero ha aclarado la Corte IDH que no basta con que la restricción de la libertad de comunicación ser oportuna o conveniente a ojos del legislador, sino que debe responder a justas e imperiosas necesidades. No será admisible una limitación cuando no se funda en una necesidad imperiosa, impostergable.
 - g. Los fines, taxativamente enumerados en la Convención, son: a) el respeto de los derechos y reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; c) protección de la infancia y adolescencia; y d) las prohibiciones del numeral 5 del artículo 13.

Es claro que estos fines (en especial los señalados con letra “b”) deben ser interpretados, en tanto habilitación para la limitación de un derecho fundamental, en forma estricta o restrictiva y conforme un severo juicio de proporcionalidad. De lo contrario fácil es advertir los excesos que pueden cometerse invocando la moral, la seguridad nacional o el orden público.

- h. Debe insistirse en que toda restricción a la libertad de comunicación del pensamiento, además de perseguir los fines taxativamente previstos en el artículo 13 de la Convención, deben poder sortear con éxito un juicio de proporcionalidad²⁴. Esto significa que:

²⁴ Al respecto: ALEXY, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda reimpresión, 2001. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Edit. Fundación Beneficentia et peritia iuris, Madrid, 2004, pág. 32 y ss. Me remito a los casos del Tribunal Constitucional alemán citados en SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Ediciones Gustavo Ibañez, Bogotá, febrero de 2003. SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo II, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 698-702. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pág. 97 y 98. FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Edit. Dykinson, primera edición, Madrid, 2008, pág. 61 y ss. Y también: RISSO, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición

- Debe analizarse la *idoneidad* de la restricción para alcanzar el fin perseguido (fines que sólo serán admisibles si son de los previstos en el artículo 13 de la CADH).
- Si se cumple el primer paso debe pasarse a la *necesariedad*, conforme a la cual sólo será admisible la restricción cuando no exista otro medio o forma de alcanzar el fin perseguido que limite en menor medida la libertad de comunicación o que no la limite.
- Y superados los dos pasos anteriores, se debe llegar a la *ponderación en sentido estricto*, conforme la cual se debe considerar por un lado la gravedad de la restricción a la libertad de comunicación que ocasiona la restricción legal y por otro lado los argumentos a favor de la obtención de los fines perseguidos con la limitación²⁵. A los efectos de esta ponderación debe tenerse presente que la limitación de la libertad de comunicación, en tanto garantía del sistema democrático y de los otros derechos, debe considerarse en principio grave, por lo que se exigirá una muy fuerte justificación de la limitación. Una sanción administrativa, civil o penal desproporcionada o excesiva constituye un medio indirecto de ataque a la libertad de comunicación (censura indirecta) conforme la Corte IDH en el caso Ricardo Canese).

F) Autoridades de contralor

Respecto a las autoridades de contralor hay algunas pautas que resultan claras y no son cuestionadas por nadie:

- Deben ser independientes del poder político (especialmente del Ejecutivo) y de los agentes económicos y de los propios controlados. Este es un tema especialmente sensible y que resulta, en mi opinión, casi imposible de lograr.
- La actuación de estas autoridades debe cumplir con estándares de transparencia muy altos y la motivación de sus decisiones deberá ser especialmente clara cuando establezca sanciones o limitaciones a la libertad en estudio.
- También debe ajustar su actuación a las pautas de subsidiaridad, razonabilidad y proporcionalidad.

actualizada, FCU, 2008, pp. 120/136, del que surge con claridad la aplicación ineludible de este principio para la Constitución uruguaya. También la Corte IDH ha utilizado en muchas oportunidades este principio, tal como se señala en el trabajo de mi autoría (*¿Qué limitaciones legales ... cit.*) genéricamente citado al inicio de este trabajo.

²⁵ La doctrina y la jurisprudencia alemana primero, luego la europea y la propia Corte IDH, han desarrollado técnicas, criterios o pautas para realizar este análisis. La determinación, como hace Alexy, del grado de afectación de cada interés en tres grados (afectación grave, media o leve) es un buen inicio sin perjuicio de otras alternativas.

- Sin perjuicio de que se debe asegurar el debido proceso en sede administrativa, debe existir un recurso judicial sencillo y rápido contra las decisiones de las autoridades que menoscaben la libertad o impongan sanciones de cualquier tipo o hagan valer responsabilidades.

G) Monopolios

Existe coincidencia en que es imprescindible el combate a los monopolios de hecho o de derecho, incluso los públicos. Debe sí tenerse presente que, como se destacó en el numeral 12 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Pensamiento de la CIDH*, **el combate a los monopolios no debe ser objeto de regulaciones especiales para la comunicación de pensamiento, sino de las mismas regulaciones generales existentes para la actividad privada.** Esta exigencia, en sí misma, constituye una garantía para esta libertad pues se evita la tentación de la regulación arbitraria o torcida que pretenda afectar la libertad de comunicación.

V.

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 19.307

1. OBJETO DE LA LEY, SUJETOS COMPRENDIDOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

El artículo 1º dispone:

ARTÍCULO 1º. (Objeto de la ley).- Esta ley tiene por objeto establecer la regulación de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual.

Se entiende por servicio de comunicación audiovisual un servicio que proporciona una oferta estable y permanente de señales de radio o televisión.

Comprende, por tanto, una o más programaciones, con su respectivo formato, cada una de ellas entendida como la planificación y organización, en forma coherente, de una serie de programas de radio o televisión.

No son objeto de regulación en la presente ley:

Los servicios de comunicación que utilicen como plataforma la red de protocolo internet. [...]

Punto de partida para el análisis de este artículo. En nuestro país la televisión y radio tienen cuatro modalidades básicas: modalidad abierta a través del espectro, modalidad cable,

modalidad satelital y modalidad a través de internet. Las cuatro variantes son similares, transmiten las mismas cosas, venden publicidad, etc.

El literal A transcripto excluye de la regulación legal los servicios de comunicación audiovisual que utilicen como plataforma internet. Esta exclusión, a primera vista, llama la atención. En efecto, la ley regula los principios de la comunicación audiovisual, la protección de los menores, la publicidad en general y en particular la electoral y las normas de protección de niños y adolescentes, los fines que debe perseguir la comunicación audiovisual, el régimen de sanción, etc. ¿Cuál es la razón para que, por ejemplo, un programa informativo de un canal de televisión abierta esté sometido a un régimen estricto (que como se verá vulnera claramente la libertad de comunicación y la especie de libertad de prensa), mientras que un programa exactamente igual, hasta con los mismos periodistas o actores, que se emite a través de internet tiene un régimen distinto? ¿Por qué razón la emisión de programas por internet que realiza Antel (y otras empresas privadas) no tiene restricciones de contenidos ni obligación de emitir programas que cumplan con las pautas legales de producción nacional, ni obligación de emitir publicidad electoral gratuita, ni tienen los importantes costos que la ley impone a los comprendidos en ella? ¿A los niños hay que protegerlos en televisión abierta y para abonados y en radio pero no frente a los programas de Antel y otros operadores privados a través de internet.

O en general: ¿por qué un régimen de libertad plena para empresas nacionales que hacen televisión a través de internet y otro de limitaciones graves para la televisión abierta, para abonados, satelital y radio?

El principal operador de servicios audiovisuales a través de internet es Antel, por lo que llama la atención que un servicio descentralizado pueda tener mayor libertad en materia de comunicación que entidades privadas. Las entidades estatales no son titulares de derechos fundamentales ni se rigen por el principio de libertad sino por el opuesto principio de especialidad. Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por ley mientras que Antel sólo puede hacer aquello para lo que está autorizado. La ley lleva la situación a un absurdo de que, quien efectivamente goza de libertad es Antel y en general los operadores que actúan a través de internet²⁶.

Basta una primera lectura de la ley para que esta diferenciación rompa los ojos y genere una cierta perplejidad.

²⁶ Incluso cabe destacar que se limita a las empresas nacionales que no operan en Internet dejando fuera a las que usan esta plataforma. Por esto queda sin regulación estatal otras entidades internacionales: Netflix, Crackle, etc.

Este principio de igualdad aparece como un principio general de nuestro Derecho Constitucional y como un derecho de los individuos. Claro que la igualdad presenta una diferencia esencial con todos los demás derechos humanos que consiste en ser un derecho sin contenido propio sino que asegura que, en el goce y protección de cada derecho humano, todos tienen derecho a un estatuto similar sin que sean válidas las diferenciaciones.²⁷ Es lo que Fernández Segado, entre otros, denomina derecho relacional²⁸.

Pero centrandolo en la igualdad ante la ley, debe tenerse presente que la formulación histórica decimonónica de la igualdad, tuvo consecuencias en la propia caracterización de la ley, ya que ésta habría de configurarse como: universal (con validez frente a todos los ciudadanos), general (como exclusión de las leyes singulares) y de duración indefinida (vocación de permanencia).

Este tipo de igualdad tiene consagración expresa en nuestra Constitución, cuando en el artículo 8º se prevé que “todas las personas son iguales ante la Ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”. No se puede, en principio, hacer diferencias que no respondan a las virtudes y talentos de los sujetos. Esta enunciación general se completa con el artículo 9º que prohíbe la fundación de mayorazgos y establece que ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias.

La igualdad ante la ley se materializa, entonces, básicamente en dos aspectos: (a) en la prohibición de fueros y leyes especiales (excepto claro está, las excepciones constitucionales), y (b) en una igual protección por parte de las leyes. Este es el principio general, todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protección en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta y requerirá una justificación apropiada como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior es bien sabido que el principio de igualdad ante la ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser admitida, por excepción, siempre que se cumplan con algunos requisitos específicos. Esto es básico. Si la ley no cumple con estos requisitos la misma será inconstitucional por violar el principio en análisis. No puede la Corte constitucional ser tolerante con el Legislador a la hora de analizar las distinciones que se hayan creado sino que,

²⁷ Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I pág. 502.

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 194.

por el contrario, deberá ser exigente a los efectos de aceptar una excepción a un principio constitucional. Se debe defender primero la Constitución y luego la ley.

La Corte, siguiendo a Jiménez de Aréchaga quien a su vez seguía una jurisprudencia estadounidense abandonada en dicho país hace más de 60 años (la tristemente recordada noción de “iguales pero separados” que era muy tolerante con las distinciones que realizaba el legislador y que permitía por ejemplo que existiera transporte y escuelas para blancos y otras separadas para negros), ha sido históricamente tolerante con el legislador y ha aceptado distinciones que no serían aceptadas conforme con los criterios modernos²⁹. Pero en los últimos pronunciamientos ha eliminado las citas a la citada y desafortunada jurisprudencia y ha comenzado un cambio de jurisprudencia.

¿Cuáles son los criterios, pautas de análisis o parámetros para aceptar que una ley que legisla para un “grupo” de individuos es ajustada al principio de igualdad? Al respecto señalé anteriormente que³⁰:

[...] A los efectos de intentar dar la máxima claridad al análisis de estos criterios, se utilizará a continuación la terminología que en general (aunque no siempre) es utilizada por la jurisprudencia española contemporánea y por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

a) El juicio de razonabilidad

En primer término corresponde mencionar el juicio de razonabilidad, pero entendiendo el mismo como referido a la causa de la distinción, o con mayor precisión a la razonabilidad de la causa de distinción.

En lo que refiere a las causas de distinción podemos plantear el problema al menos en tres niveles diversos:

En primer lugar, y como ha desarrollado con precisión Korzeniak, de la lectura de nuestra Constitución surgen diversas hipótesis en que la propia Carta impone, con variable alcance, la pertinencia de las distinciones³¹. Por ejemplo en lo que refiere a los menores de edad, los artículos 40 y siguientes de la Constitución dan la pauta clara de que la distinción entre mayores y menores de edad no sólo es razonable sino que en la mayoría de los casos, según las hipótesis que se analicen, la distinción resulta imperativa.

²⁹ RISSO, Martín, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay”, en *Revista de Derecho*, N° 05, Edit. Universidad Católica del Uruguay, 2010, pp. 171/191.

³⁰ Me remito a RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional... cit.*, pág. 504/509.

³¹ KORZENIAK, José, *Derecho Constitucional 2° cit.*, pág. 82 y ss.

En estos casos la causa razonable de la distinción se encontrará en el propio texto constitucional, por lo que el análisis de la razonabilidad de la misma no presentará dificultades de tipo alguno.

En un segundo nivel encontramos casos en que si bien la Constitución, en cierta forma, admite la posibilidad de la distinción, la misma por lo general no surge como preceptiva sino que se da una amplia discrecionalidad al legislador para su utilización o no. Esto competencia de la Asamblea General de expedir leyes para el fomento de la ilustración, agricultura, lo encontramos por ejemplo en el artículo 85 numeral 3º cuando habla de la industria, etc. Con base en esta norma, en forma implícita, se autoriza al legislador a dictar normas particulares por ejemplo para los sujetos comprendidos en la categoría de industriales, pero bien podrá la ley no efectuar distinciones de tipo alguno.

Por último, encontramos hipótesis en que no surge de la Constitución, ni en forma explícita ni implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos era necesario analizar la razonabilidad de la causa de distinción, pero no buscando la misma en la Constitución, sino constatando que no resulten arbitrarias o caprichosas, y que no resulten contrarias a lo dispuesto en la Carta.³² [Recuérdese que el principio general es el de igualdad y la excepción la diferenciación; el primero se interpreta en forma expansivo y la excepción en forma estricta e incluso restrictiva]

b) Finalidad legítima

El segundo elemento esencial para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación consiste en que exista una finalidad, y que ésta sea legítima. Si el factor diferencial no responde a ningún fin, si es puramente gratuito, deberá tacharse de arbitrario. De la misma forma, cuando existe, la finalidad debe ser legítima.

Nuevamente nos encontramos con que a veces la finalidad de algunas distinciones o categorizaciones está expresamente establecida en la Constitución. En el caso ya citado de los menores de edad sólo será constitucionalmente legítima la finalidad de proteger a los mismos. En otros casos en cambio, el legislador gozará, eventualmente, de una mayor discrecionalidad para seleccionar el fin perseguido.

Al igual que ocurre al estudiar los elementos esenciales o constitutivos del acto administrativo, la distinción entre la causa de la diferenciación y la finalidad de la diferenciación resulta útil, ya que bien podemos encontrar casos en que la causa o motivo de la distinción

³² Sentencia N° 42 de 30 de setiembre de 1993. En *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo X, N° 60, pág. 676 y ss. También en *LJU* caso 12.777. MARABOTTO LUGARO (redactor), TÖRELLO, ALONSO DE MARCO, MARIÑO CHIARLONE, CAIROLI MARTÍNEZ.

sea razonable pero la finalidad sea ilegítima, o bien a la inversa. Por ejemplo, una ley que distinga entre mayores y menores de edad tendrá una causa de diferenciación constitucionalmente válida, pero si la finalidad no es la de proteger a los menores el fin será ilegítimo. También podemos imaginar casos inversos, en que la causa sea inconstitucional, aunque la finalidad sea legítima.

c) El juicio de racionalidad

Pasando al tercer elemento para el análisis de la constitucionalidad de la diferenciación, debe señalarse que se requiere además que pueda efectuarse un juicio de racionalidad, que se aprecia en la relación medio-fin.

La razonabilidad atiende a la causa justificante de la distinción, a esto se suma la constatación de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación, y por último aparece la racionalidad que atiende a algo estructuralmente interno, que es la relación positiva entre medios y fines³³.

d) El triple test en el caso en estudio

Si aplicamos lo anterior al artículo 1 de la ley en estudio es evidente que no puede superar el triple test. Veamos:

La causa razonable de la distinción no está presente en el artículo 1°. En efecto: ¿a qué causa puede responder dar diversa regulación a actividades que son similares? E incluso ¿por qué dar una regulación restrictiva de la libertad de comunicación a la televisión abierta y para abonados o las radios y un régimen de amplísima libertad a servicios de comunicación audiovisual sustancialmente similares y cuya única diferencia radica en la plataforma internet? ¿A qué causa puede responder que a los menores se los proteja más en un caso que en otro cuando la actividad es similar y muchísimos de los programas son similares o se transmiten por una u otra modalidad o las dos acumulativamente?

La arbitrariedad se aprecia sin dificultad. Son cuatro las modalidades de televisión: las que usan el espectro (abierta), satelital, cable e internet. Si se quiere regular distinto a cual-

³³ El Tribunal Constitucional español, en sentencia 114/987 decía que un juicio de racionalidad satisfactorio aparece en la ley que condiciona el derecho a jubilación o retiro a requisitos objetivos como haber prestado servicio por cierto tiempo, haber cotizado durante un determinado período, etc. La distinción entre quienes cotizaron por cierto lapso y quienes no lo hicieron es racional respecto al fin perseguido: la jubilación. Pero si la ley condiciona y limita el derecho a la pasividad al hecho de haber tenido buena conducta por ejemplo, desaparece la racional relación de medios y fin, ya que la diferenciación entre quienes cumplen con dicho requisito y quienes no lo cumplen no guarda una relación de racionalidad con el fin perseguido o sea con el derecho a la jubilación.

quier de ellas la distinción será arbitraria pues no hay causa de distinción: el uso del espectro, cable, satélite e internet no justifica el doble régimen. La televisión y la radio es la misma.

¿Qué finalidad persigue el legislador al someter a las entidades comprendidas en la ley 19.307 a un severo régimen de contralor, costos, limitaciones y restricciones de todo tipo pero asegurando un régimen de máxima libertad por ejemplo para Antel y otros operadores a través de internet? La única finalidad posible sería la de beneficiar a Antel y a los operadores en internet frente a los comprendidos en la ley. Pero esta conclusión sería inaceptable por lo que habría que concluir que no hay fin. Y mucho menos un fin legítimo para beneficiar a unos en perjuicio de los otros y para que actividades sustancialmente similares tengan regulación diferente.

Si bien al fracasar la distinción al ser enfrentada a los dos primeros pasos del triple test ya es suficiente para concluir en la violación del principio de igualdad, se aprecia fácilmente que tampoco se cumple con el juicio de racionalidad. No existe una adecuada relación entre el fin perseguido (en realidad no hay ninguno) y el medio usado. ¿Cómo podría justificarse un régimen amplio de libertad para algunos servicios de comunicación audiovisual y otro sumamente restrictivo (con muchas inconstitucionalidades como se verá más adelante) para otros servicios similares.

La violación al principio de igualdad es muy clara y no puede ser evitada la declaración de inconstitucionalidad. Admitirla sería como aceptar que pueda haber un régimen para las empresas que fabrican automóviles y otro para las que fabrican camionetas. Se podrá decir que existe una diferencia objetiva entre automóviles y camionetas, pero no es válida de la misma forma que no son válidas las distinciones entre hombres y mujeres o entre bancos y negros.

2. SISTEMA DE CONTRALOR, INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Dentro del entramado de órganos de contralor, infracciones y sanciones, el contralor y el poder sancionatorio queda a cargo de órganos administrativos con la excepción de lo referente a los artículos 28 y 31 a 34 inclusive que corresponden al Poder Judicial. Por un problema de orden, se postergará el estudio de los casos en que actúa el Poder Judicial para más adelante.

Ya se mencionaron las pautas y criterios que deben seguirse en esta materia: (a) autoridades de contralor independientes del poder político y en especial del Poder Ejecutivo; (b) actuación transparente y subsidiaria; (c) conforme el principio de legalidad las infracciones y

su sanciones deben estar taxativa, clara y completamente establecidas en la ley (son inadmisibles los términos vagos, confusos o las remisiones a la reglamentación); (d) las infracciones y las sanciones sólo pueden estar en función de los fines taxativamente establecidos en el artículo 13 de la CADH y, a su vez, deben ser objeto de una interpretación estricta; (e) las limitaciones deben responder a “imperiosas” e impostergables razones; (f) toda la regulación debe poder superar el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto); y (g) debe evitarse que esta regulación termine teniendo efectos negativos (presiones, tendencia a la autocensura o censura previa) por los abusos o excesos del sistema de contralor y sanciones y que afecte negativamente la libertad de comunicación (deben ser responsabilidades ulteriores y nunca pueden afectar, directa o indirectamente, en forma previa o concomitante con la comunicación).

La ley incumple incuestionablemente con la pauta de que las autoridades de contralor y sanción sean imparciales e independientes del Poder político. El incumplimiento está a texto expreso:

ARTÍCULO 176. (Competencias).- Corresponderá al Estado, a través del Poder Ejecutivo, de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, del Consejo de Comunicación Audiovisual o del Poder Judicial, según corresponda, el control, la supervisión, el ejercicio de la potestad sancionatoria y la imposición de la obligaciones previstas y de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

La inconstitucionalidad es evidente e incuestionable. Controla el Poder Ejecutivo, por sí para las decisiones más importantes o por dependencias desconcentradas sin perjuicio de lo que refiere el Poder Judicial que se analizará más adelante.

Pero veamos con más detalle:

A) Al Ejecutivo, conforme el artículo 63 y a título de competencia exclusiva, le corresponde:

- Otorgar las concesiones, licencias y autorizaciones (literal B), lo que implica no sólo el contralor técnico del uso del espectro radioeléctrico sino también el contralor y definición de quiénes podrán prestar estos servicios y el Ejecutivo controla hasta los proyectos comunicacionales que no podrán luego cambiar sin su autorización (el Ejecutivo se reserva el derecho de permitir o no los contenidos de la programación), todo de acuerdo al artículo 102.
- Renovar, revocar y declarar la caducidad de las licencias (literal C).

- Conforme el literal F de este artículo 63, aplicar las sanciones más graves previstas en el artículo 181 literales E y F.
 - Aprobar los pliegos de bases y condiciones para la selección de interesados, con lo que se podrá controlar las líneas generales de los contenidos de los emisores (literal H).
- B) El Ministerio de Industria, Energía y Minería a través de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual, tiene las competencias del artículo 64, teniendo incidencia en la fijación de los criterios para el otorgamiento de licencias (control de contenidos) conforme el literal B; dictaminar en las autorizaciones y sanciones conforme el literal C.
- C) La Ursec tiene las competencias del artículo 65 que no presentan mayores problemas.
- D) El Consejo de Comunicación Audiovisual aparece como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo sin perjuicio de la facultad de avocación del Ejecutivo (artículo 66). Es claro que estamos ante un caso de desconcentración no privativa o impropia³⁴ (el jerarca tiene competencia concurrente con el órgano desconcentrado lo que surge de la facultad de avocación y demuestra que siempre es el Ejecutivo quien manda). Y no debe olvidarse, además, para todos los órganos desconcentrados, que por la vía del recurso jerárquico, ineludible conforme el artículo 317 de la Constitución, quien siempre resuelve y termina mandando el Poder Ejecutivo. El poder de decisión es político y está en el Ejecutivo.

En cuanto a las competencias del artículo 68 y teniendo siempre presente que en realidad es el Ejecutivo quien controla a los canales de televisión y radio, encontramos algunas problemáticas: a) aparecen importantísimas atribuciones de contralor en el literal G, contralor político y dependiente y concurrente con el Ejecutivo; b) participación en un tema por demás sensible como es la preparación de reglamentos y pliegos para los llamados a los interesados (literal J); c) realizar los llamados que estarán a cargo de un órgano dependiente y con competencia concurrente con el Ejecutivo (literal K); d) control de contenidos al supervisar que el prestador privado no se aparte de su proyecto comunicacional o sea que no emita nada para lo que no estaba autorizado (literal M); e) también participa en los procesos de autorización, revocación, etc. conforme el literal Ñ; f) formular denuncias ante la Justicia contra los prestadores, lo que es muy grave ya que la denuncia judicial es una de las formas

³⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Recursos administrativos*, Tercera edición, FCU, 2000, p. 157 y ss.

más utilizadas para presionar a los medios (literal Q); g) aplicar sanciones conforme la letra R; h) una competencia absolutamente abierta y violatoria del principio de legalidad aparece en el literal U: ¿qué podrá hacer? No dice nada por lo que es una típica norma en blanco y en consecuencia inconstitucional. Quizás este apartado U puede ser interpretado en el sentido de que lo que podrá hacer es formular proyectos de ley en esta temática. Pero si éste fuera el sentido correcto la Corte debería precisarlo ya sea i) por la negativa diciendo que no puede tomar decisiones y pretender imponerlas a los prestadores o ii) por la positiva señalando que sólo podrá elevar proyectos en este sentido.

Se ha dicho mucho que la integración del Consejo da garantías en cuanto a su imparcialidad, independencia y objetividad. Esto no es así sino que en forma inconstitucional se subordina el Consejo al poder político (en especial al Ejecutivo). Veamos:

- Ya se señaló que con el artículo 66 se subordina totalmente el Consejo al Poder Ejecutivo con una competencia concurrente (como surge de la facultad de avocación) como por la vía del recurso jerárquico. Siempre decide y manda el Poder Ejecutivo.
- Además la designación del Presidente del Consejo es de resorte exclusivo del Ejecutivo por lo que no cabe dudas que será persona de su confianza y obediencia (artículo 74).
- En cuanto a los restantes miembros el artículo 74, en su inciso primero, da la impresión de que exige acuerdos parlamentarios amplios al exigir el voto de 2/3 de miembros de la Asamblea General. Pero en el inciso siguiente borra con la manga lo escrito y dice que si no se logran los 2/3 se citará nuevamente a la Asamblea y resolverá por mayoría absoluta. ¿Cuál es la realidad del procedimiento de designación? El Presidente será hombre del Ejecutivo y los restantes, salvo que al partido de gobierno le gusten los nombres propuestos por la oposición o que ésta acepte los propuestos por el gobierno, serán designados también por el gobierno bastando con la mayoría absoluta de votos de la Asamblea General.
- Pero hay más. Los ceses, conforme el artículo 77 literal E, pueden disponerse, por ejemplo, por “actuar con notoria negligencia”. Concepto por demás vago. Y en este caso basta con el voto de la mayoría absoluta de la Asamblea General. O sea, la estabilidad en el cargo de los miembros del Consejo queda supeditada a lo que decida el gobierno (Poder Ejecutivo y su mayoría legislativa sin incidencia alguna de la oposición).

- Mire por donde se mire, estamos ante un contralor político, directamente bajo el control del Ejecutivo y su mayoría legislativa, y en el que los miembros del Consejo no tienen garantías de independencia de ningún tipo.
- Y todavía no se pierda vista que el artículo 67, bajo la vacía y vaga referencia al “interés general”, da al Consejo carta blanca para hacer lo que quiera.

Para terminar con el Consejo cabe señalar otra inconstitucionalidad en el artículo en el literal C del artículo 73, cuando se declara incompatible el cargo de consejero con toda otra actividad remunerada pública (lo que es redundante e innecesaria ya que el doble empleo público ya está prohibido) o privada. Esto es un exceso inaceptable. El artículo 76 de la Constitución establece que todos los ciudadanos pueden ser llamados a los cargos públicos y el principio de igualdad (artículos 8 y 72 de la Constitución) lo complementa. La incompatibilidad establecida no puede superar el juicio de proporcionalidad y resulta inconstitucionalmente excesiva y violatoria del principio de igualdad. De todas formas le señalo que los actuales o futuros prestadores de servicios no tendrían legitimación activa para promover la declaración de inconstitucionalidad de este apartado C salvo que se sostuviera que al excluir a muchas personas valiosas de la posibilidad de integrar el Consejo se estaría perjudicando a los controlados. Con este texto serán miembros del Consejo personas ricas (que no precisen trabajar), jubilados o personas que puedan abandonar todas sus actividades durante su mandato en el Consejo.

- A) En el artículo 79 aparece la CHASCA. Este órgano, aparentemente inocuo, afecta las garantías de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en la medida que se establece un entramado de órganos de contralor, con competencias superpuestas que afectan necesariamente la seguridad jurídica. Las responsabilidades de contralor se diluyen y el establecimiento de criterios lógicos se hace casi imposible.
- B) Pero todavía hay más autoridades de contralor ya que en el artículo 84 se atribuyen funciones de contralor a la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo que, como órgano básicamente asesor, funciona en la órbita del Poder Legislativo.
- C) En el artículo 86 apartado A aparece otra figura confusa en cuanto a sus competencias: el Relator Especial de los Servicios de Comunicación Audiovisual. Cargo con competencia en blanco.

- D) Y por las dudas, en el artículo 146 aparecen referencias a la autorregulación y en el 146 aparece otra figura de contralor: el Defensor de la Audiencia.
- E) Los únicos que no tienen quien los defienda son los prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

De lo anterior surge un sistema de contralor que resulta incompatible con la protección que nuestra Constitución y la CADH le da a la libertad de comunicación. En efecto:

- Ocho órganos de contralor (PE, MIEM, Ursec, Consejo de Comunicación, CHASCA, Institución Nacional de Derecho Humanos, Relator Especial y Defensor de la Audiencia). Se trata de un sistema asfixiante e intolerable para el ejercicio de la libertad de comunicación, la más importante de las libertades si se analiza desde los estándares democráticos, viendo las garantías de los otros derechos y como forma de contralor del poder.
- Y no se pierda de vista que todavía falta el control del Poder Judicial que se verá más adelante (más los habituales controles: DGI, BPS, MTSS, etc.).
- De los ocho órganos administrativos de contralor, salvo, en parte, el defensor de la audiencia, todos son políticos. O es el Ejecutivo actuando directamente o por órganos subordinados a él o por una institución que funciona en el ámbito del Legislativo.
- Todo esto implica una presión excesiva, reñida con el principio de proporcionalidad y, por sobre todo, absolutamente innecesaria. Quita certeza a la actuación de los prestadores privados y conduce a un esquema abusivo de censura indirecta o de medios para la censura indirecta (artículo 13 de la CADH).

El sistema (los artículos mencionados anteriormente) es claramente inconstitucional.

3. ¿CÓMO DEBERÍA SER UN SISTEMA DE CONTRALOR ADECUADO?

Reitero que sólo sería admisible un sistema de contralor de los medios que cumpla con las siguientes pautas:

- El sistema de contralor debe ser claro, sencillo y dar garantías de transparencia.
- Los órganos de contralor no pueden estar subordinados al poder político y muy especialmente al Ejecutivo.

- Tampoco pueden tener la forma de entes autónomos y servicios descentralizados pues los artículos 197 y 198 de la Constitución demuestran que no tienen en adecuado grado de independencia del poder político.
- La figura jurídica adecuada sería la de una entidad paraestatal, con garantías efectivas para la designación de sus miembros (se debe establecer mayorías especiales, 2/3 por ejemplo, tanto para la designación como para la destitución de todos miembros de la entidad paraestatal; y además deben establecerse en la ley garantías presupuestales que le den independencia económica).
- También es necesario que se establezca, en beneficio de los prestadores de servicios, un recurso judicial ágil y efectivo contra las decisiones administrativas.
- Sólo puede quedar excluido de lo anterior los aspectos estrictamente técnicos, respecto al uso del espectro, que están a cargo de la Ursec.

4. SISTEMA DE INFRACCIONES

La ley establece 17 infracciones muy graves (artículo 178), 13 graves (artículo 179) más una suerte de infracción en blanco en el artículo 180. No se pierda de vista, además, que esto tiene directa incidencia en las eventuales renovaciones de autorizaciones o licencias conforme el artículo 126. Este volumen de sanciones viene a reforzar lo dicho en los numerales anteriores de este informe, demostrando la inconstitucionalidad del sistema de contralor, infracciones y sanciones.

Veamos ahora los aspectos particulares de las infracciones:

A) Infracciones muy graves (artículo 178):

En el literal M se prevén sanciones en caso de apartarse, entre otras cosas, del proyecto comunicacional presentado originalmente. Esto significa que el Ejecutivo se mete en la programación, aunque sea en sus líneas generales, y luego, si el prestador legítimamente la quiere modificar (para mejorar su oferta, por razones económicas, etc.) deberá pedirle permiso al Ejecutivo (lo que es una suerte de censura previa) y será sancionado si lo cambia sin permiso. La imposibilidad del cambio en la comunicación de pensamiento y su tipificación como infracción muy grave implica una inconstitucional limitación de la libertad de comunicación en una manifestación de censura previa. El Ejecutivo sabrá qué puede hacer cada medio (se determinará al momento de autorizarlo) y luego tiene medios poderosos para evitar que cambie y que incluya en su programación cosas que no gusten al Ejecutivo. Es inaceptable.

En el literal N se sanciona por incumplir con mínimos de contenidos de producción nacional. Esto es inconstitucional pues el Ejecutivo se mete en los contenidos, lo que le está expresamente prohibido (los prestadores pueden comunicar en *toda materia* conforme el artículo 29 de la Constitución y de *toda índole* según el artículo 13 de la CADH). Sin perjuicio de que más adelante se analizará esta inconstitucionalidad, la tipificación de esto como infracción muy grave es inconstitucional.

En el literal O aparece algo como el viejo y superado “pague y luego repita”. Si un prestador recibe una orden que entiende afecta inconstitucionalmente sus derechos constitucionales (por ejemplo que no puede exhibir cierto programa) tiene que cumplir con la orden por temor a la sanción. El contralor sobre los medios debe ser “posterior” y no se pueden imponer obligaciones o prohibiciones previas. La inconstitucionalidad es muy clara: que se discuta el tema judicialmente o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su caso, pero que no se imponga, en comunicación de pensamiento, la obligación de cumplir por miedo a la sanción. Las responsabilidades deben ser ulteriores.

Algo parecido pasa con el literal P, pero la inconstitucionalidad del requerimiento libre de información se analizará más adelante.

B) Infracciones graves (artículo 179):

La inconstitucionalidad del literal C es similar a las mencionadas en el apartado A anterior, literal “a”. Me remito a lo dicho.

El literal D establece una infracción residual, en blanco, y no se sabe qué contenido tiene. La exigencia de que la infracción se tipifique legalmente en forma clara y completa se incumple con la consecuencia evidente de su inconstitucionalidad.

En el literal E se repite la inconstitucionalidad mencionada en el apartado A anterior, literal “b”. Me remito a lo dicho.

En los literales G y H se reproduce el caso mencionado en el apartado A anterior, literal “c”. Me remito a lo dicho.

El literal J repite el E y presenta las mismas inconstitucionalidades.

C) Infracciones leves (artículo 180).

Se define las infracciones leves como todas las acciones u omisiones contrarias a las obligaciones establecidas en la ley que no estén tipificadas como graves o muy graves siempre que no impliquen un perjuicio grave a los derechos fundamentales protegidos por la presente ley. Se trata de una norma sancionatoria en blanco, vaga y absolutamente incons-

titucional. No es necesario agregar nada, salvo que además de ser en blanco es de la más absoluta vaguedad, lo que también es incompatible con un sistema de infracciones ajustado a la Constitución. La Corte IDH ha detectado muchas veces estas vaguedades declarando su incompatibilidad con la CADH.

D) El artículo 98, en su penúltimo inciso, fuera del régimen sancionatorio general tiene una previsión increíble: “En cualquier caso, si surgieran inconvenientes para el normal desarrollo de las inspecciones como consecuencia de la oposición de los titulares de los servicios, debidamente comprobada, se dará lugar a la suspensión inmediata de las emisiones”.

Fácil es advertir el riesgo que para la libertad de expresión implica este inciso: podrán suspenderse las transmisiones en cualquier momento en que al Gobierno no le guste lo que está viendo o lo que se va a emitir. Bastará con hacer una inspección y que “surjan inconvenientes”.

La inconstitucionalidad es muy clara: con estos artículos se afecta excesivamente la libertad de comunicación en clara violación del principio de proporcionalidad, se perjudican los contenidos (se los puede dirigir) y, todavía, hay violaciones claras al principio del debido proceso.

2. LAS SANCIONES

Sin perjuicio de las sanciones atribuidas al Poder Judicial que se analizarán más adelante, el régimen de sanciones presenta muchísimos problemas constitucionales.

En el artículo 181 se establecen seis sanciones posibles (pero no debe olvidarse la sanción de suspensión de la programación del artículo 98): observación, apercibimiento, el decomiso de los elementos en infracción, multa, suspensión de hasta 90 días en la prestación de los servicios y revocación de la concesión, autorización, licencia o registro. Luego se aclara esto y por ejemplo se dispone en el artículo siguiente que la multa puede llegar a las 10.000 UR (artículo 182).

Y a todo se agrega un régimen muy extenso de prescripción (seis años, tres y un año) en el artículo 186 que permite mantener la espada de Damocles sobre los titulares de los medios por años (concretamente seis). Advuértase que hay delitos que prescriben en menos tiempo que las infracciones muy graves.

El régimen de contralor, infracciones y sanciones, resulta en buena parte incompatible con la libertad de expresión, excediendo la noción constitucional de abuso y los parámetros del artículo 13 de la CADH. Veamos por qué razones:

- A) El artículo 12 de la Constitución (y también la CADH) establece un principio básico en el ordenamiento jurídico de que nadie puede ser penado (sanción penal) sin una sentencia (que presupone la actuación del Poder Judicial) y cumpliendo con el debido proceso.

La Constitución uruguaya prohíbe ciertas penas: la pena de muerte por el artículo 26; la prisión perpetua; la confiscación de bienes por motivos políticos está vedada por el artículo 14; la prisión por deudas no es procedente según el artículo 52 inciso 2º³⁵; tampoco sería admisible una pena que significara la mortificación del penado conforme el inciso 2º del artículo 26. Otras penas son admitidas por la Carta: prisión y penitenciaría (artículos 27 y 80); inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier cargo público (artículo 77 numeral 4º); destierro o inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos (artículo 80 numeral 5º); la pena de confinamiento está autorizada con base en el artículo 12; y a su vez, será posible la confiscación de bienes por motivos que no sean políticos. Pero también la Constitución hace referencia a sanciones administrativas lo que lleva al problema de cuándo la sanción es penal y cuándo es administrativa (y las consecuencias son importantes: para empezar en el primer caso la sanción sólo la puede imponer un Juez).

El problema que se ha presentado históricamente en nuestro país, y que se presenta en la ley, es que muchas veces se “disfrazan” sanciones penales bajo la forma de penas administrativas con lo que se elude la participación judicial haciendo perder garantías al sancionado.³⁶ Los ejemplos nacionales son muchos: ley que autoriza al Poder Ejecutivo la expulsión de extranjeros indeseables, algunas potestades para inhabilitar individuos de Banco Central del Uruguay, clausura de establecimientos por parte de DGI, etc.

³⁵ El decreto-ley 14.412 prevé diversas sanciones penales a quienes cometan delitos relativos al uso de cheques comunes o de pago diferido. Siempre se ha dudado de la constitucionalidad de estas sanciones ya que en algunas de las hipótesis previstas en la norma legal –no en todas– parece que en definitiva se está ante un caso de prisión por deudas (basta pensar en el delito de libramiento de cheques sin fondos). La Suprema Corte de Justicia ha rechazado todas las solicitudes de inconstitucionalidad formuladas en este punto (por ejemplo ver: sentencia N° 114 de 19 de agosto de 1991, en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo VIII, N° 44, pág. 108 y ss., sin perjuicio de lo cual debe reconocerse que el punto es discutible).

³⁶ BENDA, MAIHOFFER, VÖGEL, HESSE Y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición*, Edit. Marcial Pons, España, 1996, pág. 767 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución nacional ... cit.*, tomo I, pág. 241 y ss. DELPIAZZO, Carlos, *Las potestades del Banco Central del Uruguay*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Dr. Alberto Ramón Real*, FCU, pág. 227. CAGNONI, Aníbal, *¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley N° 15.322*, en *Rev. de Derecho Público*, Año 1998, N° 13, pág. 171 y ss. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición, pág. 425 y ss. MÉNDEZ, Aparicio, *Las sanciones administrativas*, en LJU, tomo I, pág. 7 y ss. Y también mi libro *Derecho Constitucional tomo I ... cit.*, capítulo 20.

- B) En la ley hay sanciones penales claramente encubiertas, como la inhabilitación del artículo 105 literal C para aquellos que fueron objeto de ciertas sanciones y el decomiso (clara sanción penal conforme el artículo 14 de la Constitución).

Otras veces la sanción es tan grave que al superar el parámetro de intensidad se transforma en una sanción penal.

Las dos primeras sanciones del artículo 181 no merecen observación, pero el decomiso, la multa de hasta UR 10.000 (más de US\$ 200.000), la suspensión de actividades y la revocación son demasiado graves para admitirlas bajo la forma de sanción administrativa; en realidad son sanciones penales³⁷. En estos casos lo que corresponde, y lo que daría garantías a los titulares de SCA, es que la autoridad administrativa plantee el tema ante el Poder Judicial (que formule una denuncia) y que sea un juez penal quien determine si procede o no la sanción. De lo contrario no hay garantías jurisdiccionales pues el sancionado deberá recurrir administrativamente y luego demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por lo que la sentencia judicial llegará unos cuatro años después de haberse aplicado la sanción. La sanción penal debe ser dispuesta por un juez.

3. SÍNTESIS

A mi juicio, el pesadísimo entramado de autoridades de regulación, fiscalización y sanción, en general dependientes del Poder Ejecutivo y sin garantías de imparcialidad e independencia del gobierno, más el elevadísimo número de sanciones y una norma con sanciones en blanco (será sanción leve todo lo que no fue definido como grave o muy grave), más la severidad de algunas sanciones, algunas formuladas con gran vaguedad (en contravención de la Declaración Conjunta del Décimo Aniversario ya citada, punto 1 literal “c” y punto 8 literal “b” y al artículo 13.3 de la Convención Americana), la previsión de sanciones penales bajo la forma de sanciones administrativas, constituyen una regulación claramente incompatible con la libertad de expresión consagrada constitucional e internacionalmente. El sistema establecido en la ley es incompatible con nuestra Constitución (se sancionan cosas que no sólo no son abusos de los medios sino que son abusos del Estado) y con la Convención Americana de Derechos Humanos y los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

³⁷ Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional ... cit.*, pp. 619/625.

Las violaciones al principio de legalidad (vaguedad de las infracciones, infracciones en blanco, etc.), afectación del principio de proporcionalidad (excesos claros en la regulación) y del debido proceso (penas disfrazadas, etc.) resultan muy claras.

4. EL ARTÍCULO 198

Un tema transitorio en lo que refiere al contralor administrativo aparece en el artículo 198 cuando se establecen que hasta que se constituya el Consejo de Comunicación sus competencias, salvo las atribuidas a otros órganos, serán ejercidas por la Institución Nacional de los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo.

La inconstitucionalidad de la atribución de competencias de administración activa a la Institución (órgano asesor del Poder Legislativo) es muy clara pues viola el principio de separación de poderes³⁸. Este principio implica que:

- A) Al Poder Judicial le corresponde, en principio, el ejercicio de la función jurisdiccional sin perjuicio de aquella actividad administrativa que sea imprescindible para el ejercicio de la función de principio o que por excepción le haya sido atribuida por la Constitución.
- B) Lo mismo ocurre con el Poder Legislativo. Le corresponde el ejercicio de principio de la función legislativa, sin perjuicio de las excepciones constitucionales y de aquellas actividades administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de la función legislativa o de las competencias expresamente establecidas en la Constitución.

Es evidente que las funciones del Consejo no son legislativas, no cuentan con excepción constitucional ni son imprescindibles para el funcionamiento y actuación del Poder Legislativo.

O sea, la atribución transitoria de estas competencias de administración a la Institución Nacional de Derechos Humanos es inconstitucional por violar el principio de separación de poderes.

A) Sistema de contralor judicial

Además de la vaguedad e imprecisión de muchas conductas tipificadas en la ley y que serán pasibles de sanción, incompatibles con las pautas propias e incuestionables del

³⁸ Me remito a lo dicho en *Derecho Constitucional tomo I... cit.*, pp. 419/421 y 448/451.

principio de legalidad y con la regulación constitucional y convencional de la libertad de comunicación, sin duda el legislador advirtió que esto llegaba a una gravedad inconcebible en los artículos 28 y 31 a 34 de la ley. Esto es, en materia de discriminación y protección de los menores. La idea que surgió fue que el poder sancionador lo ejerciera el Poder Judicial a instancias del Consejo de Comunicación o de cualquier persona. Sin duda la idea fue buena y el Poder Judicial da muchas más garantías. Pero no alcanza. En la regulación de este punto en particular aparecen varias inconstitucionalidades.

La competencia del Poder Judicial se limita al artículo 28 y a los artículos 31 a 34 que serán analizados más adelante, en lo que a sus inconstitucionalidades refiere, bajo el título de “protección de los niños”.

Acción de protección del artículo 43. Legitimación activa

Para esta llamada acción de protección la ley establece que podrá promoverla el Consejo de Comunicación cuando entienda que se han cometido violaciones a los artículos 28, 31, 32, 33 y 34 de la ley, y cualquier persona física o jurídica. Esto es, además del órgano administrativo de contralor la acción se establece como una “acción popular” que cualquiera puede promover.

¿La acción popular, sin exigencia de legitimación alguna, es ajustada a la Constitución? La respuesta es incuestionablemente negativa y afecta ilegítimamente la libertad de comunicación.

La idea fue dar garantías pasando el tema al Poder Judicial pero en realidad se hizo muy mal. Pensemos en el siguiente caso: un medio da una noticia que no le gusta algún colectivo, o mantiene una actitud editorial que no es compartida por el grupo, pues éste, tomando normas extraordinariamente imprecisas contenidas en los artículos 28, 31, 32, 33 y 34 de la ley, podría iniciar una serie de demandas que enloquecerían al medio, le ocasionarían gastos, mala prensa y con riesgo de sanción. Los medios deben estar a salvo en esto. Lo lógico es que la legitimación la tenga el Consejo de Comunicación (sin perjuicio de lo ya dicho en cuanto a la inconstitucionalidad de este Consejo sometido a jerarquía del Ejecutivo) y eventualmente quien pueda verse directamente afectado en sus derechos. Pero la legitimación abierta perjudica la libertad de comunicación abriendo un flanco innecesario y nocivo para los medios que podrán ser objeto de presiones por la vía de denuncias que resultarán costosas (habrá que defenderse), molestas y pueden generar procesos de autocensura.

Violaciones del principio del debido proceso

Si bien es incuestionable que los jueces dan mayores garantías que los órganos administrativos sometidos a jerarquía del Poder Ejecutivo, el proceso que se estableció tiene

problemas de inconstitucionalidad por violación del debido proceso y la consiguiente pérdida de garantías para los medios (denunciados por haber cometido presuntas infracciones).
Veamos:

- A) En el artículo 49 se prevé la posibilidad de que el Juez dicte medidas provisionales, pero a diferencia de la regulación ordinaria se omite exigir la contracautela de quien la solicita. No es éste un tema menor. Bien sabido es el riesgo de las medidas cautelares, provisionales o en general anticipadas. Se están adoptando medidas sin haber dado a la contraparte su día ante los tribunales y la posibilidad de ejercer todas sus defensas. El riesgo es parecido al de la prisión preventiva. La no exigencia de contracautela afecta, en forma inconstitucional, los derechos de los medios pues los exponen a sufrir daños y que luego no pueda obtener resarcimiento.
- B) En el artículo 50, seguramente pensando en las acciones de amparo, se prevé que la apelación debe presentarse dentro del plazo de tres días. Pero esto no es un amparo en que todo gira en torno a la ilegitimidad manifiesta, sino que pueden referir complejos problemas y profundas discusiones. El plazo para apelar afecta la garantía de defensa de los medios y es sin duda inconstitucional por lo exiguo. Y no se olvide que un medio puede verse enfrentado a decenas de demandas por cualquier persona.

B) Publicidad electoral gratuita

Desde el artículo 142 al 145 se regula la publicidad electoral en televisión y radio. No voy a repetir la regulación pero en síntesis se establece que en lo previo a los actos electorales que se mencionan en el artículo 142 y que comprenden todas las instancias posibles de elecciones nacionales, las departamentales y las internas de los partidos políticos, y en los períodos previstos en la ley 17.045 (que oscilan entre 15 y 30 días) los canales de televisión y las radios deberán ofrecer publicidad gratuita a los partidos y que está tendrá una duración igual al 60% del tiempo destinado a mensajes publicitarios por cada hora de transmisión. Pero además prevé que el Consejo de Comunicación podrá aumentar el tiempo mínimo.

Los artículos siguientes establecen la forma de distribución del tiempo entre partidos y sectores en forma claramente inconstitucional en tanto favorece a los partidos mayoritarios y perjudica a los pequeños y a los nuevos.³⁹

³⁹ Véase lo que ocurrirá en lo previo a las elecciones de 2019:
En un día y por cada medio En los 50 días y por medio

La regulación afecta fuertemente los contenidos y las propias finanzas de los emisores.

En este punto hay que reconocer que en todo sistema democrático es importante la difusión pública de partidos, candidatos e ideas. En general se ha aceptado conforme al principio de proporcionalidad que se puede requerir a los operadores que concedan, en los días previos a las elecciones, cierto número de minutos (por ejemplo 20 por día) a los partidos políticos, no para hacer propaganda sino para expresar al público sus ideas y propuestas (esto parece más importante y sano para un sistema democrático que extender slogans, cantos electorales e imágenes que poco o nada dicen de lo que propone cada partido). El propósito de apoyar la difusión preelectoral se cumple con estos espacios y no con propaganda.

Entiendo que breves espacios para que los partidos expongan sus ideas puede ser ajustado a derecho, pero la regulación que la ley hace de la propaganda electoral no se compadece con la libertad de expresión de pensamientos ni puede fundarse su limitación en el artículo 13 de la CADH. Por el contrario, parece que la regulación es absolutamente desproporcionada y priva durante ciertos períodos a los emisores de recibir los ingresos esperados (menos publicidad común y la electoral será gratuita). La violación del principio de propiedad es clara.

La regulación de la publicidad gratuita es contraria a la Constitución y a la CADH en la medida que:

- Se mete en los contenidos de los canales.
- Afecta fuertemente las finanzas (los ingresos se reducirán como mínimo en un 60%; 60 % obligatoria más lo que se pierda de avisadores privados que no perderán el tiempo en eso períodos dominados por lo electoral). ¿Qué empresa resiste que se le bajen sus ingresos habituales a menos de un 40% de lo habitual?
- No se cumple con el principio de proporcionalidad: la medida no es idónea para promover la democracia (sí lo serían espacios para que los partidos transmitan sus ideas, pero no oír canciones y ver imágenes agradables), ni cumple con la pauta de la necesidad (hay otras vías para lograr la promoción de la democracia y no sólo tan efectivas como ésta sino mucho más efectivas) y tampoco superan estas disposiciones la ponderación en sentido estricto.

Frente Amplio	76 min.	3800 min.
Partido Nacional	51 min. 42 seg.	2590 min.
Partido Colorado	30 min. 24 seg.	1525 min.
Partido Independiente	12 min. 42 seg.	637 min. 30 seg.
Asamblea Popular	9 min. 12 seg.	460 min.
Otros	0	0

- Se viola la libertad de comunicación, la libertad de empresa (artículo 36 de la Constitución) y el derecho de propiedad sobre los ingresos (artículos 7 y 32 de la Carta).
- Por último, un tema trascendente. El artículo 77 de la Constitución, en su numeral 7, dispone:

Toda nueva ley de Registro Cívico o de Elecciones, así como toda modificación o interpretación de las vigentes, requerirá dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Esta mayoría especial regirá sólo para las garantías del sufragio y elección, composición, funciones y procedimientos de la Corte Electoral y corporaciones electorales. Para resolver en materia de gastos, presupuestos y de orden interno de las mismas, bastará la simple mayoría.

Resulta muy claro que la publicidad política es una de las garantías básicas del sufragio ya que no podría haber elecciones democráticas sin dicha publicidad regulada en forma igualitaria. O sea, se agrega en la especie una inconstitucionalidad formal en la medida que no se cumplió con las mayorías especiales que prevé el artículo transcrito.

C) Creación de un monopolio estatal y prohibiciones

El artículo 89 dispone que:

(Transporte).- El Sistema Público de Radio y Televisión Nacional y la Administración Nacional de Telecomunicaciones, individual o conjuntamente si así lo acuerdan, serán los únicos habilitados a brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión a titulares de servicios de radiodifusión abierta de radio y de televisión que no dispongan de ella.

Ambos organismos deberán garantizar la prestación del servicio y podrán cobrar un precio por el mismo, el que deberá ser razonable, estableciendo un tarifario basado exclusivamente en las categorías público, comercial y comunitario, y se elevará al Poder Ejecutivo para su aprobación.

La norma es clara: se establece un monopolio en favor de dos servicios descentralizados SPRTN (que tiene esta naturaleza jurídica conforme el artículo 150 de la ley en estudio) y ANTEL y autoriza cobrar un precio por los servicios que se basará no en el servicio que se preste sino exclusivamente en las categorías de los obligados a su pago.

El artículo 85 de la Carta dispone:

17) Conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara.

La disposición constitucional es muy clara en cuanto a que requiere una mayoría de dos tercios de componentes de cada Cámara como solución de principio y sólo por excepción, para el Estado y los Gobiernos Departamentales, basta con mayoría absoluta. Es cierto que la Constitución utiliza la expresión Estado en dos sentidos: a) para referir a la persona jurídica de derecho público mayor (compuesta por los tres poderes de gobierno, el TCA, el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral) y b) a veces para referir NO a una persona jurídica sino genéricamente a todas las personas de derecho público, sean éstas el Estado en tanto persona jurídica como los de los entes autónomos, servicios descentralizados y gobiernos departamentales (personas jurídicas de derecho público menores).

Pero no cabe duda que en numeral 17 transcripto se hace referencia a la persona jurídica Estado y no al Estado en sentido amplio, y esto por dos razones contundentes: i) los monopolios sólo se pueden establecer en favor de personas jurídicas (únicas titulares de obligaciones y derechos) y ii) cuando el numeral 17 agrega a los gobiernos departamentales está demostrando que éstos no estaban comprendidos en la referencia al “Estado” o, si se prefiere, la expresión Estado del numeral 17 debe entenderse como referida exclusivamente a la persona jurídica de derecho público mayor y no a las menores salvo los gobiernos departamentales que tienen mención expresa.

En definitiva, si se desea establecer un monopolio en favor de un ente autónomo o servicio descentralizado se debe cumplir con la mayoría especial de 2/3 de componentes de cada Cámara.

No hay mucho que decir al respecto. El monopolio se estableció por mayoría simple de votos y no se llegó a los dos tercios. Conclusión: se trata de una incuestionable inconstitucionalidad.

El artículo 89 dice además que los organismos descentralizados establecerán un tarifario como precio por sus servicios, pero el precio no será en función de los servicios brindados sino exclusivamente en virtud de la naturaleza jurídica de quien debe abonarlo. Es evidente entonces que no se trata de un precio sino de un impuesto y éste debe ser establecido en todos sus términos por la ley (principio de legalidad). O sea, se agrega una segunda inconstitucionalidad en la medida que se establece un impuesto bajo la forma de un precio y se comete a dos servicios descentralizados el establecimiento del monto del impuesto, vulnerando el principio de legalidad.

El artículo 56 presenta dos prohibiciones: (i) quienes presten servicios de comunicación audiovisual no pueden, a su vez, prestar servicios de telefonía o de transmisión de datos (inciso primero); y (ii) nadie puede ser titular de una licencia para prestar servicios de tele-

visión satelital de alcance nacional y al mismo tiempo titular de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta o televisión para abonados. Veámoslas por separado:

Se ha señalado que el inciso primero establece un monopolio en favor de Antel en la medida que este servicio descentralizado sería el único que puede prestar ambos servicios. Téngase presente la relación que existe entre los servicios de comunicación audiovisual y la telefonía y transmisión de datos, que lleva a que en todo el mundo, lo normal, sea que los tres servicios se ofrezcan por las mismas empresas. Este monopolio impide que los prestadores privados desarrollen lógicamente sus actividades sin justificación alguna y, al mismo tiempo, implica un inmenso beneficio para Antel que será la única que podrá actuar en todas las actividades y realizar ofertas completas a sus clientes.

El monopolio por la negativa choca con el artículo 85 numeral 17 y al carecer de la mayoría de dos tercios resulta claramente inconstitucional. Pero, además, por razones de fondo se llega a la misma conclusión: no hay razones de interés general (artículo 36 de la Constitución) para perjudicar a algunos particulares y excluirlos de una actividad lícita y menos cuando el verdadero objetivo de la norma es otorgar un inmenso privilegio para Antel que la dejará en una posición de supremacía o dominante frente a los operadores privados. En otras palabras, si Antel sigue o incluso aumenta su actividad en televisión o radio (ya lo está haciendo con transmisiones deportivas, Vera TV, etc.) se encontrará en una posición de privilegio frente a sus competidores que no se ajusta a la Constitución. No se puede superar el principio de proporcionalidad. No hay razones de interés general para perjudicar a los particulares en beneficio de Antel.

La prohibición de que los titulares de televisión satelital de alcance nacional sean al mismo tiempo titulares de autorizaciones para prestar servicios de radiodifusión abierta o televisión para abonados, es una limitación gratuita a la libertad de empresa del artículo 36 de la Constitución. No hay razones de interés general en el verdadero y correcto sentido de este concepto utilizando el principio de proporcionalidad⁴⁰. En efecto: ¿Cuál es el fin de la limitación? Ninguno válido, pues limitar el derecho constitucional para impedir el crecimiento empresarial en esquemas en que no hay monopolio es inaceptable. Además, si pasáramos a la necesidad, se verá que tampoco se cumple con esta pauta pues, si hubiera un fin lícito para la limitación éste podría lograrse por caminos que no lesionen la libertad de empresa o que lo hagan en menor manera. Y la ponderación en sentido estricto también es clara: ¿la libertad de empresa con qué se contraponen? ¿con el interés del gobierno de que no haya medios que se desarrollen? La inconstitucionalidad es clara.

⁴⁰ Me remito a lo dicho en *Algunas garantías básicas ... cit.*, pp. 99/140.

D) Promoción de la producción nacional

Con el explícito objetivo de promover la producción audiovisual nacional los artículos 60 y 61 disponen obligaciones para los titulares de canales de televisión (abierta y señales propias de televisión para abonados) y radios:

- Para la TV comercial, al menos el 60% de la programación total debe ser de producción nacional y, además, un porcentaje que fijará la reglamentación deberá ser de producción local o propia.
- Para la TV pública sólo se prevé la exigencia del 60%.
- Para ambos que: (i) al menos el 30% de la producción nacional sea de productores independientes; (ii) un mínimo de dos horas por semana serán estrenos de ficción y películas y de estos al menos el 50% deben ser de producción independiente. Todo en el horario de 19 a 23.
- Y luego continúa el artículo requiriendo la promoción de eventos, teatro, danza, cine, videojuegos, etc., siempre en el horario comprendido entre las 19 y las 23, o sea horario central.
- El literal “d” dice que la reglamentación definirá la regulación de la TV temática.
- Algo parecido aparece en el artículo 61 para la radio.

La inconstitucionalidad de estos artículos es incuestionable. El Estado piensa en cómo sería la televisión y la radio que al gobierno le gustaría y se la pretende imponer a todos operadores privados de radio y televisión. Éstos, sólo dentro del deseo del Poder Ejecutivo, gozarán de libertad de expresión. O sea, una libertad dentro de la regulación, una libertad tutelada, una libertad de expresión fuertemente controlada, y una libertad que en caso de ser ejercida fuera de lo pautado por el Estado, puede ser objeto de sanciones extraordinariamente severas. Éste no puede ser el régimen de libertad de expresión de pensamientos en un Estado democrático de Derecho: la libertad de expresión es un derecho que se ejerce, especialmente, frente al Estado (ejecutivo y legislativo).

La promoción de la industria nacional, que no está prevista en el artículo 13 de la CADH (ni puede invocarse como fundamento ni en las declaraciones de elementos estratégicos o interés públicos, no permitidas por la CADH), es compartible, pero su costo no se puede imponer a los operadores privados en violación de su libertad de expresión. Además, para cumplir este rol se cuenta con canales públicos (y posiblemente haya más) por lo que no es necesaria la imposición de estas obligaciones a los canales privados (se puede alcanzar

el objetivo por otros caminos por lo que se debe optar por éstos conforme el principio de proporcionalidad).

Con este régimen el titular del medio no podrá elegir libremente la programación que a su juicio sea de mayor calidad y la que más interese a los espectadores (ésta es la base del medio y del acierto del operador dependerá el éxito o fracaso del emprendimiento). Por el contrario, con el régimen proyectado, estará obligado a exhibir cosas que pueden ser de baja calidad o que no interesen a los espectadores y, como consecuencia, tampoco interesarán a los anunciadores que son quienes sostienen el negocio. La intromisión en la esencia del SCA es evidente e ilegítima.

Además hay una violación de los derechos de propiedad y de la libertad de empresa. Adviértase que a los privados se les cobra la licencia, se les cobra un canon, tributos por supuesto, se les impone financiar a la producción de TV y cine nacional (y más adelante se verá otros tantos costos que se les pretende imponer), y además se transforma la actividad de SCA en algo absolutamente controlado y regulado por el Estado contraviniendo la Constitución y la CADH.

Hay también una clara violación al principio de legalidad por las remisiones vacías a la reglamentación en materia de TV temática (en este caso se delega al Ejecutivo el establecimiento de una regulación completa). Claramente inconstitucional.

Esto puede conducir a medios débiles económicamente y por lo tanto vulnerables y dóciles frente al poder.

No es aceptable que el Estado imponga su modelo de televisión obligando a los particulares a hacer cosas que quizás no quieran hacer o prohibiendo cosas que quizás deseen hacer. Este no es el modelo de la Constitución ni de la Convención sino un modelo de corte autoritario en tanto impone y obliga.

Razonemos por el absurdo. ¿Podría el Estado obligar a los productores agropecuarios a dedicar como mínimo el 60% de sus predios al cultivo de trigo? No. No podría. Eso sería una desproporción evidente. Podrá incentivar, dar exoneraciones tributarias, créditos blandos, etc. pero no obligar. Lo mismo pasa en materia de libertad de comunicación con el agregado de que la protección constitucional y convencional de esta libertad es mucho más intensa por resultar básica la libertad en esta área.

El Estado quiere incentivar la producción audiovisual nacional. Perfecto. Pero que lo haga de acuerdo a la Constitución: que lo hagan los canales y radios estatales, que establezca incentivos tributarios para los particulares, que cree fondos de financiación. Pero que no pretenda trasladar los costos a los privados lo que resulta contrario a la Constitución, con-

trario al principio de proporcionalidad y perjudica fuertemente la libertad de comunicación por homogeneizar la oferta (toda será más o menos igual), debilita económicamente a los medios, y perjudica al espectador que tendrá menos variedad para elegir.

No debe olvidarse que la promoción de la cultura nacional no debe perjudicar la apertura al mundo y a todas las culturas. Asimismo **la diversidad que debe brindarse al espectador no es en cada canal sino en todo el sistema. El verdadero objetivo es que cada uno pueda ver lo que quiera sin que el Estado se meta en contenidos y horarios.**

Reitero, el Estado no puede incidir de ninguna forma: (a) en lo que alguien emite o deja de emitir, ni (b) en lo que la gente ve o escucha o en lo que deja de ver o escuchar. Salvo en los casos excepcionalísimos y taxativos del artículo 13 de la CADH.

El artículo 124, bajo el título de criterios de evaluación, dice que se dará prioridad a las propuestas que se presenten en los procesos competitivos para obtener autorizaciones que: fortalezcan la producción cultural local (literal C), incluyan productores independientes y empresas nacionales (literal D) y que ofrezcan la creación de mayor cantidad de empleos directos y de calidad (literal E).

Las intenciones son nobles pero el medio inaceptable. ¿Por qué razón se va a preferir una oferta que ofrezca más puestos de trabajo que otra que quizás, por sus avances tecnológicos, no requiere tantos? ¿Por qué preferir el fomento de la industria nacional cuando también hay que abrirse al mundo? ¿Una propuesta que incluya programas periodísticos de varios países, documentales de la máxima calidad, etc. va a perder en el llamado con una que ofrezca informativos locales? ¿Y el interés del espectador en tener una amplia oferta que lo abra al Uruguay y al mundo dónde queda?

La inconstitucionalidad de este artículo 124 es clara: indirectamente se controlan los contenidos en forma previa a su emisión (aunque sean en sus grandes lineamientos), se está fuera de las hipótesis taxativas de restricción del artículo 13 de la CADH y se vulnera el principio de proporcionalidad siendo claros los excesos.

Monopolios y oligopolios

El artículo 51 de la ley establece que deben limitarse lo monopolios y oligopolios privados en la materia. Una peculiaridad de la redacción surge al advertir que la ley refiere a evitar los monopolios privados pero nada dice de los públicos (éstos son tan malos y a veces peores que los privados por tener controles más débiles y por tener una cierta sintonía con el gobierno de turno), es más crea inconstitucionalmente algunos.

En primer lugar es importante aclarar que no puede confundirse monopolio con empresas grandes. El ideal sería que no haya monopolios ni oligopolios, pero sí que los medios sean tan poderosos que puedan enfrentarse sin temor a cualquier centro de poder, sea económico, social, político, etc. Si los SCA son pequeños, débiles o vulnerables, mal podrán desafiar a los centros de poder. Basta pensar en famosos eventos, como el caso Watergate cuya investigación, seguramente, no hubiera podido ser sostenida por un medio pequeño o débil. O sea, no monopolio pero sí empresas titulares de SCA fuertes.

No debe perderse de vista que en nuestro país operan empresas públicas y privadas, nacionales y extranjeras, muy poderosas y sólidas pero que al no actuar en régimen de monopolio no generan problema alguno. Y, además, es beneficioso para la sociedad y para el mercado dicha solidez (imaginemos el país con bancos pequeños y débiles).

En segundo lugar debe tenerse presente que en la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana multicitada, luego de establecer que deben existir leyes antimonopolio, se dice que “En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación” (artículo 12). Y esto no es un capricho sino que es absolutamente lógico. ¿Qué sentido puede tener una regulación sólo para los SCA? Los monopolios son perjudiciales en todas las actividades. A su vez, ¿por qué razón se da a las SCA un trato diferencial con cualquier otra actividad privada? Ninguna razón es válida desde el punto de vista jurídico y sólo puede llevar esto a que se controlen más los medios que otras actividades. Pero nuevamente: ¿cómo se explica que una actividad con la libertad tan garantizada como es la expresión de pensamiento, que tiene garantías especiales y más estrictas, tenga un régimen más duro y de mayor control y restricción que otras actividades? No hay explicación.

No puede aceptarse una normativa antimonopolio que sea exclusiva para los SCA. Además existe en nuestro país una ley que regula estos temas y que incluye a los SCA (no están excluidas): la ley 18.159. En mi opinión la regulación vigente es más que suficiente, pero si se desea modificar algo, esa modificación no puede ser sólo para los SCA sino para todas las actividades privadas (y agrego: y públicas).

Además apréciase la titulación de algunos de estos artículos: 53 limitaciones a la titularidad en servicios de radio y televisión abierta, artículo 54 limitaciones a la titularidad en TV para abonados, artículo 55 limitación de la cantidad de suscriptores, artículo 56 incompatibilidades para la propiedad de medios, artículo 57 control de incompatibilidades, artículo 58 límites a la concentración en materia comunitaria. Esto significa que se establecen una serie de limitaciones, restricciones y prohibiciones que no existen en otras actividades. La diferenciación, en perjuicio de los titulares de los medios, es clara y contraria

a la Constitución y a la Convención Americana. Pero nuevamente aparece la confusión entre empresa monopólica y empresa grande. No debe haber monopolios pero sí es conveniente que haya empresas fuertes que puedan enfrentarse a los centros de poder. Esta regulación conduce a una realidad de medios pequeños, débiles y que fácilmente pueden ser objeto de presiones efectivas por los grandes centros de poder⁴¹. Esto no favorece a una sociedad democrática.

Es criterio de la Corte Interamericana que no se debe impedir el crecimiento y desarrollo de los medios⁴².

La regulación en promoción del pluralismo presenta inconstitucionalidades claras. A saber:

a- El artículo 51 tiene dos carencias básicas: olvida definir monopolio y oligopolio y omite decir qué se podrá hacer para combatirlos. Las dos carencias tienen que ser objeto de regulación legal y nunca puede entenderse el artículo como que habilita al Ejecutivo a definir qué es un monopolio ni a determinar los medios que se usarán para combatirlo.

Acá aparece el problema de la doble interpretación. Si se entiende que el artículo habilita al Ejecutivo a definir qué es un monopolio y cómo se les combate la norma sería inconstitucional por violar el principio de legalidad. Si por el contrario se entiende que la norma sólo contiene una declaración y una obligación de las autoridades de presentar proyectos de ley no habría problemas.

b- La existencia de medios débiles, que no puedan crecer, es contraria al espíritu constitucional y los criterios internacionales. Lo que se precisan son medios fuertes, que puedan desafiar al Estado y que sean muchos de forma de que no existan monopolios. No hay razones de interés general que justifiquen que se tengan sólo medios débiles o que no se puedan desarrollar y crecer.

c- Además de topear el número de licencias de que puede ser titular un individuo o una empresa, en el artículo 105 se establecen una serie de incompatibilidades. Concretamente se establece:

ARTÍCULO 105. (Inhabilitaciones e incompatibilidades).- En ningún caso podrán ser titulares de una autorización o licencia, las personas físicas o jurídicas que se encuentren en alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

⁴¹ Véase por ejemplo caso de McDonald's con decenas de establecimientos en todo el país (y miles en el mundo) y sin problemas monopólicos de tipo alguno.

⁴² *Radiodifusión y libertad de expresión*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, 2009, pág. 32.

Ser cónyuge o concubino, pariente por afinidad o consanguinidad, en línea recta, o colateral hasta el segundo grado, de titulares de servicios de comunicación audiovisual; siempre que los sujetos vinculados por tales grados de parentesco, matrimonio o concubinato, considerados en su conjunto, infrinjan los límites a la titularidad de los servicios de comunicación audiovisual dispuestos por los artículos 53 y 54 de la presente ley, en cuanto corresponda.

Lo dispuesto previamente será de aplicación en caso de tratarse de diferentes servicios de comunicación audiovisual.

Ya señalé que la ley confunde monopolio con empresa grande y de ahí se derivan una serie de inconstitucionalidades. La ley quiere medios pequeños y les quita posibilidades legítimas de crecimiento. Pero en este caso la ley va más allá. No sólo prohíbe que un sujeto sea titular de cierto número de licencias sino que esta prohibición se la extiende a los parientes.

La solución legislativa es absurda. ¿No pueden dos hermanos dedicarse a la misma actividad en forma independiente? No puede un hijo seguir el camino del padre pero con una empresa independiente. La ley presume que cada vez que haya parentesco hay una suerte de conjunto económico.

La prohibición es arbitraria y no cuenta con el respaldo de fundarse en razones de interés general. En efecto: (a) ¿la restricción basada en el parentesco es idónea para el fin de que no haya monopolios? No. (b) Si lo fuera ¿cumple con la pauta de necesidad? Tampoco, pues si se quiere combatir las concentraciones monopólicas hay otras vías: restringir a los conjuntos económicos por ejemplo, pero no es necesario impedir que emprendimientos independientes puedan funcionar. (c) La ponderación en sentido estricto, aunque no sería necesario su análisis pues al haber fallado los otros pasos ya está clara la inconstitucionalidad, tampoco puede funcionar ya que de un lado tendríamos el legítimo derecho de personas a desarrollar la misma actividad en forma independiente pese a su parentesco y de otro lado el interés de evitar monopolios. Se aprecia que no hay relación posible y no se puede ponderar por no haber relación entre el fin perseguido y el medio usado.

Por último, no debe perderse de vista que estamos en el ámbito de la libertad de comunicación especialmente protegida por la Constitución y la Convención. Las garantías son mayores. Y esta disposición está limitando el derecho de alguien por ser pariente de otro. Es inaceptable desde el punto de vista constitucional.

E) Protección de los niños y adolescentes

Es importante en este tema señalar que ya existen normas en esta materia y atribución de competencias fundamentalmente al INAU. También debe tenerse presente que en esta

área no se han producido problemas. Tanto los operadores públicos como los privados se han movido en un marco ético de autorregulación y no han aparecido excesos ni problemas ni situaciones que puedan considerarse perjudiciales para niños y adolescentes. Y, además, el acceso a Internet ha producido un fenómeno, que no calificaré, que permite que niños y adolescentes ingresen a información sobre cualquier tema.

No se entiende la preocupación excesiva de la ley en esta materia, más cuando la regulación no es necesaria y sabiendo que no se pondrá a salvo a los menores de abusos. La familia sigue siendo quien puede controlar esto.

Los artículos 30, 32 y 33 de la ley presentan innumerables problemas por lo que se procederá a analizar cada artículo por separado y en cada uno a seguir el orden del propio artículo.

Artículo 30 de la ley

El artículo 30, bajo el título de “deber de promoción”, incluye determinadas pautas o líneas de acción para el Estado. Estas pautas tienen verbos muy claros: “incentivar”, “impulsar”, “promover”, “desarrollar” y “estimular”. Tanto el objetivo final de promoción como los contenidos de cada uno de los literales son razonables. El problema sería que en el marco intervencionista de la ley, que no vacila en tener injerencia en los contenidos y otros aspectos protegidos por el artículo 13 de la CADH, el Poder Ejecutivo entendiera que este artículo puede dar pie para que establezca obligaciones concretas para los operadores privados. Si hiciera lo último estaría obligando a hacer cosas que no autoriza la CADH. Se estaría metiendo en los contenidos.

Acá tenemos el problema de la doble interpretación. Si se limita el artículo a los verbos mencionados sin posibilidad de establecer obligaciones no habría problemas, pero si se pretendiera imponer obligaciones a los privados con esta base legal, la norma se transformaría en inconstitucional.

Artículo 32

En este artículo aparecen muchos problemas de constitucionalidad:

El primer problema que aparece es el exceso en el horario de protección: de 6 a 22. Considerando que en la madrugada (de 0 a 6) prácticamente nadie mira televisión, el horario de NO protección se reduce a dos horas, de 22 a 24. Esta norma tiene problemas claros con el principio de proporcionalidad y es excesiva.

En el inciso 2 se establece que se debe favorecer los objetivos educativos respecto a los niños. Si bien el fin es noble no es aceptable. Conforme el artículo 29 de la Constitución

y 13 de la Convención no se pueden imponer contenidos a los particulares como el que se está analizando. Si un operador decide concentrarse en música, deportes, etc., podrá hacerlo y no cumplirá con el objetivo de este inciso. Esta exigencia implica una injerencia inconstitucional en la libertad de comunicación. Si vemos la cuestión a la luz del principio de la proporcionalidad es claro que no se puede superar la necesidad ya que existen medios menos autoritarios para lograr los fines referidos, sea en los canales públicos o en la inmensa mayoría de los operadores privados que los compartirán y aplicarán voluntariamente. Pero no puede imponerse esto a quien no quiera incursionar en el tema.

El inciso 4 al ordenar que se eviten programas que promuevan actitudes o conductas violentas, morbosas, delictivas, discriminatorias o pornográficas, o fomenten el esoterismo, los juegos de azar o las apuestas, resulta contrario al principio de proporcionalidad. Veamos algunos ejemplos de lo que puede considerarse comprendido en la prohibición: algunas películas de Disney, brujas o magos, las carreras de Maroñas, etc. Quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos.

Todo esto, en cierta forma, fue advertido por el legislador que mejoró mucho el proyecto original y que al final le dio competencia para sancionar eventuales infracciones al artículo 28 y 31 a 34 al Poder Judicial. Si bien esto mejora la situación no supera la inconstitucionalidad, pues la norma es vaga, demasiado amplia, se presta a abusos, puede generar autocensura y no supera el principio de proporcionalidad. Es un exceso de la ley.

En materia de información, a partir del inciso 5 y en 10 literales, con una vaguedad incompatible con el principio de legalidad, con el principio de proporcionalidad (son excesivas) y con las garantías que la CADH exige para la libertad de comunicación, se ponen diversas limitaciones. Veamos:

- El literal A, si nos atenemos a su texto, prohíbe en el horario de protección exhibir: muchos programas para niños o dibujos animados (los superhéroes por ejemplo), la mayoría de las seriales actuales (sólo subsistirían unas muy pocas). No se podrán emitir imágenes con el ataque a las Torres Gemelas o similares, las campañas del SUCIVE con terremotos, informes de corresponsales de guerra, etc. Y además de la programación esto incide en los programas periodísticos: ¿qué podrán exhibir? Quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos que puede

generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, etc. Y también con el sentido común.

- Lo mismo pasa con el literal B y la exclusión de la crueldad, sufrimiento, pánico, etc. Películas y caricaturas siempre aceptadas para niños quedarían proscriptas así como la inmensa mayoría de las películas y series policiales.
- En cuanto a la prohibición de exhibir “cadáveres o resultados de crímenes en forma abierta y detallada” constituye un atentado a la libertad de prensa. ¿Qué significa “resultados”? ¿Es el fin de las series y películas policiales y de guerra? ¿Exhibir el lugar donde se cometió una rapiña o mostrar el video de la rapiña cubriendo los rostros de los involucrados, está prohibido? Puede un medio ser sancionado por esto. Estamos en un tema sensible al Estado democrático de Derecho. No se puede limitar la prensa. En especial, insisto, que no ha habido problemas en este punto por lo que se está regulando un tema que hoy no requiere de regulación.
- El literal C presenta excesos en clara violación del principio de proporcionalidad. En efecto: ¿queda prohibido hablar de Artigas? ¿y de la batalla de Las Piedras? ¿Están proscriptos los superhéroes? Reitero lo ya dicho: quizás no fue éste el objetivo del legislador, pero se le fue la mano y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos que puede generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, etc.
- En el literal D la prohibición de pornografía se limita a los casos en que se exhiban las imágenes “con el fin de provocar la excitación sexual del receptor”. ¿Qué quiere decir esto? ¿Cómo se evalúa? La vaguedad, el exceso y el riesgo de autocensura o de abuso al usar esta disposición, demuestran su inconstitucionalidad.
- En el literal G se prohíbe la exhibición de consumo explícito y abusivo de drogas legales o ilegales. Esto incluye el alcohol y el cigarrillo. Quedan prohibidas películas que muestren borrachos o fumadores, series, programas cómicos con estos contenidos, etc. Los fundamentos de la inconstitucionalidad son similares a los expresados en los apartados anteriores.
- El literal I es insólito. No se puede presentar como exitosas o positivas a personas adictas a las drogas. ¿No se va a poder decir que Maradona fue el mejor jugador

de fútbol del mundo? ¿Y los artistas? ¿Y los adictos que están luchando contra la adicción? La desproporción e injerencia en la libertad de comunicación fuera del artículo 13 de la Convención es evidente. El sentido común también está en juego.

- En el inciso posterior al literal J se dice que, “excepcionalmente” y en situaciones de “notorio interés público”, en los programas informativos se podrán incorporar imágenes de las prohibidas en el literal A, aunque incluyendo avisos para prevenir al público infantil. Esto es muy grave pues en materia informativa algunos hechos pasan a ser excepcionales. Se invierte la noción y se contraviene abiertamente el artículo 13 de la Convención. La regla es la información y lo absolutamente excepcional es la imposibilidad de exhibir algo. Este tipo de disposiciones permitirá al gobierno, con la amenaza de la denuncia, presionar a los medios para que no exhiban ciertas cosas que le perjudican: imágenes sobre homicidios, represiones policiales, los resultados (por ejemplo las víctimas) de los crímenes, etc.

Más adelante se dice que las limitaciones no deben verse como limitación de informar, analizar y discutir. Me parece inaceptable: si en televisión se prohíben las imágenes se afecta groseramente la libertad de prensa. Lo único que la ley autoriza es una información recortada, insípida, presuntamente objetiva, sin imágenes y discusiones en paneles sobre los delitos. Inconstitucionalidad evidente.

En todos estos casos se aprecia que se le fue la mano al legislador y la regulación, por su amplitud y vaguedad, constituye un peligro para la libertad de comunicación y potencialmente una fuente de abusos y puede generar autocensura por temor a sanciones. Las infracciones tienen que cumplir con el principio de legalidad con las características ya mencionadas: taxatividad, claridad, precisión, que responda exclusivamente a los fines del artículo 13 de la CADH, que cumpla con el principio de proporcionalidad, etc. Y también deben ser tipificadas considerando el “sentido común”.

Artículo 33

Con el explícito fin de proteger a los niños se establecen en el artículo 33 limitaciones en materia de publicidad:

En el literal A se prohíbe que la publicidad, aprovechando la inexperiencia y credulidad de los niños, los incite directamente a comprar o arrendar productos. La disposición es

inaceptable. La esencia de la publicidad es vender algo: productos, ideas, candidatos, etc. y esta actividad está comprendida dentro de la libertad de comunicación (el artículo 29 de la Carta incluye en la comunicación a “toda materia” y el 13 de la Convención a la comunicación de “toda índole”). La vieja publicidad de “Papá compreme Charoná” ¿debe entenderse prohibida? Parece que sí.

Lo mismo ocurre con el literal B, ya que la esencia de la publicidad para niños es que éstos deseen tener el producto.

El literal C también presenta dificultades. ¿La publicidad realizada por un futbolista famoso queda prohibida? ¿La publicidad con actores que representen maestros, médicos, dentistas, etc. también? Los principios de proporcionalidad y razonabilidad demuestran la ilegitimidad de la disposición.

En general parece estar presente en el artículo un modelo de sociedad al que aspira el gobierno: población austera (no consumista) que se base en valores y en juguetes tradicionales. Pero esto, que es absolutamente respetable (y en muchas cosas compatible), no puede ser “impuesto” mediante restricciones a la libertad de expresión. Todas las expresiones pueden y deben competir en el mercado de las ideas, de que hablé al principio, con idéntico derecho. Nada puede ser descartado a priori. Si el gobierno quiere impulsar la austeridad mencionada, puede hacerlo, pero no puede restringir la libertad de expresión que incluye los mensajes publicitarios. Se puede impulsar la austeridad pero también lo contrario.

La publicidad, que es lícita, debe en primer lugar captar la atención del espectador y luego convencer de algo mediante un mensaje. Se prohíbe sí la propaganda encubierta o subliminal (que se no se puede apreciar) y por supuesto hay limitaciones generales en la ley de defensa del consumidor. Pero el derecho a captar la atención (mediante actores, muñecas, etc.) es lícito, como lo es el mensaje que se transmite a aquellos a quienes se captó la atención.

El Tribunal Constitucional alemán (la corte constitucional más prestigiosa del mundo), en su Primera Sala, dictó una sentencia paradigmática en la materia el 12 de diciembre de 2000, en el caso Benetton. La estrategia publicitaria de esta empresa era, durante los breves segundos que duraba la publicidad televisiva y siempre siendo visible el logo y nombre de Benetton (no era publicidad encubierta), mostraba un pato nadando sobre un lago de petróleo, o niños haciendo trabajos duros o una persona que tenía sobreimpresa en su cuerpo la leyenda VIH – Positivo. La empresa captaba la atención con estos tres comerciales mostrando tres problemas que le importaban. Algunos cuestionaron que la propaganda se basara en esto e incluso se criticaba el del VIH por considerar que podría ser discriminador. Benetton dijo que lo que hacía era captar la atención con imágenes que buscaban sensibilizar

al público sobre tres problemas graves: contaminación ambiental, trabajo infantil y discriminación para enfermos de sida. Además de contribuir a la sensibilización promocionaba su empresa. El Tribunal dijo que estas tres variantes estaban protegidas por la Ley Fundamental. El caso más dudoso era el del sida, pero acá también dijo el Tribunal que ese comercial podía interpretarse de dos formas: como denunciando y repudiando la discriminación o como compartiéndola. Pero bastó al Tribunal con que hubiera una posibilidad de interpretación lícita para proteger el aviso.

Además ¿la protección que se persigue es correcta? ¿No será bueno que los niños se enfrenten, como todos hemos hecho, a que no todo se puede tener? ¿No será esto bueno a su proceso de maduración?

Insisto. La ley se mete en contenidos en casos no autorizados por la CADH y, en general, viola el principio de proporcionalidad (es una injerencia excesiva). La protección de los niños y la comunicación de pensamiento debe ser objeto de una adecuada armonización y ponderación y es evidente que la ley pondera en demasía (inconstitucionalmente) la supuesta protección de los niños (es un exceso y protege cosas que no debe) y perjudica indebidamente la libertad de comunicación.

F) Otras inconstitucionalidades

Los artículos 6, 7, 8 y 17 de la ley 19.307

Para analizar lógicamente las inconstitucionalidades de estas disposiciones comenzaré por el artículo 8 y luego por los siguientes. El artículo 8 dispone:

(Alcance y límites de la potestad regulatoria del Estado).- La potestad del Estado de regular los servicios de comunicación audiovisual debe entenderse en el marco de su obligación de garantizar, proteger y promover el derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y sin discriminación, así como el derecho de la sociedad a conocer todo tipo de informaciones e ideas. El ejercicio de las facultades del Estado frente a los medios de comunicación debe hacer posible el más amplio, libre e independiente ejercicio de la libertad de expresión y nunca será utilizado como una forma de censura indirecta.

Este artículo invierte el enunciado tradicional y correcto de todo derecho humano y en especial el de la libertad de comunicación. La regulación deja de ser subsidiaria, para los casos en que se concluya en forma estricta que se está frente a alguna de las hipótesis taxativas en que la Convención permite limitaciones a la libertad en cuestión, y pasa a ser central: el derecho o libertad se ejerce en función de la regulación, gracias a la regulación y dentro de

la regulación (como se puede ver, explícitamente, en el artículo 17 a que se hará referencia más adelante). La disposición parte, en forma implícita, de que la libertad sin regulación es imposible y sólo en base a ésta podrá ejercerse debidamente.

Esto se parece, como señalé al concurrir a las comisiones parlamentarias, a los conceptos de la dictadura (1973-1985), cuando se sostenía que la libertad y la democracia eran imposibles fuera de una regulación y control preciso. Sólo dentro de una estricta regulación y contralor podía funcionar la democracia y la libertad. A esto se le llamó a veces “libertad dentro del orden” o “democracia tutelada” y seguramente su máxima expresión estuvo presente en el proyecto de Constitución que se plebiscitó en 1980.

La libertad sin interferencias es la solución de principio y la regulación la excepción y sólo puede ser subsidiaria en casos muy excepcionales y dentro de las pautas del artículo 13 de la Convención.

Si se analiza este artículo en forma aislada se podría pensar que puede ser interpretado de otra forma que lo haga compatible con la Constitución, pero si se repara en los artículos vinculados, en especial 6, 7 y 17 (que se analizarán a continuación), se verá que el sentido correcto es el que le atribuyo y es claramente inconstitucional.

El artículo 6 realiza una vacía declaración de que los servicios prestados por particulares son de “interés público”, expresión absolutamente vacía de contenido (es imposible extraer del texto legal qué se quiere decir) y que va a constituir, dentro de las previsiones del artículo 8, la excusa para que el Estado se meta en los contenidos, en forma inconstitucional, como se verá a continuación.

El artículo 7, en forma coherente con los artículos mencionados en los apartados anteriores, se mete dentro de los prestadores privados y le señala los principios y fines que deben procurar cumplir en su actividad. Dice la disposición:

ARTÍCULO 7º. (Principios y fines de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual).- De conformidad con el interés público de estos servicios, deberán propender al cumplimiento de los siguientes principios y finalidades:

A-Ejercicio del derecho a la libre expresión de informaciones y opiniones.

B-Garantía del derecho de las personas a acceder a una pluralidad de informaciones y opiniones.

C-Facilitación del debate democrático y promoción de la participación democrática en los asuntos públicos.

D-Elaboración y fomento de la producción de contenidos y aplicaciones nacionales mediante el empleo de recursos humanos nacionales: artísticos, profesionales, técnicos y culturales.

E-Difusión y promoción de la identidad nacional, así como del pluralismo y diversidad cultural de Uruguay.

F-Promoción del conocimiento de las producciones culturales uruguayas, las artes, la ciencia, la historia y la cultura.

G-No discriminación en consonancia con los términos establecidos por la Ley N° 17.817, de 6 de setiembre de 2004.

H-Apoyo a la integración social de grupos sociales vulnerables.

Se podrá decir que los fines son nobles o compartibles. Y posiblemente muchos operadores privados están de acuerdo en cumplir con ellos y lo hagan por su propia decisión. Pero no se puede encorralar la libertad de comunicación de pensamiento. Si alguien desea emitir programas sólo de entretenimiento, que no cumplan con ninguno de los fines establecidos, podrá hacerlo y estará protegido por la Constitución y la Convención. La primera, en su artículo 29 protege la comunicación en “toda materia” y la Convención, en su artículo 13, protege la comunicación de “toda índole”. Aunque el gobierno quiera algo no puede imponerlo a las canales de televisión y radios.

Incluso hay casos en que directamente ordena tener ciertos contenidos, como ocurre en el literal D, E y F. Se olvida, y al hacerlo se viola la Constitución y la CADH, que los medios no son instrumentos del gobierno.

El Estado, ni a través de la ley ni de la actividad administrativa ni jurisdiccional, puede meterse en lo que los operadores privados “deben” emitir y mucho menos, en lo que los ciudadanos ven.

El artículo 17 confirma plenamente la línea intervencionista de la ley, contraria a la Constitución de la ley. Dispone:

ARTÍCULO 17. (Libertad editorial).- Los titulares de servicios de comunicación audiovisual tienen derecho a la libertad editorial, lo cual incluye la determinación y libre selección de contenidos, producción y emisión de la programación, de conformidad con los principios y finalidades reconocidos en la presente ley y en el marco de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El texto originalmente proyectado por el Poder Ejecutivo no tenía la referencia a la Convención sino que terminaba después de la expresión “ley”. Si alguna duda podía quedar respecto a cuál es el sentido de los artículos anteriores ahora no quedan dudas. La ley quiere encorsetar a los medios de comunicación audiovisual que sólo podrán actuar dentro del marco que el gobierno les fija mediante la ley y su reglamentación. Esto no sólo es gravísimo para la libertad de comunicación sino claramente contrario a la Constitución y a la Convención.

Encorsetar la libertad de comunicación dentro de lo que un gobierno quiere es inaceptable. Y, además, admitir esto es el principio del fin: luego, invocando el propósito de

proteger a la ciudadanía y en especial a los niños se podrá limitar cualquier cosa. La puerta habrá quedado abierta a tales efectos.

El agregado que se hizo al artículo con la referencia a la Convención fue realizado al advertir lo inaceptable del texto original. Pero lejos de solucionar el problema lo empeoró. En efecto, la Convención Americana no permite que se limite legislativamente la libertad editorial salvo con los taxativos fines de artículo 13. Entonces ¿cómo debe interpretarse un artículo claramente contradictorio? A la inconstitucionalidad respecto a los artículos 29 de la Carta y 13 de la Convención, se agrega ahora la violación del derecho a la seguridad jurídica del artículo 7. Así a la clara inconstitucionalidad del texto original, la primera parte, se le agrega una contradicción que no advierto cómo superar, aunque nunca podrá permitir eludir la primera parte, con un texto claro e inconstitucional.

En definitiva, estos artículos (6, 7, 8 y 17) implican una violación de la Constitución y la Convención en la medida que se modifica el sentido superior de la libertad de comunicación para crear otro, mucho más restrictivo, sometido a lo que diga la ley y los órganos de contralor. No es aceptable la libertad de comunicación dentro de la regulación, sino que la verdadera solución es la libertad como solución de principio y sólo en forma excepcional y en los taxativos casos previstos en el artículo 13 de la CADH se podrá controlar.

El artículo 11

Esta norma dispone:

ARTÍCULO 11. (Diversidad y pluralismo en el sistema de servicios de comunicación audiovisual).- El Estado tiene el deber de garantizar la diversidad y el pluralismo en el sistema de servicios de comunicación audiovisual, en todos los ámbitos de cobertura, previniendo la formación de oligopolios y monopolios, así como reconociendo y promoviendo la existencia de servicios de comunicación audiovisual comerciales, públicos y comunitarios.

Este artículo presenta dos problemas. El primero es por la referencia a la “diversidad y pluralismo en el sistema”. Si esto se interpreta como que el Estado debe propender a esta diversidad en el sistema, como dice el texto, garantizando que los espectadores podrán ver lo que quieran, que tendrán una oferta variada al sentarse frente al televisor o al escuchar la radio (habrá canales y radios para todos los gustos) no habría problemas. Pero si se pretende que esto esté presente en cada operador privado, interfiriendo en su programación sería contrario a la Constitución y una intromisión inaceptable en los contenidos. Considerando el contexto del artículo 11 parece que la intención se orienta en el segundo sentido, por lo que sería bueno que quede establecido cuál es la interpretación correcta que hace a la norma

compatible con la Constitución y la Convención y qué interpretaciones no pueden ser aceptadas. La doble interpretación, además, encierra una inconstitucionalidad por violación del derecho a la seguridad del artículo 7 de la Carta.

En segundo lugar la referencia a que el Estado debe *garantizar* plantea el problema de qué puede hacer el Estado o qué puede imponerse a los operadores en este sentido. Debería aclararse que el Estado no puede interferir en las programaciones ni en los contenidos y que su objetivo deberá perseguirlos por otros medios (estímulos, sugerencias, etc.).

Artículos 94 y 95

El artículo 94 establece:

ARTÍCULO 94. (Cadenas oficiales).- Los servicios de radio y televisión abierta, los servicios de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión establecidas en Uruguay que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados con autorización o licencia para actuar en nuestro país, están obligados a integrar las cadenas oficiales de transmisión simultánea que determine el Poder Ejecutivo por resolución fundada.

Las mismas tendrán una periodicidad y duración razonables y versarán sobre temas de interés público o cuestiones urgentes que puedan afectar gravemente a la población.

Esta disposición recoge algo tradicional en nuestro país y en el derecho comparado, pero presenta problemas en el inciso 2 cuando dice que la periodicidad y duración de las cadenas deberán ser “razonables”. El problema es razonable para quién (quien lo determina). Téngase presente los abusos que se han venido cometiendo en América Latina en este tema con cadenas casi diarias y de horas de duración. Las alternativas son: o se declara inconstitucional el artículo pues su vaguedad implica desproteger la libertad de comunicación o se aclara mediante otra ley que la expresión “razonable” para ser compatible con la Constitución y la Convención debe entenderse como “excepcionales y que interfieran lo menos posible en la programación regular de los operadores”.

El artículo 95 por su parte, bajo el título de “contraprestaciones”, aunque no se sabe de qué ni por qué concepto, obliga a los operadores privados de radio, de televisión abierta y de televisión para abonados en sus señales propias y las señales de televisión cuya programación sea establecida en Uruguay y que sean difundidas o distribuidas por servicios para abonados a: permitir el uso gratuito de hasta quince minutos diarios, no acumulables, para realizar campañas de bien público sobre temas tales como salud, educación, niñez y adolescencia, igualdad de género, convivencia, seguridad vial, derechos humanos y combate a la violencia doméstica y la discriminación, por parte de organismos públicos y personas públi-

cas no estatales, de acuerdo a lo dispuesto por el Poder Ejecutivo; brindar espacios gratuitos para publicidad electoral (ya fue analizado por separado), brindar sin costo y de acuerdo a la tecnología disponible, acceso a servicios interactivos provistos por el Estado.

Este artículo 95 excede claramente lo previsto en el artículo 13 de la Convención en la medida que el Estado utiliza la televisión privada y las radios para cumplir con fines que considera oportunos pero trasladando los costos a los particulares. Se apunta mensajes diarios iguales para todos los operadores. Se trata de una injerencia en los contenidos no autorizada por el artículo 13 y que supera claramente el principio de proporcionalidad. El gobierno no puede determinar, en ninguna medida, lo que la gente ve ni lo que la gente no ve.

Artículo 97

Este artículo, bajo el curioso título de “Deber de colaboración”, dispone:

ARTÍCULO 97. (Deber de colaboración).- Los titulares de servicios de comunicación audiovisual tienen el deber de remitir a las autoridades competentes cuantos datos y documentos les requieran en el ejercicio de sus competencias. La información así obtenida será tratada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 18.331, de 11 agosto de 2008.

Deberán permitir y facilitar a los servicios de inspección el acceso a las instalaciones y equipos, así como el examen de toda la documentación que resulte imprescindible para el ejercicio de sus tareas de supervisión y control.

Este artículo que no tiene límites (“cuantos datos se requieran” “toda la documentación”) es claramente inconstitucionalidad por violar derechos básicos: información confidencial desde el punto de vista comercial, intimidad y privacidad, libertad empresarial, secreto de fuentes, programas planeados o que se están preparando, etc. No están las razones de interés general que exige el artículo 28 de la Constitución.

Adviértase que la obligación es mucho mayor que la que tienen las autoridades públicas en materia de acceso a la información ya que éstas podrán, dentro de ciertas pautas, clasificar como confidenciales ciertas informaciones o documentos. Es evidente que siendo operadores privados el derecho a la privacidad es muy superior al de las entidades estatales (tienen los derechos del artículo 28 de la Carta).

El artículo debió haber excluido muchas cosas de este supuesto “deber de colaboración” como contratos con otras entidades, empleados, sueldos (adviértase la importancia de esta información en un régimen de competencia) etc., planes de programación, programas no emitidos (de lo contrario nos aproximaríamos a la censura previa), documentos que refieran a las fuentes periodísticas, etc.

Ninguna razón de interés general podrá invocarse para justificar que se “desnude” a los operadores de servicios audiovisuales frente al Estado y que no haya nada reservado o confidencial.

Pero nada se excluyó y sólo se dice que la información (toda) será tratada conforme la ley 18.331. Pocas garantías hay de que esto sea así si se analiza la cantidad de personas que tendrán acceso, desde el Poder Ejecutivo pasando por unidades y consejos desconcentrados, asesores, órganos legislativos, etc.

La disposición es claramente inconstitucional por lesionar los artículos 28, 7, 10 inciso 1 y 36 de la Constitución y las normas convencionales correspondientes a la privacidad, la libertad de empresa y la libertad de comunicación de pensamiento, libertad de prensa, protección de fuentes, etc.

Artículo 102 y 194

El artículo 102 es una de las normas más importantes y perjudiciales para la libertad de comunicación. Y es que la libertad de comunicación se somete a un estudio que condiciona las autorizaciones y que incluye mucho de contenidos (control previo de contenidos con facultades de rechazo o prohibición) Esta disposición dispone:

ARTÍCULO 102. (Proyecto comunicacional).- El proyecto comunicacional presentado por el titular **a efectos de obtener la autorización o licencia** para prestar un servicio de comunicación audiovisual es parte integral de la misma.

Al postularse en un llamado, el interesado deberá presentar un proyecto comunicacional que detalle la propuesta del servicio prevista. **El proyecto deberá incluir, al menos, toda la información solicitada por el pliego de condiciones** de la convocatoria indicando, entre otros aspectos: el plan de programación a desarrollar; cantidad, tipo y géneros de señales audiovisuales propias que ofrecerá; cantidad y tipo de producción audiovisual nacional y local propia; compromiso de creación de empleos directos y de cumplimiento de las garantías laborales; participación de productores independientes y empresas nacionales de la industria audiovisual en la cadena de producción y difusión relacionada con su servicio; los compromisos en materia de pautas publicitarias; los compromisos de atención a las personas con discapacidades auditivas y visuales, incluyendo el porcentaje de programación accesible mediante subtítulo, lengua de señas y audiodescripción; los antecedentes como empresario de la comunicación e interactivos que incluirá en su propuesta.

En caso de obtenerse la autorización o licencia el titular del servicio asumirá la obligación de dar cumplimiento al correspondiente proyecto comunicacional presentado.

Toda modificación sustancial al proyecto comunicacional originalmente autorizado deberá ser previamente aprobada por el Consejo de Comunicación Audiovisual y, para aquellos casos que la reglamentación determine, también por el Poder Ejecutivo, so pena de la aplicación de la sanción correspondiente, de acuerdo al grado de apartamiento del proyecto original comprometido por el titular.

Esta exigencia de presentar previamente el proyecto comunicacional, que éste sea analizado en los procesos competitivos para la expedición de las autorizaciones, y que luego de analizar sus contenidos y fines (ya se mencionó la inconstitucionalidad de algunos de los criterios de evaluación del artículo 124), se decida a quién se autoriza, resulta contrario a la Constitución en lo que refiere al control de contenidos, de información sensible (pautas publicitarias) y creación de empleos, etc. El Ejecutivo, previo asesoramiento del Consejo de Comunicación desconcentrado (bajo una modalidad impropia o con competencia concurrente) decidirá qué le gusta y qué no.

Y no se están haciendo conjeturas sin base sino que ya ha habido problemas en un llamado reciente donde se excluyó a una empresa por otra con mayor afinidad política (esto fue reclamado por operadores del gobierno).

Además el proyecto comunicacional termina siendo una herramienta de contralor del Ejecutivo ya que el operador no podrá cambiarlo sin autorización del Consejo desconcentrado o del Poder Ejecutivo (en términos reales siempre del Poder Ejecutivo) y si lo incumple será sancionado (sanciones muy graves, artículo 178 literal M y graves, artículo 179 literal C).

¿Cuál es la realidad del sistema? (a) el Ejecutivo controla contenidos, orientaciones, compromisos publicitarios, etc. antes de dar la autorización y obviamente ésta depende de que le guste la propuesta; (b) el operador queda atado al proyecto y si por razones comerciales o por los motivos que sea decide cambiar deberá tener autorización del Ejecutivo (habrá que hacer buena letra con el Ejecutivo); y (c) todo desvío será sancionado como infracciones graves o muy graves.

La inconstitucionalidad es clara: hay control de contenidos, hay censura previa al requerir autorización del Ejecutivo para determinar lo que se emite, y se establece un control muy fuerte, sometido al Poder Ejecutivo, que inducirá, seguramente, a prácticas de autocensura.

Y no se olvide que el artículo dice expresamente que en el pliego se le podrá exigir más información lo que implica una violación del principio de legalidad y un peligro para la libertad de comunicación.

Reitero otra vez, el Estado no puede incidir de ninguna forma: (a) en lo que alguien emite o deja de emitir, ni (b) en lo que la gente ve o escucha o en lo que deja de ver o escuchar. Salvo en los casos excepcionalísimos y taxativos del artículo 13 de la CADH.

Artículo 194

El artículo 194, dentro del régimen transitorio dispone que las autorizaciones vigentes caducarán y que el Ejecutivo otorgará nuevas con los plazos establecidos en el artículo 125 de la ley. Pero en el inciso final de este artículo 194 se dice:

ARTÍCULO 194. Dentro de los noventa días corridos posteriores a la vigencia de la presente ley, el Consejo de Comunicación Audiovisual publicará los índices temáticos de los proyectos comunicacionales de los servicios comprendidos en las autorizaciones vigentes. A partir de dicha publicación los actuales titulares dispondrán de noventa días corridos para presentar ante el Consejo de Comunicación Audiovisual sus correspondientes proyectos comunicacionales, ajustados al referido índice temático. Estos proyectos son los que serán considerados en el procedimiento de renovación establecido en el artículo 126 de la presente ley.

La inconstitucionalidad es groserísima. Ya no se trata de censura previa (que normalmente se ve como la prohibición o supeditación de ciertas emisiones a una autorización) sino que acá, directamente, el Estado les da instrucciones a los operadores privados en cuanto a las características y contenidos de sus emisiones y los prestadores de servicios audiovisuales deben formular proyectos comunicacionales siguiendo las órdenes del Ejecutivo. Y no se diga como gran cosa que es el Consejo de Comunicación ya que éste es un órgano desconcentrado sin perjuicio de la facultar de avocación del Ejecutivo: el que resuelve es el Poder Ejecutivo, es el Gobierno.

La inconstitucionalidad de esta disposición es una de las más claras. El Gobierno incide directamente en los contenidos: en lo que los operadores privados pueden exhibir y en lo que no pueden exhibir y, además, en lo que la gente ve y en lo que la gente no ve.

VI. **CONCLUSIONES**

Para terminar reitero que me he limitado a analizar algunas de las inconstitucionalidades que presenta la ley 19.307.

Asimismo debe decirse que se trata de una ley muy extensa y con problemas técnicos importantes⁴³, lo que dificulta su interpretación y genera muchas dudas afectando el derecho a la seguridad jurídica.

⁴³ Hay imprecisiones muy importantes. Por ejemplo, en el artículo de definiciones se define qué es autorización, licencia y concesión pero luego se utiliza un lenguaje promiscuo; se incluyen artículos incuestionablemente innecesarios que complican inútilmente la ley (es el caso de los artículos 15, 18, 19, 22, 23, 169, 114, 41 entre muchos otros) y errores de texto, por ejemplo uso de plurales erróneo lo que lleva a interpretaciones gramaticalmente imposibles (artículo 55), etc.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Segunda reimpresión, 2001.
- Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Edit. Fundación Beneficentia et peritia iuris, Madrid, 2004.
- Barbagelata, Aníbal, “La libertad de expresión como medio de proteger los derechos humanos en Uruguay”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, FCU, Montevideo, 1978.
- Barbagelata, Aníbal, en *Teoría de Gobierno* de Justino Jiménez de Aréchaga, tomo II, FCU, 1983.
- Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional, segunda edición*, Edit. Marcial Pons, España, 1996.
- Bidart Campos, Germán, J., *Algunas reflexiones sobre la globalización desde el punto de vista del derecho constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1999, Edit. FKA.
- Bülow, Erico, “La Legislación”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001.
- Cagnoni, Aníbal, *¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley N° 15.322*, en Rev. de Derecho Público, Año 1998, N° 13.
- Cajarville Peluffo, Juan P., *Recursos administrativos*, Tercera edición, FCU, 2000.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, *Derecho Público*, FCU, 1987, vol. I.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006.
- De Esteban, Jorge, y López guerra, Luis, *El régimen constitucional español*, Edit. Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- Delpiazzo, Carlos, *Las potestades del Banco Central del Uruguay*, en Estudios Jurídicos en Memoria del Dr. Alberto Ramón Real, FCU.
- Esteva Gallicchio, Eduardo, “La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre los decretos de los Gobiernos Departamentales que tienen fuerza de ley”, en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo IX, N° 49).
- Fernández Nieto, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Universidad Rey Juan Carlos, Edit. Dykinson, primera edición, Madrid, 2008.

- Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- Jiménez de Aréchaga, Justino, *La Constitución nacional*, tomo I, Cámara de Senadores, 1992.
- Korzeniak, José, *Derecho Constitucional 2*, FCU 1986.
- Méndez, Aparicio, *Las sanciones administrativas*, en LJU, tomo I.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007.
- Riso Ferrand, Martín, “El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia”, en *Estudios Jurídicos*, N. 8, Edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2010.
- Riso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición actualizada, FCU, 2006.
- Riso, Martín, *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición actualizada, FCU, 2008.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, tomo II. Fernández Segado, Francisco, *El sistema político español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Quinta Edición.
- Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del TCF alemán*, Edit. FKA, 2003. Bidart Campos, Bidart Campos, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, edit. Ediar, Buenos Aires, 1995.
- Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis Michael, Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., Karlan, Pamela S., *Constitutional law*, Edit. Aspen Publishers, New York, 2005.
- Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004.

JURISPRUDENCIA

La tutela jurisdiccional efectiva y la reparación en los casos de expropiación: La “justa compensación” tras la demora estatal en el pago del precio

The Effective Judicial Protection and the Reparation in cases of Expropriation: The “just compensation” after the State’s delay in the payment of the price

María Paula Garat

Universidad Católica del Uruguay

RESUMEN. El artículo analiza la Sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno el día 19 de marzo de 2014, particularmente, respecto a la temática de la justa compensación expropiatoria en los casos en los que hay demora estatal en el pago del precio. Se estudia el razonamiento y argumentación aplicada en el fallo, el cual parte de la disposición constitucional que regula esta materia, y de la recepción de la interpretación desde o conforme la Constitución. Asimismo, se analizan algunos aspectos de la noción de reparación integral y su vinculación con la tutela jurisdiccional efectiva. Se profundiza, entonces, en la importancia de dicha Sentencia para el derecho uruguayo, pues ha partido de la Constitución para el análisis del caso

* E-mail: paulagarat@hotmail.com

concreto, aspecto que la hace ser un precedente de gran valoración en la materia.

PALABRAS CLAVE. Expropiación. Justa Compensación. Reparación Integral. Demora estatal. Interpretación constitucional.

ABSTRACT. The article analyzes the decision of the Fourth Court of Civil Appeals of Uruguay, issued on March 19, 2014, particularly, with regards to the fair compensation in expropriation cases where there is a State delay in the payment of the price. It studies the reasoning and argumentation applied by the Court, which start from the constitutional clause applicable to the case and the reception of the interpretation from the Constitution doctrine. It analyzes, also, some aspects of the concept of integral reparation and its connection with the effective judicial protection. It focuses on the importance of this judgment for the Uruguayan system, as it has started the resolution of the case from the Constitution, making it a precedent with a high valuation on this subject.

KEY WORDS. Expropriation. Justice. Compensation. Reparation. State delay. Constitutional interpretation.

SUMARIO. 1.- Introducción. **2.-** El caso planteado y las controversias jurídicas analizadas: a) ¿Cuál es y cómo se interpreta el ordenamiento jurídico a ser aplicado en este supuesto?; b) ¿Qué es la justa indemnización y cómo se articula con el perjuicio sufrido por un incumplimiento prolongado en el transcurso del tiempo?; c) ¿Cómo se debe aplicar el ordenamiento jurídico y arribar a una solución justa en este caso concreto? **3.-** La tutela jurisdiccional efectiva, la reparación integral, la justa indemnización y la ponderación. Algunas reflexiones. **4.-** Comentario final. La trascendencia del fallo analizado. **5.-** Bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

En los términos fijados por el artículo 32 de la Constitución uruguaya, la expropiación procede en casos de necesidad y utilidad pública, establecidos por una ley, y recibiendo una justa y previa compensación¹.

Al referirse a la expropiación, la doctrina generalmente ha centrado su atención en las causas de la misma, en los requisitos exigidos constitucionalmente para su procedencia y a la fijación de la “justa indemnización”. Es en este último de los tres aspectos en los que me concentraré en el presente trabajo, pues, dentro de dicha indemnización, —y a los efectos de que adquiera el carácter de “justa” que le precede—, será necesario considerar, entre otros elementos, el valor del bien, la demora en el procedimiento y, asimismo, el transcurso del tiempo hasta su efectivo pago.

La sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, emitida el 19 de marzo de 2014², ilustra respecto a este último punto, esto es, a la indemnización debida por el Estado tras un incumplimiento en el pago del precio expropiatorio, vinculándolo con la “justa compensación” que, según menciona el artículo 32 de la Constitución, debe ser abonada en todos los casos de expropiación.

Si bien corresponde que, salvo excepciones expresamente reguladas³, la indemnización sea previa, no han faltado los casos en los que, —como el tratado en el citado fallo—,

¹ El artículo 32 dispone: “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”.

² Sentencia emitida en el Expediente No. 109-2/2009.

³ Los artículos 231 y 231 de la Constitución establecen excepciones a la calidad de previa de la indemnización, lo cual no será desarrollado en esta oportunidad, por no ser el objeto del presente trabajo.

el Estado no ha cancelado en tiempo dicho precio, habiendo transcurrido un considerable periodo luego de su determinación hasta su efectivo pago. En estos supuestos, el Estado expropió el bien en cuestión, habiéndose fijado la indemnización debida, pero no procedió a su cancelación, por lo cual, sin el bien, el afectado se vio obligado a reclamar el monto debido y, asimismo, una compensación y actualización por dichos años incumplidos.

¿Cumple el precio, en dicho supuesto, la característica exigida de ser una “justa indemnización”? ¿Cómo corresponde sea actualizado y compensado? ¿Cómo se deben resolver estos casos a efectos de permitir una tutela jurisdiccional y otorgar una reparación integral al afectado?

En el presente trabajo me propongo analizar estas cuestiones partiendo del fallo emitido por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, sentencia en la cual se precisa esta controversia, pues trata del pago del precio en una expropiación, fijado en 1961, y no abonado completamente por el Estado.

Primeramente, detallaré los aspectos fácticos del caso en cuestión, para luego adentrar en su controversia jurídica, en su relación con los conceptos de justa compensación y de reparación integral, vinculándolo con el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico y la interpretación *desde* la Constitución. Finalmente, me concentraré en la solución arribada por el Tribunal y su fundamentación, para esbozar algunas reflexiones en torno a esta cuestión.

2. EL CASO PLANTEADO Y LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS ANALIZADAS

En el año 1961 se emitió una sentencia por la cual se fijó el justo precio de una expropiación, habiéndose abonado parte del mismo, —aspecto necesario para la toma de posesión—, pero resultando un saldo a ser cancelado, el cual no fue debidamente pagado por el Estado, generándose una deuda al cabo de más de cincuenta años.

Los afectados por el procedimiento expropiatorio solicitaron la actualización y compensación por el tiempo transcurrido, adicionando al saldo de precio, el reajuste e intereses correspondientes. Es de notar que, para esta parte, y a efectos de lograr una justa indemnización, los intereses debieran ser capitalizados anualmente (interés compuesto), pues de lo contrario no se compensaría el perjuicio del transcurso temporal acaecido⁴.

No obstante lo anterior, por sentencia de Primera Instancia dictada por el Juez Letrado de lo Contencioso Administrativo de Primer Turno⁵ se dispuso que la suma adeu-

⁴ Se distingue el interés simple del compuesto. Se denomina *interés simple* a aquel que no se suma al capital, por lo que no generan nuevos intereses. El interés es *compuesto*, por el contrario, cuando se capitaliza, añadiéndose al capital y generando, por tanto, nuevos intereses.

⁵ Sentencia Interlocutoria No. 99/2012 del 7 de diciembre de 2012 dictada por el Juez Letrado de lo Contencioso Administrativo de Primer Turno, Dr. Federico Tobía.

dada debiera actualizarse a través de la aplicación del Decreto-Ley No. 14.500⁶ y adicionarse un interés anual del 6%, sin capitalización (interés simple).

Tras el recurso de apelación, la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno resulta de elevado interés en esta materia, dado que no solo analiza la cuestión partiendo desde los preceptos constitucionales sino que, luego, arriba a una solución por demás particular, la cual merece ser comentada.

La cuestión que el Tribunal determina como el centro de la controversia constituye la respuesta al cuestionamiento de “si la aplicación del interés simple, durante tan extenso período, conduce o no a una justa compensación”. Para ello, el Tribunal antes analizó: (i) cuál es el ordenamiento jurídico aplicable; (ii) qué es la justa indemnización y cómo se articula con el perjuicio sufrido por un incumplimiento prolongado en el transcurso del tiempo; y finalmente; (iii) cómo es de aplicar el ordenamiento jurídico y arribar a una solución justa en este caso concreto.

a) ¿Cuál es y cómo se interpreta el ordenamiento jurídico a ser aplicado en este supuesto?

La sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno no duda respecto a cuál es el ordenamiento jurídico aplicable, partiendo de su análisis desde la Constitución y, especialmente para esta materia, desde el artículo 32 de la Carta.

En efecto, el Tribunal parte del precepto constitucional —artículo 32— para luego cuestionarse cómo se arriba a la “justa compensación” dispuesta en tal norma; si la ley lo regula específicamente, o cómo se soluciona el caso concreto en ausencia de dicha disposición legal.

En este sentido, sostiene el Tribunal que:

Ninguna disposición legal regula la situación planteada en el caso y tratándose de un proceso expropiatorio es claro que el mismo se rige por los principios y las normas de Derecho Público en especial las del Derecho Constitucional”, agregando luego que: “En lo relativo al objeto del agravio y de acuerdo a la previsión constitucional aplicable —art. 32 de la Carta— la justa y previa compensación debe incluir el valor del bien expropiado, los daños y perjuicios que origine la expropiación más la actualización correspondiente (...) la decisión del caso exige acudir a la aplicación directa de la Constitución o interpretación desde la Constitución (el art. 332 de la Carta).

El principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico subyace a este fallo, en tanto el Tribunal busca, para su resolución, no solo la ley que determinará cuál es o cómo se

⁶ La Ley N° 14.500 fue promulgada el 8 de marzo de 1976 y considerada Decreto-Ley por la Ley N° 15.738 del 13 de marzo de 1985.

calcularía el interés aplicable ante una obligación dineraria sino, previamente a ello, qué dice el precepto constitucional especialmente en esta materia.

El artículo 32 de la Constitución es, en este caso, por tanto, el punto de partida en la determinación del ordenamiento jurídico y del análisis del caso en cuestión, al ser la norma de mayor jerarquía que, específicamente, regula esta controversia:

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.

Al partir, —en mi opinión correctamente—, del artículo 32 de la Constitución para estudiar el caso planteado, el Tribunal advierte consecuentemente que la cuestión radicará en torno al concepto de “justa compensación”, y de cómo éste se hace efectivo. Esto es: ¿Qué es una justa compensación?, así como ¿cuándo estaremos ante una justa compensación en el caso de reparar un perjuicio sufrido, ya no por la expropiación en sí misma en un sentido restringido, sino, adicionalmente, por la falta de indemnización en tiempo?

Desde esta premisa, por consiguiente, se podrá determinar si la regulación infra constitucional reguló esta cuestión, y, en este caso, si existe alguna discordancia normativa con la Constitución. Nótese que si, contrariamente, se hubiera partido de la norma legal, dicha controversia no hubiera sido planteada.

Asimismo, es preciso destacar que la sentencia analizada propugna una aplicación directa del precepto constitucional, así como una interpretación de la disposición legal que pudiera ser aplicable *desde o conforme* la Constitución.

La interpretación *desde* la Constitución, o *desde* los derechos humanos supone, justamente, partir de la norma Constitucional, la cual constituye actualmente un código jurídico, —además de político y de valores—, tomando las disposiciones, principios y derechos que se apliquen al caso concreto y considerándolos el punto de partida y de llegada en la resolución del caso y en la interpretación del ordenamiento jurídico inferior. De este modo, el intérprete estará considerando todo el ordenamiento jurídico aplicable, analizándolo con cohesión, y no únicamente un segmento del mismo⁷.

Al decir de Risso Ferrand:

⁷ v. GARAT, Ma. Paula. “La constitucionalización del Derecho Tributario: Las potestades y deberes del Fisco ante el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico” en *Revista de Derecho* (UCU), No. 9, 2014.

El ordenamiento jurídico no se aplica a los diversos casos concretos por partes ni por niveles, sino en su totalidad. El intérprete debe analizar cuáles son las normas del ordenamiento aplicables a un caso concreto y entre las normas potencialmente aplicables están, sin duda alguna, las contenidas en la Carta. Estas disposiciones constitucionales aplicables a un caso podrán: a) servir para iluminar y guiar al intérprete en cuanto a cuáles son los valores y principios constitucionales en juego (y por supuesto las disposiciones concretas que resulten aplicables), lo que será de indudable valor para la interpretación de las normas inferiores; b) bien conducirán a no aplicar normas inferiores contrarias a la Constitución; c) bien ante la problemática de una interpretación posible que resulten inconstitucional guiará al intérprete a optar por aquella que se ajuste a la Carta⁸.

En este punto, el Tribunal partió de la necesaria “justa compensación” para luego:

- a) determinar cuál es el ordenamiento infra constitucional aplicable;
- b) analizar si la ley estableció el tipo de interés que corresponde a este caso concreto (simple o compuesto);
- c) en su caso, si ese tipo de interés es compatible con el artículo 32 de la Constitución;
- d) a estos efectos, corresponde tomar en consideración que ante dos interpretaciones posibles se debiera optar por aquella compatible con la Carta;
- e) si, por el contrario, nos encontramos ante una ausencia de una norma legal que aplicara esta justa compensación para los casos de demora en el pago; y
- f) en este último supuesto, cómo se procedería a aplicar *directamente* la norma constitucional.

La interpretación *desde o conforme* la Constitución no supone el desconocimiento del contenido legislativo, ni la posibilidad de atribuirle un significado contrario a su texto cuando el mismo es claro⁹, pues si el texto no se adecua con la Constitución es posible proceder a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad¹⁰. La interpretación analizada, en cambio, implica la aplicación de todo el Derecho en su conjunto, considerando la norma legal en conjunción con las disposiciones constitucionales aplicables, por los principios y valores, y particularmente analizando los derechos que se ven involucrados.

En este sentido, sostuvo igualmente Gamarra que:

⁸ RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*. Montevideo, FCU, 2005, p 247. Véase también del mismo autor: RISSO FERRAND, Martín. “La interpretación de la ley desde la Constitución y desde los derechos humanos”, en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año II, Tomo II. Montevideo, FCU, 2014, p. 169 a 176.

⁹ En este punto, sostuvo el Tribunal Constitucional Alemán que: “...al juez no le está permitido mediante la interpretación “conforme con la Constitución”, darle un significado diferente a una ley cuyo tenor y sentido resulta evidente”, citado por: RISSO FERRAND, Martín. *Derecho Constitucional*, p. 244.

¹⁰ v. Artículos 256 y ss. de la Constitución Nacional.

Comenzaré por aceptar la validez y procedencia en el caso de la interpretación “desde la Constitución” (Risso Ferrand) o “de acuerdo o conformidad con la Constitución” (Perlingieri). Sin duda los principios y valores constitucionales han de tener peso en la interpretación de las normas inferiores porque constituyen su fundamento; en suma: las reglas legales “deberán ser interpretadas a la luz del principio que concretizan, por una fundamental razón de coherencia y jerarquía”. Esta afirmación cuenta con todo mi apoyo¹¹.

b) ¿Qué es la justa indemnización y cómo se articula con el perjuicio sufrido por un incumplimiento prolongado en el transcurso del tiempo?

Conforme a lo antes analizado, no caben dudas respecto a que el concepto de “justa compensación” comprende, y debe contener, los perjuicios sufridos por la demora en el tiempo transcurrido hasta el efectivo pago; pues, de lo contrario, la indemnización no repararía todos los daños, no siendo ni justa ni integral.

No obstante lo anterior, cabe analizar cómo se remedia dicha demora, ante lo cual es posible observar dos respuestas, las que sintetizan la posición del actor —afectado— y del demandado —Estado— en este particular fallo:

- a) Aplicando un interés simple, esto es, el interés del 6% (sin capitalización), dado que no hay una disposición legal que obligue o disponga dicha capitalización; o
- b) Aplicando un interés compuesto, esto es, el interés del 6% capitalizado anualmente, pues de no considerarse de esta forma los daños de la demora no estarían completamente reparados.

Como fue estudiado precedentemente, la indemnización debe ser “justa” en atención al artículo 32 de la Constitución. La norma legal que regula esta materia disponiendo la aplicación de intereses como forma de compensación, Decreto-Ley 14.500, no establece si el interés debe ser simple o compuesto.

¿Cómo interpretar y resolver esta cuestión? El Tribunal, continuando con el razonamiento precedentemente expuesto, analiza particularmente

(...) si la aplicación del interés simple vulnera o no la norma constitucional que establece que el Estado debe abonar una justa compensación”. En este punto concluye que: “...si se aplica el interés lineal será más beneficioso para el deudor no pagar la deuda en tiempo y forma y disponer del capital para generar renta la que será sustancialmente mayor que la deuda que finalmente pague, obteniendo un beneficio por dilatar el cumplimiento. Lo antedicho hace evidente que la aplicación

¹¹ GAMARRA, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*. Montevideo, FCU, 2012, p. 17.

del interés lineal en un período tan especialmente extenso durante el cual no se pagó la indemnización al propietario —pese a que en un Estado de Derecho el pago del precio de la expropiación debe ser previo— se contraponen a la exigencia constitucional de que se trate de una justa compensación.

Esta conclusión a la que arriba el Tribunal se corresponde con los postulados que, en esta materia, habían sido emitidos por la jurisprudencia comparada. Así, a modo de ejemplo, en España, el Tribunal Supremo admitió el devengo de intereses sobre los intereses ya devengados e impagados en expropiaciones; consideran que el impago de los intereses determina como indemnización de daños y perjuicios el pago de intereses¹².

Asimismo, en esta solución también resulta aplicable el principio de reparación integral, el cual se corresponde con una tutela jurisdiccional efectiva y, en este caso, con la propia garantía de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa¹³.

c) ¿Cómo se debe aplicar el ordenamiento jurídico y arribar a una solución justa en este caso concreto?

Finalmente, arribamos a la tercera cuestión: ¿Cómo se aplica, por consiguiente, el ordenamiento jurídico antes determinado en este caso concreto?

De acuerdo a un razonamiento deductivo de lo antes observado, correspondería aplicar el artículo 32 de la Constitución y el Decreto-Ley 14.500 interpretando este último en conformidad con el precepto constitucional, por lo que se arribaría a la conclusión de que únicamente un interés compuesto, esto es, con capitalización, sería componente de una “justa compensación”, por lo cual correspondería la condena con la actualización y con el interés capitalizable.

No obstante el Tribunal, y luego de arribar a la conclusión antes mencionada, utiliza un último matiz que ya se aparta de toda valoración normativa para adentrar en la percepción de “lo justo”, “lo razonable”, o “lo equitativo”, en este supuesto. Dice el Tribunal:

Ahora bien, dicha conclusión no significa que la indemnización pueda fijarse en una suma que se aparte del criterio de razonabilidad y de la adecuada ponderación entre el derecho del propietario a percibir una justa compensación y el bien común que se procura con la expropiación. (...) El bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección. Siendo el bien común el fin último del Estado pero también un fin

¹² v. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su valoración y pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas*. Granada, Ed. Comares, 2005, p. 371.

¹³ Respecto a la consideración de la indemnización como garantía en el procedimiento expropiatorio, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid, Civitas, 1984, p. 111 y ss.

de los particulares, configura también un límite externo; límite externo para los derechos fundamentales, pero también para el accionar del Estado. (...) En virtud de lo expresado y teniendo en cuenta la significativa diferencia que se surge entre las liquidaciones presentadas por ambas partes y a los efectos de llegar a una justa compensación dentro de parámetros razonables y compatibles con el bien común la mayoría de la Sala habrá de reducir en un 50% la suma resultante de la aplicación del 6% de interés acumulativo anual.

En la resolución del caso concreto, por consiguiente, el Tribunal agrega otro componente: el alto monto de la liquidación que resultara de aplicar la conclusión jurídicamente arribada.

La labor del juez, en este caso, por tanto, no resultó, únicamente, en aplicar el Derecho al caso concreto sino, también, en analizar dicha solución en su elevado monto resultante de la adopción de un interés capitalizable. El Tribunal se vio en la paradoja de reducir dicho monto, por lo elevado de la suma, a pesar de que por aplicación del derecho esa era la solución adecuada y, por tanto, justa.

¿Cómo matizarlo? La recurrencia a la noción de “bien común” como límite externo a una reparación integral, por parte del Tribunal, merece diversas críticas en su formulación, además de ser utilizado como parámetro balanceador, cuando una teoría del balance no resultaría elocuente en este lugar de la argumentación.

La “justa compensación” es, para el Tribunal, “justa” cuando se reparan todos los rubros, incluyendo la demora en el pago del precio, cuya indemnización, a su vez, no es sino a través de un interés capitalizable. Sin embargo, la “justa compensación” es también, para el Tribunal, “justa” cuando no se repara en un todo al sujeto, sino parcialmente, pues su compatibilidad con el “bien común” hace que el fallo deba apartarse de la aplicación del Derecho, para regirse por otras reglas y principios, que adentran la esfera subjetiva del Tribunal que lo emite: el abatimiento en un 50% de la suma resultante de la aplicación del 6% de interés acumulativo anual se aleja de la elogiada consideración de la norma constitucional aplicable, para limitar su alcance, impidiendo, de esta forma, una reparación integral al sujeto afectado.

3. LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA, LA REPARACIÓN INTEGRAL, LA JUSTA INDEMNIZACIÓN Y LA PONDERACIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES

Es en aplicación del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, —desarrollado con tal denominación en varios fallos del Tribunal Constitucional Español¹⁴—, que el sujeto

¹⁴ El artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978 establece que todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso,

posee el derecho de acceder libremente ante los tribunales; a obtener luego de un debido proceso, llevado ante un tribunal preestablecido, independiente e imparcial, un fallo conforme a derecho; y, por último, el derecho a que la sentencia sea correctamente ejecutada¹⁵, permitiendo, finalmente, el arribo a una reparación integral.

En el fallo comentado, es de trascendencia el razonamiento y argumentación efectuada por el Tribunal, en tanto parte de una aplicación integral del ordenamiento jurídico desde la Constitución, analizando el artículo 32 e interpretando la legislación bajo su consideración, para arribar a la solución que, comparto, es la justa compensación: la aplicación del interés compuesto y no del simple a efectos de salvaguardar el perjuicio originado en la demora en el pago del precio.

Sin embargo, tal he añadido, el Tribunal no se queda con dicha conclusión, sino que, por el contrario, la matiza con otros agregados, los cuales distan del derecho aplicable, rebajando, en síntesis, el monto económico de la indemnización. El Tribunal tiene presente *“la significativa diferencia que se surge entre las liquidaciones presentadas por ambas partes”* y, sin aplicar el razonamiento y argumentación efectuada, modifica el concepto al que había arribado de “justa compensación” para, ahora, matizarlo con una ponderación o balance con el “bien común”.

En este punto, por tanto, el Tribunal coloca en un extremo al monto indemnizatorio —y el consecuente derecho de los afectados a su recibo—, y, en el otro al denominado “bien común”, para alcanzar a una solución “compatible” entre ambos, solución que dista de las normas jurídicas que se encontraba aplicando y que, entonces, llama de equidad entre las partes: reduce en un 50% la suma resultante de la aplicación de la solución acorde a derecho y que entendíamos “justa”.

La sentencia comentada posee el importante y esencial aporte de citar la norma Constitucional como punto de partida y como derecho aplicable en el análisis del caso en cuestión. La controversia dilucidada consistió, por tanto, en delimitar cuál de las soluciones se acompañaba con el precepto constitucional que exigía una “compensación justa”, llegando a la conclusión que la única interpretación posible era la aplicación de un interés compuesto.

Sin embargo, luego, el sentido de la “justa compensación” varió significadamente para convertirse en un concepto determinado por un equilibrio entre las pretensiones de ambas partes, con un contenido más económico que jurídico: el fallo a medias entre ambos como forma de alcanzar lo “justo” y la equidad concreta.

pueda producirse indefensión. Sentencias del Tribunal Constitucional Español en este tema son, por ejemplo, las Nos.: 166/2008, 152/1990, 16/1991, 142/1992, 380/1993, 314/1994, 113/1989.

¹⁵ Cfr. Tribunal Constitucional Español, Sentencia Número 166/1998 del 15 de Julio de 1998.

La justa compensación es concebida por el artículo 32 de la Constitución como la indemnización que se abona como contrapartida a ser afectado por un perjuicio —expropiación— a través del cual se beneficiaría a toda la sociedad por una especial razón, —necesidad o utilidad pública—. Sin embargo, al decir del Tribunal, dicha justa compensación también se vería mermada por el bien común¹⁶, al ser tan alto el resultado de aplicar los postulados del Derecho, pues entonces corresponde su abatimiento.

Cuando la “justa compensación” parecía haberse definido y delimitado perfectamente y conforme a derecho en este caso concreto, la matización desvirtuó la reparación concluida y la rebajó por mitades, discutiendo no solo el sentido de “justa compensación”, sino, fundamentalmente, permitiendo el cuestionamiento de la vigencia del principio de tutela jurisdiccional efectiva en este caso concreto.

4. COMENTARIO FINAL. LA TRASCENDENCIA DEL FALLO ANALIZADO

Para finalizar, resta realizar un último comentario. La sentencia analizada posee una importante trascendencia en la jurisprudencia uruguaya, pues ha partido de la Constitución para el análisis del caso concreto, aspecto que merece sea destacado.

El enfoque constitucional dado en la resolución del caso no es usual en Uruguay, constituyendo, esta sentencia, un precedente de gran valoración, no solo por la invocación de normas constitucionales, sino por su empleo en conceptos como la *aplicación directa* y la *interpretación desde la Constitución*. La profunda argumentación realizada para concluir en la solución desde la Constitución posee un invaluable aporte para la jurisprudencia uruguaya, debiendo ser, por consiguiente, objeto de estudio, valoración y profundización para la resolución de casos por los órganos jurisdiccionales.

¹⁶ La Constitución refiere a causas de *necesidad o utilidad públicas*, términos que, si bien vinculados, no resultan sinónimos del “bien común”. No obstante, dichos puntos merecerían un estudio pormenorizado en la materia, aspecto que excede del objeto de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Gamarra, Jorge. *Neoconstitucionalismo. Código y Ley Especial*. Montevideo, FCU, 2012.
- Garat, Ma. Paula. “La constitucionalización del Derecho Tributario: Las potestades y deberes del Fisco ante el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico”, en *Revista de Derecho* (UCU), No. 9, 2014.
- García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid, Civitas, 1984.
- García Gómez de Mercado, Francisco. *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su valoración y pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas*. Granada, Ed. Comares, 2005.
- Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional*. Montevideo, FCU, 2005.
- Risso Ferrand, Martín. “La interpretación de la ley desde la Constitución y desde los derechos humanos” en *Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, Año II, Tomo II. Montevideo, FCU, 2014, p. 169 a 176.

**FISCO - MSP - C/ ETCHEGARAY VIDAL, ALFREDO Y OTROS-
RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO, EXPROPIACIÓN.**

*Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4 Turno
CED-0009-000221/2014*

En autos caratulados FISCO - MSP - c/ ETCHEGARAY VIDAL, ALFREDO y otros- RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO, EXPROPIACIÓN - IUE N°: 0109-000002/2009

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la/s providencia/s que a continuación se transcribe/n:

DFA-0009-000111/2014, DFA-0009-000111/2014 SEI-0009-000015/2014 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4 Turno FISCO - MSP - c/ ETCHEGARAY VIDAL, ALFREDO y otros- RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO, EXPROPIACIÓN 0109-000002/2009 Montevideo, diecinueve de marzo de dos mil catorce. TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE CUARTO TURNO. Ministra Redactora: Dra. Ana M. Maggi Ministros Firmantes: Dra. Graciela Gatti Ministro Discorde: Dr. Eduardo J. Turell AUTOS: FISCO M.S.P. C/ ETCHEGARAY VIDAL, ALFREDO y otros EXPROPIACION. IUE: 0109-000002/2009

I) El objeto de la instancia está determinado por el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 545-550 vta.) contra la sentencia interlocutoria N° SEF-0109-000099/2012 del 7 de diciembre de 2012 (fs. 531-543) dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno, Dr. Federico Tobía - que dispuso determinar que la suma por justa compensación que deberá abonar el Estado-MSP estimada el 1/02/1961 en \$ 30.807,63 deberá actualizarse a través de la aplicación del decreto N° 14.500 y el cálculo de intereses legales del 6% anual sin capitalización a la fecha del efectivo pago.

II) Sostuvo la parte apelante, en síntesis, que la sentencia dictada lo agravia porque prescinde del texto constitucional imprescindible para comprender e interpretar el orden aplicable en autos lo que conduce a conclusiones erróneas y contrarias a la Carta; no rea-

liza una adecuada interpretación del orden legal llegando a conclusiones que no surgen de la ley y viola el valor y principio general de Justicia. En cuanto al primer punto afirma que la Constitución es siempre el punto de partida de toda hermenéutica y más cuando se trata de un proceso expropiatorio. El tribunal debe interpretar el orden infraconstitucional y la sentencia de los años sesenta será partiendo de las claras previsiones constitucionales: 1. indemnización justa del daño 2. indemnización por la demora del proceso (52 años) y 3. reparación de los daños derivados de las variaciones de la moneda. La ley N° 14.500 procuró combatir los efectos adversos de la inflación actualizando las prestaciones de contenido económico, no dice como se capitalizan los intereses y la referencia al art. 2207 del C.C. tampoco permite concluir como se capitalizan los intereses. Señala, asimismo, que el interés compuesto no está prohibido en nuestro derecho positivo. El art. 2215 del C.C. establece que la capitalización de intereses requiere pacto expreso de las partes (en el caso no hay contrato no es posible dicho pacto); el art. 718 inc. 2 del Código de Comercio expresamente dice que los intereses se capitalizan anualmente en defecto de pacto expreso entre las partes y el art. 5 de la Ley 18.212 también permite la capitalización. La Cra. Bouza declaró que cuando se actualiza por el IPC se utiliza la tasa de inflación y cuando uno carga la tasa de inflación de un año la incorpora al capital y vuelve a aplicar la tasa de inflación sobre la inflación del primer año. Dicha Contadora expresó en su declaración testimonial que en períodos largos no es posible la utilización de interés lineal sin capitalización ya que no se actualiza el monto de los intereses (el período de inflación va haciendo desaparecer el monto de los intereses). Cuando se actualizan rentas vitalicias, rentas provisionales de seguridad social o infinidad de productos financieros el cálculo se realiza siempre sobre interés compuesto para que el monto sea el actual. Afirma que si no se capitalizan los intereses se perjudica a los propietarios y se beneficia al Estado que tomó posesión del bien en el año 1960, no pagó el precio durante 52 años, período en el cual los propietarios no dispusieron ni del inmueble ni del dinero. Cita jurisprudencia de la que surge que se trata de devolver al acreedor el interés que pagó o habría pagado para obtener el capital del que se vio privado a causa de la mora en que el deudor incurrió (fs. 548). En cuanto al segundo punto señala que disponer que no se capitalizan los intereses devengados a lo largo de más de medio siglo resulta contrario a derecho porque los montos generados por concepto de interés a lo largo de más de medio siglo se vean licuados y desaparezcan por la inflación. No se repara el daño de las variaciones de la moneda. Se desnaturaliza una norma superior o sea el art. 32 de la Constitución. El Decreto Ley 14.500 no se pronuncia sobre la pertinencia de capitalización de intereses, no lo impone ni lo prohíbe. Debe aplicarse la parte

final del art. 32 de la Constitución. En cuanto al tercer agravio afirma que el valor justicia está implícito en la Constitución y es una premisa y objetivo ineludible en la labor jurisdiccional. No existe ley que prohíba la capitalización. Solicita se haga lugar a la apelación estableciendo que los intereses deben capitalizarse anualmente.

III) Sustanciado el traslado conferido, fue evacuado por la parte actora manifestando en síntesis: que en el caso no resulta aplicable el interés compuesto en virtud de que el crédito a favor de los accionantes se generó en un proceso expropiatorio. Se trata de fijar el justo precio que debe abonarse al expropiado lo que tiene carácter indemnizatorio lo que lleva a concluir que no nos encontramos ante una obligación de carácter comercial sino ante una figura de derecho civil siendo aplicables las previsiones del Código Civil en la materia. De acuerdo al art. 2215 del citado cuerpo normativo la capitalización de intereses solo es admitida si existe pacto expreso de las partes, lo que no se verifica en el caso. Para la determinación de la justa compensación deben tomarse en cuenta determinados valores que se verifican en los hechos en forma inmediatamente anterior a la expropiación y hace que luego de su análisis se arribe a la determinación del valor o del justo precio del bien a expropiar surgiendo así el monto correspondiente a la justa compensación. La demora no incide en la determinación de la justa compensación que ya está fijada con anterioridad, debe aplicarse la sanción correspondiente a la demora o sea el reajuste de la Ley 14.500 y los intereses. Si la situación fáctica no encuadra en las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico que habilitan la posibilidad de capitalizar los intereses -cuando la obligación que da origen a los intereses es de naturaleza comercial y cuando es de naturaleza civil y existe acuerdo expreso de las partes- dicha capitalización no resulta viable y debe ser rechazada. Solicita la confirmatoria de la sentencia interlocutoria impugnada.

IV) Franqueado el recurso se remitieron los autos a la Sede y recibidos en ésta previo estudio legal se convocó a las partes a audiencia (art. 344 .2 del C.G.P.), se ordenó el diligenciamiento de prueba (fs. 582) y, por último, se procedió a recibir los alegatos de bien probado.

V) La Sala, con la mayoría de votos exigidos legalmente, arribará en el punto preciso de agravio a decisión parcialmente revocatoria del fallo apelado, por las razones que se habrán de expresar a continuación.

VI) En el subexámene, se tramita un Proceso de Liquidación de Sentencia que presenta como especial particularidad el largo período transcurrido desde que se condenó al Estado a pagar la compensación en la suma de \$ 72.051,75 por Sentencia N° 1/1961 (fs. 190). El proceso estuvo paralizado durante más de 50 años debido a la falta de pago de la

suma complementaria \$ 30.807,63 (suma debida al 01.02.1961) que luego de dos correcciones monetarias corresponden a \$ 0,03080763 de hoy (según dictamen pericial, fs. 464). El tiempo transcurrido, los cambios en la moneda operados, han planteado la cuestión debatida en el incidente que radica en determinar si la aplicación del interés simple, durante tan extenso período, conduce o no a una justa compensación. Ninguna disposición legal regula la situación planteada en el caso y tratándose de un proceso expropiatorio es claro que el mismo se rige por los principios y las normas de Derecho Público en especial las del Derecho Constitucional. Sayagués Laso definió la expropiación como un instituto de derecho público mediante el cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa y previa compensación. (Tratado de Derecho Administrativo, T. II, pág. 312 y sigs.). Por su parte Durán Martínez ha expresado que sin duda nuestro Constituyente ha procurado alejarse de la concepción decimonónica del derecho de propiedad y adoptar una más actual, acorde a la también dimensión social del hombre y no solo individual. El concepto individualista de la propiedad, como en general ha ocurrido en el mundo, tiende a ser reemplazado por otro que contemple un uso social o fin social de la misma. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común, dice la Constitución alemana. (Expropiación en el Uruguay, Algunos problemas actuales, pág. 4 y 5). El derecho de propiedad es un derecho fundamental contemplado expresamente en los artículos 7 y 32 de la Constitución. El artículo 7 establece: Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. El artículo 32 expresa: 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 establecidas 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 se deriven de las variaciones en el valor de la moneda. Los artículos 231 y 232, establecen en casos especiales y con los requisitos allí fijados, que la compensación puede no ser previa.

VII) En lo relativo al objeto de agravio y de acuerdo a la previsión constitucional aplicable art. 32 de la Carta- la justa y previa compensación debe incluir el valor del bien expro-

piado, los daños y perjuicios que origine la expropiación más la actualización correspondiente. En virtud de lo expresado precedentemente y de acuerdo al tenor de dicha disposición constitucional, para la mayoría de la Sala, la decisión del caso exige acudir a la aplicación directa de la Constitución o interpretación desde la Constitución (el art. 332 de la Carta). Porque el núcleo de la cuestión a dilucidar - más allá de si en el correr de más de 50 años la actualización y el interés legal resultan o no absorbidos por la desvalorización monetaria, cuestión técnica sobre la que dictaminaron los peritos- es determinar si la aplicación del interés simple vulnera o no la norma constitucional que establece que el Estado debe abonar una justa compensación. En tal sentido debe verse que, en la especie, son hechos no controvertidos que los propietarios se vieron privados del inmueble y del dinero durante más de 50 años y que, como es notorio, no tuvieron la posibilidad de invertir dicho capital y obtener renta sobre renta. En virtud de la claridad y notoriedad de lo antedicho la Sala no incluyó el punto en el objeto de la pericia dispuesta en el grado, sin perjuicio de lo cual la Sra. Perito expresó en el dictamen que de no tener el Estado el bien expropiado hubiera tenido que o bien comprar otro inmueble o arrendarlo teniendo para ello que disponer de capital para hacerlo. La renta obtenida por no tener que disponer de capital, pudo ser utilizada por el Estado para generar renta sobre renta en años sucesivos, situación de la que fueron privados los titulares del inmueble expropiado. Es cierto que tales afirmaciones exceden el objeto de la pericia encomendado por lo que no corresponde asignarles el valor de dictamen pericial, no obstante lo cual tampoco pueden ignorarse porque se trata de afirmaciones generales, no estrictamente técnicas, que resultan evidentes y conformes al la regla de la experiencia. En definitiva, es claro que si se aplica el interés lineal será más beneficioso para el deudor no pagar la deuda en tiempo y forma y disponer del capital para generar renta la que será sustancialmente mayor que la deuda que finalmente pague, obteniendo un beneficio por dilatar el cumplimiento. Lo antedicho hace evidente que la aplicación del interés lineal en un período tan especialmente extenso durante el cual no se pagó la indemnización al propietario - pese a que en un Estado de Derecho el pago del precio de la expropiación debe ser previo- se contrapone a la exigencia constitucional de que se trate de una justa compensación. Ahora bien, dicha conclusión no significa que la indemnización pueda fijarse en una suma que se aparte del criterio de razonabilidad y de la adecuada ponderación entre el derecho del propietario a percibir una justa compensación y el bien común que se procura con la expropiación. Expresa Durán Martínez: Ya se ha dicho que la expropiación procede por causas de necesidad o utilidad pública. La utilidad pública es un concepto más amplio que el de necesidad pública, pero más restringido que el de interés general. Necesidad pública, utilidad pública e

interés general, configuran límites externos a los derechos fundamentales en aras del bien común, fin último del Estado. El bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección. Siendo el bien común el fin último del Estado pero también un fin de los particulares, configura también un límite externo; límite externo para los derechos fundamentales, pero también para el accionar del Estado (La expropiación en el Uruguay, pág. 9 y 10). En virtud de lo expresado y teniendo presente la significativa diferencia que se surge entre las liquidaciones presentadas por ambas partes y a los efectos de llegar a una justa compensación dentro de parámetros razonables y compatibles con el bien común la mayoría de la Sala habrá de reducir en un 50% la suma resultante de la aplicación del 6% de interés acumulativo anual.

VIII) La conducta observada por las partes no da mérito a la imposición de sanciones procesales (arts. 688 C. Civil, 56 y 261 C.G.P.). Por tales fundamentos, atento a lo que establecen los Arts. 248 a 261 del C.G.P., el Tribunal, con la mayoría de votos exigida legalmente,

RESUELVE: Revócase parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto dispone que la justa compensación comprenderá la actualización - a través de la aplicación del decreto N° 14.500- y el cálculo de intereses legales del 6% anual sin capitalización a la fecha del efectivo pago y en su lugar, se dispone que la suma pendiente de pago por justa compensación que deberá abonar el Estado-M.S.P. -estimada el 1/02/1961 en \$ 30.807,63- deberá actualizarse a través del decreto N° 14.500 y el 50% de la suma resultante de la aplicación del 6% de interés acumulativo anual, hasta su efectivo pago. Todo sin especial condenación procesal. Y, oportunamente, devuélvase.

Dra. Ana M. Maggi Dra. Graciela Gatti MINISTRA MINISTRA

Dr. Eduardo J. Turell DISCORDE: Los daños derivados Ministro de la duración del proceso y las variaciones en la moneda deben ser considerados al momento de establecer la justa compensación (art. 32 Const.) lo que en el caso fue objeto de análisis al dictarse sentencia en el proceso expropiatorio, que resultó consentida (fs. 190 199). A partir de ese momento, la duración del proceso y las variaciones de la moneda quedan sometidas a la regulación del dec ley 14.500, cuya aplicación al caso no se discute, a pesar que su vigencia es posterior al dictado de la sentencia que fija la justa compensación, y el Tribunal ha admitido (Sent. 238/04). En ella se dijo respecto del dec ley 14.500 que aunque de principio no resulta aplicable a las obligaciones nacidas con anterioridad a su vigencia como las controvertidas subespecie ..., toda controversia judicial a su respecto se plantea en los mismos términos que enfrentaban

las denominadas posiciones "conservadora" y "actualizadora" y debe de ser despejada en aplicación de las argumentaciones de la última señalada que se acompasan al principio general de la reparación integral del perjuicio (Gamarrá-Carnelli, Comentario de la ley N° 14.500, p. 37 y ss., 84 y ss., etc.; Sayagués Areco, en A.D.C.U., T. II, p. 151 y ss.; etc.). La inflación no hace desaparecer el monto de los intereses en el caso que éstos se calcularan linealmente. El testimonio técnico de la Lic. P. Bouza no es convincente (fs. 506 509), actuó en calidad de perito de parte (fs. 426 - 428) y resulta desvirtuado por la pericia practicada en autos (fs.). Entonces, si se ha entendido, pacíficamente, que la reglamentación del tema de los intereses en el más típico de los contratos de crédito el mutuo fructífero contiene el derecho común en la materia, aplicable por analogía a todas las obligaciones de dar cantidad de dinero originadas en otros contratos y también en situaciones no contractuales. (Gorfinkel, I.; Los intereses de mora en las obligaciones civiles y comerciales, Ed. Del Foro, año 2000, pág. 12 vto.) no existe otra alternativa que la de aplicar la tasa de interés en forma lineal (Cf. Heuer, F. y Rodríguez, T., Las pericias contables en el proceso judicial, Editorial Universidad, pág. 64). No hay posibilidad de considerar otros daños, cuando la obligación consistiere en el pago de una suma de dinero la indemnización del perjuicio moratorio está determinada por la ley con un monto invariable (en la condenación a los intereses legales), sin que se requiera probar daño alguno (Gamarrá, Tratado, T. XVIII, ed. 1980, pág. 39).

Esc. Sylvia Garmendia Schröder, SECRETARIA.

Recepción jurisprudencial de la “objección de conciencia”

Comentario a la sentencia N° 586/015 en autos
“ALONSO, Justo y otros CONTRA PODER
EJECUTIVO. Acción de nulidad”

Marta Hanna de Rosa

Universidad Católica del Uruguay

1. ANTECEDENTES DEL CASO¹

El 11 de agosto ppdo. (2015), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo² hizo lugar a una demanda de nulidad contra el Decreto 375/012, reglamentario de la Ley 18.987/012, sobre interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), iniciada por un grupo de ginecólogos uruguayos, poco después de la publicación del mencionado decreto. La acción invocaba el derecho a la objeción de conciencia, o mejor dicho al ejercicio de éste, reconocido expresamente en la mencionada ley, pues consideraban que el decreto la había restringido ilegítimamente.

Los hechos que precedieron dicha sentencia pueden jalonarse en el siguiente orden.

En **octubre de 2012**, fue aprobada y publicada la **Ley N. 18.987** que despenalizó el aborto en Uruguay. En su art. 1, tras reconocer “el derecho a la procreación consciente y responsable” y “el valor social de la maternidad”, reafirmar la “tutela de la vida humana” y la promoción del “ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población” y afirmar que “la interrupción voluntaria del embarazo [...] no constituye un instrumento de control de los nacimientos”³, estableció los requisitos para que un aborto no fuera punible [art. 3].

Un mes más tarde, el **22 de noviembre**, el Poder Ejecutivo emanó el **Decreto reglamentario número 375/012**⁴.

Los primeros días de **diciembre**, más de 110 profesionales de diversas especialidades y no solo ginecólogos —que se nuclearon bajo el nombre *Médicos por la salud y la vida* (en

¹ Agradezco muy especialmente a la Dra. **Marie Lourdes González Bernardi**, una de las firmantes de la demanda, quien me facilitó todos los documentos e e-mails necesarios para conocer los antecedentes del caso por la parte actora, que son los que cito en este comentario.

² En adelante, TCA.

³ Publicada D.O. 30 oct/012 - N° 28585. El texto legal en www.impo.com.uy. Las subsiguientes citas entrecomilladas de la ley están tomadas del texto on line.

⁴ El texto en el site presidencia.gub.uy.

http://archivo.presidencia.gob.uy/sci/decretos/2012/11/cons_min_604.pdf

adelante, MXSYV)— presentaron un **recurso ante el Ministerio de Salud Pública** (en adelante, MSP). Lo hacían en defensa de uno de los compromisos principales que asume un galeno al realizar su juramento hipocrático: **“Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo; tampoco administraré abortivo a mujer alguna”**⁵; pero también porque, siendo parte del Sistema Nacional Integrado de Salud, resultaban directamente alcanzados por la reglamentación.

Fundaban su solicitud afirmando que dicho decreto⁶:

- A) [Avasalla] nuestro derecho a la objeción de conciencia que la misma ley prevé, pretendiendo limitarla únicamente al acto de ejecución del aborto, exigiendo nuestra participación en las actividades preparatorias, también objetables:
- B) [Distorsiona] la relación médico-paciente, prohibiéndonos explicar con claridad la evidencia científica, incluso mostrar la ecografía y expresar nuestra opinión profesional de acuerdo a las necesidades de la paciente y a nuestro leal saber y entender; y
- C) [Redefine] el concepto “grave riesgo de salud para la mujer” expresado en la ley, por “riesgo de salud” (eliminando el término grave), ampliando así los casos de excepción en los cuales no se permite la objeción de conciencia.⁷

En enero de 2013, MXSYV enviaba a sus pares un primer boletín con reflexiones sobre “Esencia de la medicina”⁸. Entre otras cosas, allí se recogían palabras del profesor Washington Lauría, pronunciadas en ocasión de una nota radial, donde afirmó que **“Para los médicos es importante defender la vida, pero para un ginecólogo es algo más que importante, porque tratamos a dos personas: a la madre y al hijo (...) yo personalmente creo que desde que el embrión existe, existe vida en el útero y es prioridad del médico defenderla”**⁹.

En febrero, y a pedido de numerosos médicos, MXSYV envió otro boletín específicamente sobre objeción de conciencia. Básicamente, afirma que la legalización del aborto

⁵ La práctica bimilenaria del juramento hipocrático, se ha mantenido casi sin cambios en Occidente. Como expresión de un código elemental e insoslayable de ética para cualquier profesional cuya profesión implique tratos con pacientes, fue reconocido por la Convención de Ginebra de 1948, modificando las palabras del párrafo citado por “Tendré absoluto respeto por la vida humana (...) aún bajo amenazas no administraré ni utilizaré mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad” <https://sites.google.com/site/juramentoshiocraticos/home/adaptacion-de-la-convencion-de-ginebra-1945>

⁶ Al día siguiente, los médicos, profesores Justo Alonso y Washington Lauría, y el Dr. Ricardo Pou explicaron a la prensa los motivos del recurso. Entrevista en:

<http://espectador.com/noticias/254762/aborto-choque-de-opiniones-por-objecion-de-conciencia>

⁷ Extraído del e-mail cursado a todos los suscriptores de MXSYV, el 5 de mayo de 2014, en el que se informaba sobre los avances del recurso presentado ante el TCA. El uso del tiempo presente en los tres verbos es mío.

⁸ Fechado 8 de enero de 2013.

⁹ Washington Lauría, Titular grado 5 de Clínica ginecológica B, Hospital de Clínicas, Montevideo. Las negritas pertenecen al boletín de MXSYV.

vulnera uno de los principios específicos de la medicina, cual es el preservar la vida, “alterando el fin mismo de la medicina y la función del médico”, que viene así reducido a “simple ejecutor de políticas de turno”, que “deberá poner su conocimiento no solo al servicio de la vida, sino también de la muerte”¹⁰; defiende la objeción de conciencia como un derecho fundado en aquel otro de libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, reconocido por la Constitución uruguaya en su art. 54 y también por la ley 18.987, en su art. 11; explica quiénes pueden ser objetores: instrumentista, ecografista, farmacéutico, anestesista, enfermero, ginecólogo, médico generalista, pediatra e incluso personal administrativo “que pueda verse en la disyuntiva de participar de cualquier necesaria etapa del proceso, ya sea previa o posterior”¹¹. Además, señala que las razones que se pueden invocar no son solo religiosas y éticas, sino también filosóficas, axiológicas, deontológicas y de ciencia. El último punto se refiere a la omisión de asistencia, destacando que, **no siendo el embarazo un estado patológico ni traumático**, el hecho de negarse a participar en su interrupción no implica omisión de asistencia: “la mujer embarazada no se va a morir por el solo hecho de estar embarazada”¹²

En **julio del 2013**, el MSP no había respondido el recurso interpuesto. Echando mano de la denegación ficta, se decidió **iniciar acción de nulidad del Decreto ante el TCA**. MXSYV informó a todos sus suscriptores que “por temas administrativos y económicos, el documento [la demanda] sería firmado por aquellos ginecólogos que firmaron la instancia anterior”¹³, e iría acompañado por otro de adhesión firmado por **“todos los médicos y personal de salud, que quieran apoyar y adherir”**¹⁴ En adjunto se enviaba también un documento titulado “Acto de adhesión a la acción de nulidad contra el decreto 375/2012, reglamentario de la ley del aborto”¹⁵, aclarándose que “en contenidos es igual al recurso, con la salvedad de que aclara que es un acto de adhesión y no el recurso en sí”¹⁶ Dicho *Acto de adhesión* es un instrumento excepcional para conocer el contenido del recurso ante el MSP y de la subsiguiente demanda.

La demanda fue interpuesta el 16 de julio. Atento a la duración que normalmente tiene un proceso como el iniciado, la parte actora solicitó al Tribunal que dispusiera la **suspensión provisoria de los artículos cuestionados del Decreto 375/012**.

¹⁰ “Compendio sobre objeción de conciencia”, E-mail de MXSYV, fechado 25 de febrero de 2013.

¹¹ “Compendio sobre objeción... 25/02/13.

¹² “Compendio sobre objeción... 25/02/13.

¹³ El mail está fechado 12 de julio de 2013.

¹⁴ Las negritas están en el original.

¹⁵ El documento que consta de 25 carillas y termina con una planilla para firmas, fue adjuntado al mail de fecha 12 de julio de 2013.

¹⁶ Mail del 12/7/2013.

El 5 de marzo de 2014, MXSYV informaba a sus suscriptores los avances del proceso. El comunicado destacaba la profesionalidad de los abogados asesores¹⁷, quienes se mostraban “optimistas ante las posibilidades de ganar el juicio”, en razón de la prueba que ya se había producido en la causa. Para entonces, acababa de abrirse la etapa de alegatos¹⁸.

El **14 de agosto**, el TCA hizo lugar a la incidencia y dispuso la **suspensión provisoria de todos los artículos mencionados en la demanda, excepto el art. 30**¹⁹. Este último artículo establece que “Queda excluido del derecho de objetar de conciencia el personal administrativo, operativo y demás personal que no tenga intervención directa en el acto médico respectivo”.

La decisión fue celebrada como “un hito en la defensa de la libertad de conciencia y en ejercicio de la profesión médica”, y comunicada a los miembros de MXSYV por correo electrónico: “Asunto: Sentencia histórica. Suspensión del decreto de IVE”²⁰, destacando lo poco usual de la medida —suspensión transitoria—. El análisis de las conclusiones a las que arribaba la parte actora a partir del fallo, así como del fallo en sí, excede los límites naturales de este comentario, que lo es de la sentencia definitiva.

Que el avance del proceso interesaba no solo a los médicos, lo demuestra un e-mail enviado por el Sindicato Anestésico Quirúrgico del Uruguay (S.A.Q.) a la Sociedad Ginecológica del Uruguay y reenviado por ésta a sus socios²¹. El motivo era informarse de los alcances de la suspensión dispuesta por el Tribunal, con el propósito de saber si quienes no habían firmado la acción de nulidad, podían ampararse en la objeción de conciencia. La cuestión es desarrollada en el punto 4 del documento anexo²², donde la pregunta se plantea a raíz de lo dispuesto en el art. 311 de la Constitución: el efecto de la anulación de un acto administrativo alcanza solamente a quien pidió la nulidad o a todas las personas comprendidas en su ámbito

¹⁷ E-mail fechado 05/03/2014. Asunto: Avances del recurso contra el Decreto 375 ante el TCA. “Queremos resaltar que en materia jurídica logramos el asesoramiento de un equipo de abogados conformado por prestigiosos profesionales, y agradecer su contribución generosa, puesto que han trabajado renunciando a sus honorarios por considerar que la ilegalidad del decreto perjudica a la profesión médica en su conjunto y que **las pretensiones totalitarias del MSP ponen en peligro el propio Estado de Derecho**”. Las negritas me pertenecen.

¹⁸ En este e-mail, la comisión organizadora de las actuaciones administrativas, núcleo de MXSYV, se presenta a sí misma como “Grupo *Hipócrates.uy*”

¹⁹ Cf. Decretos de sentencias, Ficha Nro. 550/2013, sentencia 297/014, 14/08/14, en autos caratulados “Alonso, Justo y otros con Poder Ejecutivo. Suspensión de Ejecución”. El representante de la parte demandada solicitó se rechazara el pedido de suspensión, alegando que “de la ejecución inmediata del acto impugnado surjan perjuicios irreparables para la actora”. Por su parte, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se expidió “aconsejando acceder a la suspensión impetrada”.

²⁰ Fechado 14/10/2014, llevaba anexada la copia de la sentencia.

²¹ E-mail fechado 03/11/14. Asunto: SAQ, informe sobre sentencia de TCA por O.C. Anexado un documento de dicho sindicato a sus miembros, “Acerca de la sentencia del TCA dejando en suspenso el Decreto del Poder Ejecutivo que reglamenta la Objeción de Conciencia de los médicos ginecólogos (ley n° 18.987)”, de 12 páginas, con fecha en Montevideo, 31 de octubre de 2014.

²² Me refiero al documento de adhesión que enviase MXSYV a sus adherentes; *Vide* nota 16.

—hayan o no pedido la nulidad— dependiendo de la naturaleza del derecho lesionado por dicho acto administrativo. De entenderse que solo lesiona un derecho subjetivo, por razones obvias, solo pueden ampararse en la suspensión quienes la hayan solicitado; si por el contrario se entiende que lesiona un interés protegido por la regla de Derecho o de la buena administración, produce efectos generales y absolutos²³. No existiendo unanimidad en la interpretación de dicho artículo, el SAQ entendía que la sentencia 297/014 no tenía efectos generales.

Finalmente, el **11 de agosto de 2015**, por sentencia definitiva N° 586, el Tribunal falló parcialmente a favor de la parte actora, **“anulando, con efectos generales y absolutos”**²⁴ las siguientes disposiciones del Decreto 375/012: art. 7, inc. 2; art. 8, incs. 1, 2 y 3; art. 12, último inciso; art. 13, literal b) inc. 2; art. 16; art. 28, inc. 1; art. 29, inc. 1 y desestimando la demanda en relación con los arts. 30, 31, 32 y 35 del mismo Decreto.

2. TÉRMINOS DE LA DISPUTA

Dejando de lado la posición a favor o en contra del aborto de las partes contendientes, el asunto que se sometió a la consideración del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no fue —no podía serlo— la ley que legalizó la IVE, sino un acto de la administración pública —concretamente, un decreto emanado de Presidencia en Consejo de ministros y directamente vinculado al MSP—: el Decreto reglamentario 375/12.

La parte actora alegó que el Decreto creaba limitaciones donde la ley no las ponía y ampliaba casos que la ley había restringido; en vistas de ello, solicitó del TCA la anulación de la reglamentación, con alcances generales y absolutos, en relación con:

(...) **los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 30, 31, 32 y 35 del Decreto** [por entender que] pretenden de manera ilegal e ilegítima: 1) restringir el derecho de objeción de conciencia solo a los actos de ejecución del aborto (recetar el fármaco o hacer el legrado), cuando la Ley no establece tal limitación; 2) restringir el derecho de objeción de conciencia solo a los médicos y el personal técnico, cuando la Ley no establece tal restricción; 3) redefinir el concepto “grave riesgo de salud para la mujer”, por “riesgo de salud” (eliminando el término grave) y de esa forma aumentar las restricciones al ejercicio del derecho de objeción de conciencia; 4) desconocer los principios establecidos en la Ley, quitándole libertad a los médicos en el asesoramiento²⁵.

²³ “Acerca de la sentencia del TCA dejando..., punto 4., p. 11.

²⁴ Las negritas son de la sentencia. Para el texto completo, *Vide*: <http://www.tca.gub.uy/fallos.php>, Sentencia 586-2015, pdf.

²⁵ Resumen de la demanda tal como aparece en la sentencia que comento. F.1 vta., en numeral I. No he podido acceder a la contestación de la demanda, por lo que las citas encomilladas pertenecen a la sentencia 586/015. Las negritas son mías.

Se corrió traslado de la demanda al Poder Ejecutivo, que respondió por su representante, en este caso el Ministerio de Salud Pública, en un largo escrito (F. 26-39). Ateniéndome al resumen que consta en la sentencia comentada²⁶, la contestación conceptualizó la objeción de conciencia, “precisando que tiene carácter excepcional”, debe por tanto interpretarse restrictivamente y **no puede plantearse “como un derecho fundamental, sino como un instrumento** para el ejercicio de la Libertad de Conciencia y Pensamiento”²⁷. En este sentido, el representante del Ejecutivo señala que el art. 11 de la ley 18.987 “no establece un criterio amplio respecto a la objeción de conciencia, sino que la restringe tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo”²⁸, lo cual, a criterio del demandado, es lo común “en la jurisprudencia internacional”. Niega que la exigencia de presentar la objeción por escrito tenga carácter limitante; por el contrario, es solo a efectos probatorios. Rechaza que el cambio “riesgo **grave** de salud” (ley) por “riesgo de salud bio-sico social o vida de la mujer” (decreto) suponga una ampliación de los casos en que los médicos no pueden negarse a practicar un aborto, alegando que “el legislador no puede conceptuar que es *grave riesgo de salud*, solo realiza una enunciación” y que la reglamentación se limita a “establecer el concepto de salud [conforme a la] dada por la ley N° 11.246, recogida por la OMS, siendo el facultativo que intervenga, de acuerdo al caso concreto, quien establezca si existe grave riesgo (...)”²⁹

En cuanto a la acusación de que el reglamento viola el principio de información [conocido en el ámbito bioético como “Consentimiento informado”], la demandada lo niega sosteniendo que la función concedida por la ley al equipo interdisciplinario es asesorar a la mujer solicitante, no convencerla ni de abortar ni de desistir de hacerlo. Añade que el Decreto 375/12 ha tenido en cuenta —al reglamentar este punto— no solo a la Ley 18.987, sino también a la 18.335 (Pacientes y usuarios de los servicios de salud) y a la 18.426 (Salud sexual y reproductiva) y sus respectivos decretos reglamentarios. Puesto que este trabajo es apenas un comentario de la sentencia 586/015, no analizaré las dos leyes mencionadas en la contestación de la demanda.

Los dos últimos puntos cuestionados por la actora eran la posible entrevista con el padre del *nasciturus* y el plazo de cinco días (mínimo) que tiene la peticionante para considerar su decisión después de recibir el asesoramiento del equipo interdisciplinario. En su contestación, el representante del MSP sostiene que la misma ley (art. 4, literal B) exige el consentimiento de la mujer para comunicarse con el progenitor y que se supone

²⁶ F. 1 vta.-2, numeral II, de la sentencia 586/015.

²⁷ Vide F. 2 de la sentencia, primer párrafo. Las negritas me pertenecen.

²⁸ Vide F. 2, segundo párrafo.

²⁹ Vide F. 2, último párrafo.

que el equipo actúa conjunta y coordinadamente desde la primera consulta, por lo que no contradice la ley la disposición del Decreto que computa el plazo desde que la mujer hace la primera consulta a un ginecólogo.

“Oídas” las partes, a fin de formar una opinión propia, creo que el recurso más expeditivo es la comparación de ambos textos legales. He resaltado con cursivas los paralelos y con negritas las diferencias y las remisiones del decreto a la ley; los subrayados están en el original.

Ley 18.987	Decreto 375/012
<p>Art. 3. (Requisitos) (...) Párrafo 3: <i>El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica. Asimismo, informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.</i></p>	<p>Art. 7: El Equipo interdisciplinario el mismo día de la consulta o al día inmediato siguiente comenzará a dar cumplimiento a lo establecido en el inciso 3° del artículo 3° de la Ley 18.987, debiendo adecuar su accionar a lo establecido en el artículo 4° de la misma, el presente decreto y las guías que confeccione el Ministerio de Salud Pública.</p> <p><i>Los miembros del equipo interdisciplinario podrán entrevistarse conjunta o separadamente con la usuaria según lo estimen conveniente, pero su actuación será conjunta y coordinada</i></p>
<p>Art. 3. (Requisitos) (...) Párrafo 5: <i>A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un periodo de reflexión mínimo de cinco días, transcurrido el cual, si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica. (...)</i></p>	<p>Art. 8: <i>Desde el mismo día en que la mujer comience a recibir el asesoramiento previsto en la Ley 18.987 empezará a correr el plazo mínimo de cinco días corridos para que la solicitante manifieste que mantiene su voluntad de interrumpir el embarazo ante el servicio correspondiente. Esa voluntad podrá manifestarse a partir de la hora 0 del día sexto a contar del día en que comenzó a recibir el asesoramiento profesional. Deberá asentarse en la historia clínica el día en que la mujer ha comenzado a recibir el referido asesoramiento. Si el médico que asiste a la mujer en la primera consulta es un ginecólogo podrá integrar el equipo interdisciplinario y en ese caso deberá en esa misma consulta comenzar el proceso de asesoramiento integral a la mujer previsto en el artículo 3° de la Ley 18.987, sin perjuicio de convocar a los demás integrantes del equipo interdisciplinario para continuar con el mismo. (...)</i></p>

<p>Art. 3. (Requisitos) (...) Párrafos 3 y 4: El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente, <i>deberá informar a la mujer de lo establecido en esta ley, de las características de la interrupción del embarazo y de los riesgos inherentes a esta práctica.</i> Asimismo, <i>informará sobre las alternativas al aborto provocado incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como respecto a la posibilidad de dar su hijo en adopción.</i></p> <p>En particular, <i>el equipo interdisciplinario deberá constituirse en un ámbito de apoyo psicológico y social a la mujer, para contribuir a superar las causas que puedan inducirla a la interrupción del embarazo y garantizar que disponga de la información para la toma de una decisión consciente y responsable.</i></p> <p>Artículo 4º. (Deberes de los profesionales) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario deberán: (...) C) Garantizar, dentro del marco de su competencia, que el proceso de decisión de la mujer permanezca exento de presiones de terceros, sea para continuar o interrumpir el embarazo. (...) E) Abstenerse de asumir la función de denegar o autorizar la interrupción.</p>	<p>Art. 12: El equipo interdisciplinario (...) además deberá ceñirse a los siguientes principios:</p> <p>—El equipo deberá actuar dentro del contexto de la protección de la salud integral de la mujer, debiendo asesorar en tal sentido.</p> <p>—El equipo deberá comprometerse y ejecutar todas las acciones para asegurar el abordaje y tratamiento confidencial y privado de toda la información generada durante la entrevista, de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente respecto a confidencialidad y secreto profesional.</p> <p>—<i>La intervención del equipo será el asesoramiento en temas técnicos con encare de disminución de riesgo y daño, sin la imposición, por parte del equipo, de las convicciones filosóficas o personales de sus integrantes, por lo que deberán abstenerse de todo juicio de valor sobre la decisión que pueda adoptar la solicitante y de revisar el motivo de dicha decisión ya explicitado en la primer consulta.-</i></p>
<p>Art. 4º (Deberes de los profesionales) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario deberán: B) Entrevistarse con el progenitor, en el caso que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer.</p>	<p>Art. 13, B: <i>Los profesionales integrantes del equipo deberán cumplir con los siguientes deberes: (...) b) entrevistarse con el progenitor, en el caso que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer.</i> Si la mujer no manifiesta que desea que el equipo se entreviste con el progenitor se entenderá que la misma no presta su consentimiento a estos efectos.-El equipo no deberá inducirla o influenciarla para que preste el consentimiento a la entrevista con el progenitor.</p>
<p>Artículo 6º. (Excepciones). Fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos en los artículos 2º y 3º de esta ley, la interrupción del embarazo solo podrá realizarse: A) <i>Cuando la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer.</i></p>	<p>Art. 16: <i>Se entiende por grave riesgo para la salud de la mujer embarazada o para la vida, toda circunstancia que implique, a criterio del médico tratante, riesgo para la salud bio- sico social o vida de la mujer.-</i></p>

<p>Artículo 3º. (Requisitos), párrafos 1, 2 y 5: 1-Dentro del plazo establecido en el artículo anterior de la presente ley, la mujer deberá acudir a consulta médica ante una institución del Sistema Nacional Integrado de Salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso.</p> <p>2-El médico dispondrá para el mismo día o para el inmediato siguiente, la consulta con un equipo interdisciplinario que podrá ser el previsto en el artículo 9º del Decreto 293/010 Reglamentario de la Ley N° 18.426, de 1º de diciembre de 2008, (...)</p> <p>5-(...) si la mujer ratificara su voluntad de interrumpir su embarazo ante el médico ginecólogo tratante, se coordinará de inmediato el procedimiento, que en atención a la evidencia científica disponible, se oriente a la disminución de riesgos y daños. La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008, e incorporada a su historia clínica.</p>	<p>Art. 28: <i>La objeción de conciencia solo es válida para abstenerse de intervenir en los procedimientos previstos por el inciso 5º del artículo 3º de la Ley 18.987 y no para abstenerse de actuar conforme a los incisos 1º a 4º del artículo 3º de la ley.</i> Solo podrán objetar de conciencia las personas físicas, no existiendo tal derecho para las personas jurídicas.-</p>
<p>Artículo 6º. (Excepciones).- Fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos en los artículos 2º y 3º de esta ley, la interrupción del embarazo solo podrá realizarse: A) <i>Cuando la gravedad implique un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer.</i> B) <i>Cuando se verifique un proceso patológico, que provoque malformaciones incompatibles con la vida extrauterina.</i> C) <i>Cuando fuera producto de una violación acreditada con la constancia de la denuncia judicial, dentro de las catorce semanas de gestación.</i></p>	<p>Art. 29: <i>Solo podrán objetar de conciencia el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo de acuerdo al inciso quinto del artículo tercero y el artículo seis literales B y C de la ley 18.987.</i></p> <p><i>El ejercicio de la objeción de conciencia obliga al médico a derivar personalmente a la paciente a otro médico de manera de asegurar la continuidad de la atención inmediata de la misma.</i></p>

<p>Artículo 11. (Objeción de conciencia).- Los <i>médicos ginecólogos y el personal de salud que tengan objeciones de conciencia</i> para intervenir en los procedimientos a que hacen referencia el inciso quinto del artículo 3º y el artículo 6º de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a las que pertenecen.</p> <p><i>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.</i> 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.</p>	<p>Art. 29: <i>Solo podrán objetar de conciencia el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo</i></p> <p>Art. 30: <i>Queda excluido del derecho de objetar de conciencia el personal administrativo, operativo y demás personal que no tenga intervención directa en el acto médico respectivo.</i></p> <p>—<i>No se podrá invocar objeción de conciencia en actos posteriores a la realización de la interrupción del embarazo.</i></p>
<p>Artículo 11. (Objeción de conciencia).(...) <i>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.</i> 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 6º de esta ley</p>	<p>Art. 31: La objeción de conciencia <i>se presentará por escrito ante todas las instituciones en las que el objetor preste servicios.</i> Será dirigida a la Dirección Técnica de cada institución y deberá contener una declaración de que objeta participar en los procedimientos previstos en el inciso 5º del artículo 3º y literales b) y c) del artículo 6º de la Ley 18.987.</p>
<p>Artículo 11. (Objeción de conciencia).(...) 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.</p> <p><i>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.</i></p>	<p>Art. 32: <i>Solo serán válidas las objeciones de conciencia que sigan los procedimientos establecidos en la presente reglamentación.</i></p>
<p>Artículo 11. (Objeción de conciencia).(...) Quienes no hayan expresado objeción de conciencia no podrán negarse a realizar los procedimientos referidos en el primer inciso del presente artículo.</p>	<p>Art. 35: Quienes no hayan presentado objeción de conciencia o hayan desistido de la misma no podrán negarse a realizar los procedimientos a efectos de la interrupción del embarazo.</p>

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA DEL TCA

Sin votos en discordia, el 11 de agosto de 2015, el Tribunal dio a conocer la sentencia por la que hacía lugar parcialmente a la demanda, anulando con efectos generales y absolutos los artículos 7 inc. 2; 8 inc. 1, 2 y 3; 12, último inciso; 13, B; 16; 28, inc. 1 y 29, inc. 1. Y la desestimaba en relación a los artículos 30, 31, 32 y 35.

¿Cuál es el criterio que aplica para resolver de este modo la controversia?

En sus *Considerandos*, en el numeral III, la sentencia contiene una prolija síntesis doctrinal sobre el meollo de la cuestión: la objeción de conciencia, su significado, características e intereses que entran en juego³⁰. De lo analizado en este numeral entiendo que resulta de especial importancia la afirmación “En realidad, al final del día, **la objeción de conciencia genera el conflicto de dos intereses públicos**”³¹. Este enfoque supera la visión individualista y subjetiva de la figura “objección de conciencia” —planteado como un conflicto entre un particular y el estado o el ordenamiento jurídico— para centrarse en el propio ordenamiento jurídico el que, mientras por un lado propugna la defensa de un derecho, por otro vulnera ese mismo derecho o su ejercicio efectivo. Entiendo que es a la luz de este criterio —se trata de un conflicto entre dos intereses públicos— que el Tribunal navega las aguas de la disputa y, sorteando los escollos de argumentos parciales, arriba a su decisión.

De allí las palabras —tomadas de la sentencia N° 297/2014— “**el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, deriva de los derechos fundamentales del individuo, ya sea se lo relacione con el derecho de libertad de conciencia o con el derecho a la dignidad humana**”³². La remisión a las normas es la obligada: la Constitución uruguaya en sus arts. 7, 29, 54 y 72, los tratados y convenciones internacionales incorporados al ordenamiento jurídico uruguayo y la propia ley 18.987.

En los numerales IV a XI de los *Considerandos*, la sentencia pasa revista a los artículos controvertidos, leyéndolos en paralelo con los artículos reglamentados.

En relación con el **art. 7**, encuentra que la incoherencia aparece en el **inciso 2**, pues permite que los miembros del equipo interdisciplinario entrevisten “conjunta o separadamente” a la mujer, mientras que la ley manda que actúen conjuntamente (art. 3, 5)³³.

³⁰ Aparecen citados: Javier Martínez Torrón, catedrático complutense y director del Departamento de Derecho eclesiástico de esa universidad, aunque esta parece ser una cita indirecta; Martín Fridman y Gianni Gutiérrez, “La objeción de conciencia en la ley de interrupción de embarazo (aborto), en *Tribuna del Abogado* N° 183 (jun-jul. 2013), pp. 13-18; con el mismo título, el artículo en *Revista de Derecho y Tribunales* N° 23 (oct. 2013), pp. 11-24; Mariela Mautone y Hugo Rodríguez Almada, “Objeción de conciencia en el ámbito de la salud”, en *Rev. Méd. Urug.* Vol.29 N°.1 (mar. 2013), Montevideo.

³¹ Fs. 4 de la sentencia, último párrafo. Las negritas son mías.

³² Vide Sentencia N° 596/2015, F. 5, último párrafo. Las negritas me pertenecen.

³³ Vide, F. 5 vta., *Considerando* IV. Subrayado en el original.

Entiende el tribunal que la intención del legislador es clara: los miembros del equipo no pueden actuar separadamente. En contra de esto, el TCA observa que “**el propio formulario IVE elaborado por el MSP**, induce a que los profesionales actúen de manera no conjunta, al establecer casilleros separados (...)”³⁴ La diferencia resulta especialmente significativa por lo que sigue, en el **art. 8**, acerca del plazo mínimo de cinco días corridos, que la ley prevé para que “la interesada ratifique su voluntad libremente y sin condiciones, pero sí bien informada”³⁵. Puesto que resulta claro que se “desvirtúan los propósitos del legislador”, el Tribunal a amparar la demanda y anular lo dispuesto en los artículos 7, 2 y 8, 1, 2 y 3 del Decreto 375.

Con respecto al **art. 12** del decreto, el Tribunal concuerda con el MSP en que el equipo interdisciplinario debe constituir “un ámbito de información objetiva, con el debido aval científico y de contención para que la mujer pueda tomar una resolución tan importante, exenta de toda presión... (fs. 38vto.)”³⁶ Y precisamente por eso, hace lugar a la demanda por cuanto según el **último inciso del art. 12** “**solo se permite brindar información sobre cuáles son las formas menos riesgosas de practicar el aborto** (fs. 11 de interfolios)”³⁷, cuando claramente la ley manda que también debe informársele sobre las alternativas al aborto, “incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como de la posibilidad de dar su hijo en adopción”³⁸. Dado el palmario “apartamiento de la norma reglamentaria” del texto y del espíritu de la ley, el Tribunal anuló dicho inciso³⁹.

En relación al **literal b del inciso 2 del art. 13**, el Tribunal entiende que de la simple lectura comparativa se desprende que “el Decreto ha desbordado el texto legal que reglamenta, atribuyendo al silencio de la usuaria un efecto que la ley no prevé”⁴⁰; por lo que hace lugar a la demanda, anulando dicho punto.

³⁴ Vide, F. 6. Negritas mías.

³⁵ El Tribunal entiende que no solo la letra de la Ley 18.987 es clara en este sentido, pues habla siempre en singular “la consulta”, “la reunión”, sino que también lo es la mente del legislador. Remite al informe del senador Gallo Imperiale, sesión del 17/10/12. Vide, Fs. 6 vta., primer párrafo. El subrayado está en el informe.

³⁶ Vide Fs. 7 vta., numeral V.

³⁷ Vide Fs. 7 vta., numeral V.

³⁸ Para muestra basta la siguiente. En *El País*, domingo 30/08/015, A y en primera plana, se publicó una nota titulada “Madre, a pesar de todo”. Es el testimonio de Alexandra, una mujer que quedó embarazada mientras esperaba el tiempo necesario para que se le practicara una ligadura de trompas. Su cuerpo no absorbe los anticonceptivos y rechazó un dispositivo intrauterino; ya tenía cinco hijos y junto con su marido, tomaron la decisión de abortar al sexto. Pero, al hacerse la primera ecografía, supo que eran dos y se arrepintió. Ya había consultado con un ginecólogo, quien le había ordenado la eco y le quedaba ver al equipo interdisciplinario. La única información que recibió fue cómo tomar las pastillas (abortivas) y sus efectos. “Me resultó extraño que fuera tan rápido y tan fácil, que me dieran todas las armas para yo sacármelo. Yo capaz necesitaba alguien que me dijera ‘no’ (...) Alguien que me hiciera pensar”- contó en la nota. Y confirma que **no recibió ninguna información de posible ayuda social, adopción, etc.** Terminó consultando a la Dra. Marie Lourdes González, “porque me dijeron que no hace abortos”. La entrevista completa en páginas A2 y A4 y video en el site del diario *El País*.

³⁹ Vide Fs. 8., numeral V.

⁴⁰ Vide Fs. 8 vta., numeral VI.

La redacción del **art. 16** del Decreto fue defendida por el MSP alegando que es al médico al que compete decidir si es grave o no el riesgo que corren la salud o la vida de la embarazada, de modo que no se afecta el texto de la 18.987 que despenaliza un aborto practicado después de las 12 semanas de gestación, cuando exista un *grave riesgo*. El Tribunal tuvo en cuenta que el artículo reglamentado (el 6 de la ley) establece los *casos excepcionales* en los cuales podrá procederse al aborto fuera de los plazos legales. El literal A solo recoge lo que ya existía en el Derecho uruguayo (art. 328, 3º CP): la figura de aborto terapéutico *strictu sensu* (para salvar la vida de la madre) y *latu sensu* (la salud de la madre). La 18.987 acoge esta figura indicando claramente al médico que **la regla es salvar ambas vidas y la excepción, optar por la de la madre cuando lo primero no sea posible**⁴¹.

Por eso, eliminar la nota de “gravedad” y reemplazarla por “un concepto que resulta amplio, vago, subjetivo”, cual es “riesgo para la salud bio-sico social de la mujer”, y hacerlo “**sin enunciar pauta alguna que ilustre al médico** tratante acerca de **cómo evaluar** ese riesgo bio-sico social”⁴² supone una ampliación ilegítima de la norma legal, lo que “determina la nulidad del art. 16 en estudio”^{43, 44}.

El **art. 28 del Decreto** ocupa el centro de la disputa, pues viene a reglamentar la **objección de conciencia**, expresamente contemplada por la Ley de IVE. Nuevamente señala el Tribunal que “de la mera confrontación de su texto [art. 28] y el transcripto del art. 11 de la Ley, se advierte que el reglamentador se apartó de la solución legal (...)”⁴⁵. En primer lugar, porque omite “incluir, entre las hipótesis de objeción, las previstas en los literales B) y C) del art. 6º, expresamente incluidas en el texto legal (...)”⁴⁶. En segundo lugar, porque tanto en el inciso 1 del citado art. 28 como del art. 29, fija una “limitación (‘solo’) (...) al alcance de la objeción de conciencia”⁴⁷, quedando así reconocida exclusivamente en relación con “el acto concreto, lo que excluye al resto de los actos previos y posteriores a la interrupción”⁴⁸.

En este punto, el Tribunal entiende que ya no se trata simplemente de falta de correspondencia entre el texto legislativo y su reglamentación sino de “**una distinta concepción de la objeción de conciencia entre legislador y autoridad administrativa**”⁴⁹, diferencia

⁴¹ Vide F. 9, numeral VII, 3º párrafo y 9 vta. Negritas me pertenecen y corresponden al texto legal.

⁴² Vide F. 9, numeral VII, 5º párrafo.

⁴³ Vide F. 10, 3º párrafo.

⁴⁴ Alegar que se está empleando el concepto de salud aceptado por la Ley 11.246 (argumento del representante del MSP) no cambia nada, pues –como señala el Tribunal– se trata de la ley que aprobó la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y la fórmula es meramente declarativa. Vide F. 9 vta.

⁴⁵ Vide F. 10 vta. (numeral VIII), 2º párrafo.

⁴⁶ Vide F. 10 vta., 2º párrafo.

⁴⁷ Vide F. 10 vta., 3º párrafo.

⁴⁸ Son las propias palabras de la parte demandada, que dice ampararse en la jurisprudencia internacional, recogidas y subrayadas por el redactor de la sentencia. Vide F. 10 vta., 4º párrafo.

⁴⁹ Vide F. 10 vta., 6º párrafo. Negritas me pertenecen.

que resulta en detrimento del legítimo ejercicio de la libertad de conciencia y del derecho a la libertad ideológica y religiosa, garantizados por la misma Ley IVE, en consonancia con el Derecho uruguayo y que, por ello, obliga a todos los poderes públicos “a adoptar cuantas medidas fueran necesarias para procurar su efectividad”⁵⁰

Visto entonces que “el Decreto es notoriamente limitativo del derecho de objeción de conciencia”⁵¹ en contra del texto expreso de la ley que habla de “procedimientos y en plural y, no de acto (en singular)”⁵², el Tribunal anula el inciso 1 del art. 28.

El **inc. 1 del art. 29** da lugar a una solución “salomónica”. El texto cuestionado dice: “Solo podrán objetar de conciencia el personal médico y técnico que deba intervenir directamente en una IVE”⁵³. El asunto del “solo” ya fue tratado conjuntamente con el art. 28. Ahora, en el *Considerando IX*, el Tribunal reconoce que “**le asiste razón a la parte actora**”⁵⁴ en el sentido que, conforme a la disposición de la ley 18.1987, **pueden ampararse** en la objeción de conciencia no solo el personal médico y técnico que interviene directamente en el aborto, sino también cualquiera incluido en el supuesto legal de “**personal de salud**”, tales como médicos clínicos, paraclínicos y personal administrativo. Sin embargo, “**el Tribunal no puede acoger esta pretensión** de los accionantes”⁵⁵, porque siendo todos ginecólogos, carecen de legitimación activa, a norma del art. 309 de la Constitución. En cambio, **sí la acoge** respecto de la limitación establecida por el adverbio “directamente”, ya que la ley no hace distinciones “entre acciones directas e indirectas”⁵⁶.

Finalmente, el Tribunal desestimó la impugnación de los arts. 30, 31, 32 y 35, aunque por distintas razones. En relación con el art. 30, por falta de legitimación activa de la actora para impugnar la norma⁵⁷. Los arts. 31 y 32, porque considera que no exceden el texto legal reglamentado y se ordenan, como afirma el MSP, a constituir un elemento probatorio cierto⁵⁸. Respecto del art. 35, porque “no se advierten razones por las cuales se reclama la nulidad de esta norma ni se vislumbra que contradiga el texto legal”⁵⁹.

El último considerando (XI) justifica la decisión de **anular con efectos generales y absolutos** las normas mencionadas *ut supra* del Decreto reglamentario de la Ley de IVE. Y lo hace recordando la naturaleza de acto administrativo que corresponde a un decreto

⁵⁰ Vide F. 11, 2º párrafo.

⁵¹ Vide F. 11, 3º párrafo.

⁵² Vide F. 11vta., 1º párrafo.

⁵³ Subrayados míos.

⁵⁴ Vide F. 12 (numeral IX), 1º párrafo.

⁵⁵ Vide F. 12 (numeral IX), 2º párrafo.

⁵⁶ Vide F. 12, 3º párrafo, el subrayado en la sentencia.

⁵⁷ Vide F. 12, numeral X.

⁵⁸ Vide F. 12vta.

⁵⁹ Vide F. 13, 2º párrafo.

reglamentario y su sujeción tanto a la ley que viene a reglamentar como a la Constitución uruguaya⁶⁰.

4. ¿QUÉ HACE LA SENTENCIA?

Más importante que lo que la sentencia “dice” y que se puede leer sin más, es lo que la sentencia “hace”. De allí la pregunta. Y no me estoy refiriendo a la anulación de las normas indicadas en el fallo.

Entiendo que esta sentencia sienta un significativo antecedente y abre las puertas a futuros reclamos de nulidad, en primer lugar, del Decreto 375/012 y, por razones similares, de futuros decretos que se extralimiten al reglamentar una ley.

¿Quiénes podrían esperar una sentencia favorable a corto plazo? Es claro que todos los que pueden incluirse en la noción amplia de “personal de salud”, empleada por la ley, en relación con quienes el *Considerando IX* da la razón a la parte actora: la limitación subjetiva impuesta por el art. 29, inc. 1 del Decreto, es ilegítimamente reductiva en relación con el texto legal, puesto que solo reconoce la opción de objeción de conciencia al “personal médico y técnico” que tome o deba tomar parte en el acto mismo del aborto.

Respecto de este amplio grupo de profesionales e incluso simples trabajadores, la sentencia no hizo lugar a la demanda por carecer la actora de legitimación activa. Pero, dejó expedita la vía para los reclamos de quienes sí la tengan. Pensemos no solo en un médico clínico al que se le pidiera tratamiento para una paciente con X cuadro en vistas a hacer factible en breve la interrupción del embarazo que está cursando, sino también en el personal de limpieza designado para mantener la higiene de la sala de partos, que debe recoger y tirar los embriones, fetos o sus restos botados en los tachos de desecho. O en el ecografista al que la institución le indica que no debe decir nada a las pacientes que consulten en vistas a un aborto: nada de nada, si es viable, si está bien o mal implantado, si es uno o dos, nada. O en la enfermera que debe preparar a la paciente para ingresarla al lugar donde se le practicará el aborto. O en el psicólogo al que la institución le ordena apoye a la mujer que consulta para abortar, en orden a que le resulte lo menos traumático posible. Todos estos supuestos son válidos porque el exceso que produce la nulidad de lo dispuesto no está solo en la limitación a un grupo de profesionales, sino también en la exigencia de que sean solamente aquellos que participen directamente en la realización del acto.

⁶⁰ En este numeral, el redactor cita a: Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*; Juan Pablo Cajarville, “Relaciones entre reglamento y ley en el Derecho uruguayo”, *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, FCU; Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*; y varias sentencias.

Considero, sin embargo, que no todos los anteriores podrían objetar atender a una mujer que YA ha abortado, si la institución en que presta servicios le advirtiera de antemano que le enviará pacientes que así lo han hecho. Sería necesario analizar cada caso y considerar las circunstancias del acto para tomar una decisión con el mayor grado de certeza moral posible.

Resulta conveniente tener presente que, en Filosofía moral existe una división del acto moral atendiendo al tipo de causación que corresponde al agente en relación con el resultado: *acto voluntario directo* (el agente quiere el efecto de su acto como fin propio de éste y lo realiza para obtenerlo, aún cuando el fin por el que actúa sea otro; p.e. el médico realiza las maniobras abortivas —acto— para interrumpir el embarazo —efecto directo y querido como fin del acto— y lo hace porque le resulta lucrativo —fin del agente—); *voluntario indirecto* (el agente quiere un efecto en vistas a un fin y realiza su acto, pero de este se sigue otro efecto que el agente podía prever, y eventualmente, evitar; v.g. el enfermero coloca un antibiótico inyectable al paciente y éste sufre un shock anafiláctico; el enfermero podría haberlo previsto y evitado de tomar los recaudos necesarios, haciendo primero una prueba); *voluntario en la causa* (el agente realiza un acto que produce un efecto no querido por él; pero inicialmente, él mismo puso voluntariamente la causa de dicho efecto; el ejemplo más trillado es el de que consume alcohol a sabiendas de que va a manejar; maneja y atropella a alguien sin querer, porque sus reflejos no responden como deberían); *involuntario culpable o negligente* (el agente no toma los recaudos que le exige su profesión, oficio, etc. para evitar que de su obrar se siga un efecto no querido; p.e., el ginecólogo que no controló a su paciente debidamente, siendo diabética, y cuyo niño nace en forma prematura y con complicaciones cardiorespiratorias); *de omisión* (el agente no hace lo que debería, pudiendo hacerlo y de su no obrar se sigue un efecto no querido); de *cooperación* y aquí hay varias figuras, pues la cooperación —que implica alguna forma de colaboración con el acto de otro— puede ser meramente material (en cuyo caso el agente ignora que con su acto está colaborando al de otro) o formal (cuando conoce que su participación es necesaria o al menos conveniente para que un acto ajeno alcance su objetivo)⁶¹.

Entiendo que, al anular el inc. 1 del art. 29 en lo que se refiere a la exigencia de vinculación con el *acto directo* de IVE, quedan abiertas las puertas para quienes se opongan a un acto comprendido en lo que el servicio de salud donde trabaja podría mandarle, cuando

⁶¹ Cf. Marta Hanna, “El acto moral”, en M. Caponnetto-M. Hanna- G. Masserdotti, *Guía para el estudio de la Ética profesional*, Buenos Aires, Universidad Libros, 2006, en particular pp. 118-121; M. Hanna, *Curso de Ética*, Guadalajara, Folia Universitaria, 2001, pp. 178-182; José Luis Wídown, *Introducción a la Ética*, Santiago, Ed. Globo, 2009, pp. 142-145.

puedan demostrar que dicho acto produciría un efecto por él no deseado, solo evitable si se abstiene de obrar, o que se le está pidiendo que omita algo que es una exigencia propia de su oficio o profesión, o cuando su actuación implique alguna forma de cooperación —previa, concomitante o subsiguiente— con el aborto.

Y para hacerlo no necesita basar su objeción en algo que puede ser tachado de subjetivo, cual es “la conciencia”; puede perfectamente fundarla en su **ciencia**⁶². No objeta porque su credo religioso o su filosofía condenan el acto. Objeta porque, en el caso de marras, sabe de qué se trata. Sabe y puede demostrar científicamente que el inicio de la vida humana —biológicamente hablando—, al igual que el inicio de la vida de cualquier mamífero placentario, se produce en el momento de la fecundación del gameto femenino por el gameto masculino (esto es, cuando surge una nueva célula que reúne en sí la información genética aportada por ambos gametos) y se desarrolla durante un lapso más o menos prolongado, más o menos breve según las especies, dentro del útero materno. Sabe que, aunque el embrión se desarrolle *dentro* del cuerpo de la madre, no es *parte* del cuerpo de la madre. Sabe, como decía el Prof. Lauría, que está tratando con dos vidas diferentes: la de la madre y la del hijo⁶³. Sabe, en fin, de la dignidad inherente a la vida humana⁶⁴ que contiene en sí todos los [futuros] derechos que le son reconocidos al hombre, no solo por el ordenamiento jurídico uruguayo sino por los tratados y convenciones internacionales.

5. REFLEXIONES QUE SUSCITA LA SENTENCIA

Dos son los puntos nucleares del debate: el aborto, llamado por la ley “interrupción voluntaria del embarazo” y la profesión médica. La objeción de conciencia aparece en razón del enfrentamiento entre los dos primeros.

De los tres asuntos se ha escrito, mucho y muy bien, aquí y en el extranjero. Idénticos debates se han suscitado en todos los estados que —si no me equivoco, desde los 70 del siglo XX— despenalizaron el aborto de un modo u otro, con mayor o menor amplitud. Sobre todo, porque no siempre fue el mismo legislador quien reconoció la objeción de conciencia como un derecho del personal de la salud⁶⁵.

⁶² Sobre la “objección de conciencia” y las diversas formas de objeción, resulta de particular interés el completo artículo de Pedro Montano, “Objeción de conciencia” en

http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/montano_objeccion-de-conciencia.pdf

⁶³ Cf. *Ut supra* nota 9.

⁶⁴ M. Hanna de Rosa, “La dignidad de la vida desde su concepción” en Susana Monreal (ed.), *La Iglesia Católica en el bicentenario de la nación oriental. Ciclo de paneles*, Montevideo, UCU, 2014, pp. 87-98.

⁶⁵ Sobre el tema: Ángeles Aparisi Miralles y José López Guzmán, “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto”, *Revista P&B*, vol. 10 N° 1 (26), pp. 35-51; María Cebriá García, “La objeción de conciencia al aborto: su encaje constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988, X, vol. XXI, 2003, pp. 99-121; K. Martínez, “Medicina y objeción de conciencia”, *An. Sist. Sanit. Navar.* 2007, Vo. 30 N° 2, mayo-agosto; Claudio Sarrea,

La objeción de conciencia es un asunto moderno. Cuando autores como Francisco de Vitoria y Domingo de Soto⁶⁶ (siguiendo una tradición que bien puede remontarse a los griegos⁶⁷, pero que claramente nos lega Cicerón⁶⁸) escribían que “la ley injusta no es ley”⁶⁹, tenían perfectamente claro que “ley” se predicaba analógicamente de realidades distintas pero en parte semejantes. De manera que la expresión se entendía del siguiente modo: El mandato imperativo del gobernante, debidamente promulgado [*ley*], cuando no se ordena al bien común o cuando directamente manda una iniquidad o prohíbe un bien debido sin ninguna razón plausible [*injusta*], no obliga a los súbditos en conciencia [*no es ley*]. Empero, esto no habilitaba simplemente a desobedecerla. Para hacerlo [no obedecer la ley promulgada por el gobernante], se debía ponderar prudentemente el tipo de bien vulnerado por dicha ley y considerar si de la desobediencia no se seguiría un mal mayor al que de suyo produciría el cumplimiento de la ley⁷⁰.

En aquel contexto doctrinal, el legítimo mandatario debía ser obedecido; las leyes obligaban no solo en el fuero externo —esto es, el de la conducta—, sino también en el interno o de conciencia. El súbdito —hoy diríamos, el ciudadano— no solo estaba obligado a cumplir las leyes porque éstas podían imponérsele por la fuerza o podía ser sancionado; debía cumplirlas porque la obediencia a las leyes redundaba en su propio beneficio como

“Qué objeción? ¿Qué conciencia? Reflexiones acerca de la objeción de conciencia y su fundamentación conceptual”, *Cuadernos de Bioética* XXIV, 2013/3ª, pp. 391-397, solo por citar algunos.

⁶⁶ M. Hanna, “De los efectos de la ley. Lectura en paralelo de *Summa Theologiae*, q. 92 y *De iustitia et iure* L. I, q. 2, de Domingo de Soto”, en L. Corso y Ma. J. Soto Bruna, *Figuras de la causalidad en la Edad Media y el Renacimiento*, Pamplona, Eunsa, en prensa.

⁶⁷ El ejemplo paradigmático es el de Antígona, la heroína de la tragedia homónima de Sófocles. Puesta a elegir entre obedecer lo que reconoce como ley divina —rendir honras fúnebres a los muertos— u obedecer el mandato del monarca —privar de dichas honras a Polinices—, elige lo primero; Cf. Sófocles, *Tragedias completas. Edición de José Vara Donado*, Madrid, Letras Universales, 2009¹⁵, pp.139-194. El diálogo referido en pp. 162-165.

⁶⁸ Marco Tulio Cicerón, *De republica*, III, 33, 22; *De legibus*, I, 15, 42; II, 5, 11, entre los principales *loci*.

⁶⁹ El pensamiento escolástico se puede sintetizar diciendo con Tomás de Aquino que **la ley tiránica —por no ser conforme a la razón— no es “lex simpliciter” (ley en sentido absoluto) sino más bien “cierta perversión de la ley”, cf. I-II, q. 92, a.1, ad.4. Tienen alguna razón de ley en cuanto son dictamen del que gobierna, está dirigida a los súbditos e intenta que estos la obedezcan; en relación con el régimen político o con el fin intentado por esa ley.** Domingo de Soto trata directamente el tema de la ley injusta en varias cuestiones de su tratado *De iustitia et iure. Libri decem*. En la Q. III a. 3, donde se pregunta si la ley eterna es la fuente de toda ley, cita a Cicerón en *De Leg.* II, 6, para afirmar que las leyes injustas, en cuanto se desvían de la razón, no deben ser consideradas y ni siquiera llamadas “leyes” (non modo leges habendae non sunt, sed nec appellandae quidem). En Q. V a. 2, “toda ley que establezcan los hombres, si es justa, se deriva de la ley natural. ... si no es justa, no es ley (nisi iusta fuerit, lex non est)”. En Q. VI a. 3: “Porque así como entre rey y tirano no media más diferencia que la de ordenar aquel todas las cosas al bien común y éste en cambio al bien particular, así también esta misma diferencia media entre la ley buena y la mala. ... Muy bien (optime) dijo San Agustín en I *De Lib. Arb.*, que la ley injusta no es ley (quod lex iniusta non est lex). Y elegantemente dijo Cicerón en II *De leg.*, (...) aquellos que han dado leyes injustas (perniciosa et iniusta) a los pueblos, ... dieron cualquier cosa antes que leyes”. Pero donde se explaya es el art. 4 de la Q. VI “Si la ley humana obliga (imponat necessitatem) a los súbditos en conciencia (in foro conscientiae)”.

⁷⁰ D. de Soto, *De iustitia et iure*, Q. IV, a. 4, 2ª conclusión: “La ley humana injusta no obliga en el fuero de la conciencia” (cosa que sí hace la ley humana justa, como ha reafirmado en la 1ª conclusión), y esto ocurre cuando es “opuesta al bien humano” o cuando “se opone al bien divino”. En relación con las primeras —se oponen al bien humano— “aunque de suyo no obliguen en conciencia, con todo obligan alguna vez por razón del escándalo”; y aclara que, salvo que la ley sea manifiestamente injusta, el súbdito debe acatarla pacientemente porque “no es posible resistir a los que tienen el poder sin producir escándalo”.

ser humano, en su condición de ser perfecto que se va “haciendo” a sí mismo mediante la adquisición de hábitos buenos.

Sin la ruptura entre la esfera moral y la esfera jurídica, se esperaba que los ciudadanos cumplieran las leyes **voluntariamente** y por entender que de ello se seguía un bien para toda la comunidad política y para cada uno de ellos; un bien no solo temporal, sino también moral y, en última instancia, superior. Claro que se sabía perfectamente que no todos ni siempre obrarían así, de manera que las leyes humanas también debían tener esto en cuenta y establecer los medios para forzar su cumplimiento o, al menos, restaurar el orden justo mediante alguna sanción.

Lo anterior permite comprender por qué una ley —o una orden— manifiestamente injusta no obligaba y podía ser objetada por el cuerpo social como tal, por una corporación, por una universidad, por una provincia. Y cuando resultaba contraria al bien temporal de la comunidad o cuando resultaba contraria a la ley moral y a la ley divina, el deber de obediencia daba paso al deber de desobediencia.

Lo moderno a lo que me referí al inicio fue el llevar esta objeción al plano personal, subjetivo e individual. Se suele señalar a Tomás Moro como el abanderado de esta esfera de privacidad y libertad que es la conciencia personal, puesto que al hacer su defensa, Moro plantea el conflicto entre el fuero interno (su conciencia) del ciudadano y el fuero externo (la conducta que se esperaba de él) y no entre la comunidad política y la ley. En otras palabras, pone de relieve que el enfrentamiento se da entre dos órdenes normativos igualmente obligatorios para el sujeto: el dictamen de su propia conciencia, que es la norma próxima directa del obrar moral, por un lado, y el dictamen del monarca, que es la norma próxima externa de la conducta del ciudadano.

Al respecto escribe Corral Talciani en su análisis del proceso del ex Gran Canciller de Inglaterra⁷¹, que para quienes “admiran a Moro como un hombre íntegro y que se adelantó a sus tiempos defendiendo la libertad de expresión y de conciencia, el juicio fue la representación de la lucha entre el despotismo absolutista y el *individuo que intenta velar por la intangibilidad de su propia conciencia personal, sin relación con que el dictamen sea verdadero o falso*”⁷².

La sentencia analizada rescata esta noción de “obligatoriedad” de los dos órdenes normativos para el sujeto implicado: el de su conciencia y el de la ley del estado. Pero introduce como novedad —que de alguna manera parece rescatar el criterio premoderno— al reconocer que el conflicto se produce también dentro del propio ordenamiento jurídico, que por un lado protege y garantiza derechos y por otro, los anula.

⁷¹ Hernán Corral Talciani, “El proceso contra Tomás Moro”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXII* (Valparaíso, Chile, 2010), pp. 221-280.

⁷² Corral Talciani, “El proceso...”, p. 222. Las cursivas son mías.

//teideo, 11 de agosto de 2015. No. 586

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ALONSO, JUSTO Y OTROS con PODER EJECUTIVO. Acción de nulidad" (Ficha No. 430/13).

RESULTANDO:

I) Que el 17 de julio de 2013 (fs. 2-17) comparecen Justo Alonso, Washington Lauría, Ricardo Pou, Luis Dabezies, María Lourdes González Bernardi, Gloria Remedi, Mariel Coelho Alves Da Cruz, María del Luján Chiesa Sabatucci, Miguel Girard Pereira, Diego Ferrari Franchi, Luis Pozzi Rivas, Mariana Boutmy, Claudio Sosa, Gonzalo Sotero, Nicolás Martino, Federico Baldjian, Eugenia Verde, Juan Amaral, Maite Moldes y Daniel Grasso, promoviendo demanda de nulidad contra el Decreto N° 375/012, de 22/11/2012 que reglamenta la Ley N° 18.987, de 22/10/2012, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo.

Afirman que son médicos ginecólogos del Sistema Nacional Integrado de Salud y trabajan en mutualistas privadas y en hospitales públicos, por lo que resultan alcanzados por la normativa y procedimiento previstos en el acto en causa.

Señalan que el decreto impugnado restringe ilegítimamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del personal de salud, reconocido en la Ley N° 18.997 y en el art. 54 de la Constitución. Añaden que se les impone una obligación general a la participación en abortos que puede calificarse como un atentado al sentido último de su profesión e, incluso, a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que, por su peculiar vocación, están comprometidos humana y profesionalmente con la defensa de la vida humana.

Precisan que los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 30, 31, 32 y 35 del Decreto pretenden de manera ilegal e ilegítima: 1) restringir el derecho de objeción de conciencia solo a los actos de ejecución del aborto (recetar el fármaco o hacer el legrado), cuando la Ley

no establece tal limitación; 2) restringir el derecho de objeción de conciencia solo a los médicos y el personal técnico, cuando la Ley no establece tal restricción; 3) redefinir el concepto “grave riesgo de salud para la mujer”, por “riesgo de salud” (eliminando el término grave) y de esa forma aumentar las restricciones al ejercicio del derecho de objeción de conciencia; 4) desconocer los principios establecidos en la Ley, quitándole libertad a los médicos en el asesoramiento.

Refieren al derecho a la objeción de conciencia y su reconocimiento, en la normativa nacional e internacional.

Citan doctrina y jurisprudencia, para concluir que el Decreto cuestionado, so pretexto de reglamentar la Ley, crea limitaciones no contempladas por el legislador.

En definitiva, solicitan el amparo de la demanda, con efectos generales y absolutos.

II) Conferido traslado de la demanda por auto N° 6024/2013, de 01/08/2013 (fs. 19), fue evacuado por el representante del Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud Pública a fs. 26-39.

Liminarmente refiere al concepto y caracteres de la objeción de conciencia y analiza su regulación a nivel nacional e internacional, precisando que tiene carácter excepcional y por tanto debe interpretarse con carácter restrictivo, no pudiendo plantearse como un derecho fundamental, sino como un instrumento para el ejercicio de la Libertad de Conciencia y Pensamiento.

Añade que la Ley, en su artículo 11 no establece un criterio amplio respecto a la objeción de conciencia, sino que la restringe tanto desde el punto de visto objetivo, como subjetivo. El legislador fue claro y siguiendo lo que la jurisprudencia a nivel internacional ha establecido, tan solo se puede objetar el acto concreto, lo que excluye el resto de los actos previos y posteriores a la interrupción (inciso 5° del artículo 3° de la Ley) y solo lo puede hacer el personal que esté directamente involucrado en ese acto concreto (médicos ginecólogos y personal técnico que debe intervenir en el procedimiento).

En referencia a las formalidades que deben observarse para objetar (presentación por escrito), indica que no se trata de una limitación u obstáculo, como afirman los accionantes, sino de una condición de forma necesaria a los efectos probatorios, la que por otra parte, no se encuentra supeditada a ningún plazo.

En lo que atañe al concepto de “riesgo grave de salud”, aduce que es obvio que el legislador no puede conceptuar que es “grave riesgo de salud”, solo realiza la enunciación. Mientras la reglamentación tan solo se puede limitar a establecer el concepto de salud, el que

a su vez tiene una definición legal dada por la Ley N° 11.246, recogida por la OMS, siendo el facultativo que interviene, de acuerdo al caso concreto, quien establezca si existe grave riesgo para la salud o inclusive la vida de la mujer.

En cuanto a la alegada violación del principio de información, expresa que no surge de ninguna parte de la Ley que el Equipo Interdisciplinario será un ámbito para convencer a la mujer de que desista de interrumpir el embarazo, ni de convencimiento respecto a la toma de una u otra posición, ya sea para inducirlo a evitarlo o a realizarlo. Agrega que lo que reglamenta el decreto es no solo lo que establece la Ley, sino que se debe tomar en cuenta lo que establecen otras normas: Ley N° 18.335 sobre Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud y su decreto reglamentario; Ley N° 18.426, sobre Salud Sexual y Reproductiva y su decreto reglamentario.

En lo que refiere a la entrevista con el progenitor, destaca que el decreto no resulta contradictorio, pues es la propia Ley, en su art. 4º, literal B), que exige el consentimiento expreso de la mujer para que aquella se verifique.

En cuanto al período de cinco días de reflexión, tampoco se vulnera la Ley. El Equipo desde un inicio actúa conjunta y coordinadamente, apenas se comienza a recibir el asesoramiento y por tanto el plazo debe computarse desde ese instante.

En definitiva, sostiene que los artículos 7, 8, 12, 13, 16, 28, 29, 30, 31, 32 y 35 del Decreto N° 375/023, en nada vulneran la Ley que reglamenta N° 18.987, en cuyo mérito solicita el rechazo de la demanda y la confirmación del acto impugnado.

IV) Alegaron las partes por su orden, la parte actora a fs. 71-79 y la demandada a fs. 82-84.

V) Se oyó al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien se expidió por Dictamen N° 523/2014 (fs. 87-90), aconsejando hacer lugar a la demanda incoada.

VI) Se citó para sentencia por auto N° 6941/2014 (fs. 92), la que se acordó en legal y oportuna forma, previo estudio de los Sres. Ministros.

CONSIDERANDO:

I) Que, conforme a lo establecido en la normativa vigente (artículos 4 y 9 de la Ley 15.869), se han observado los presupuestos habilitantes para el accionamiento de la nulidad incoada, y, por consecuencia, corresponde que el Tribunal se aboque al estudio del debate plantado.

II) Que la parte actora impugna el Decreto 375/2012, reglamentario de la Ley 18.987, dictado por el Poder Ejecutivo el 22 de noviembre de 2012 y publicado en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 2012.

El contenido de los actos de proposición ha sido resumido en el capítulo de Resultandos, a lo que cabe remitirse en honor a la brevedad.

En síntesis, los actores, Médicos ginecólogos integrantes del Sistema Nacional Integrado de Salud, sostienen que el Decreto en cuestión restringe ilegítimamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del personal de la salud que fuera reconocido por la Ley 18.987.

En especial, consignan que los artículos 7, 8, 12, 13 (b), 16, 28, 29, 30, 31, 32 y 35, de manera ilegal e ilegítima: a) restringe el derecho de objeción de conciencia solo a los actos de ejecución del aborto (recetar el fármaco o hacer el legrado) cuando la ley no establece tal limitación, b) restringe el derecho de objeción de conciencia solo a los médicos y el personal técnico, cuando la ley no establece tal restricción, c) redefine el concepto de grave riesgo de salud para la mujer y de esa forma aumentan las restricciones al ejercicio del derecho de objeción de conciencia, d) desconocen los principios establecidos en la ley quitándole libertad a los médicos en el asesoramiento.

III) Que, como ha señalado Javier MARTÍNEZ- TORRÓN, por objeción de conciencia habría que entender 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, de un contrato, de un mandato judicial o resolución administrativa—.

Todavía, más ampliamente, se podría afirmar que el concepto de objeción de conciencia incluye toda pretensión contraria a la ley 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.

En esta noción de objeción de conciencia se encuentran implícitas esto es, si debe someterse a la norma jurídica, o bien, a la norma ética que invoca su propia conciencia individual y que se le presenta con carácter de ley suprema. La consecuencia inmediata es que existe una importante carga moral sobre esas personas, que se ven abocadas a elegir entre

desobedecer a la ley o desobedecer a su conciencia. Lo primero recibe un castigo material, lo segundo implica una sanción espiritual.

La segunda característica es la enorme variedad posible de objeciones de conciencia que aumenta a medida que es mayor el pluralismo religioso e ideológico de una sociedad, y también a medida que se produce una intervención del legislador en nuevos ámbitos. Y es que la objeción de conciencia, aunque pueda tener raíces en creencias religiosas institucionalizadas, es un fenómeno esencialmente individual. Es la conciencia de cada persona la que, desde su autonomía como individuo, genera el conflicto con una concreta obligación jurídica.

Como expresan FRIDMAN y GUTIÉRREZ: “....desde la perspectiva del Estado, en la medida en que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, su protección es, en todos los casos, un interés público —sea cual fuere su repercusión social— y, además, del máximo rango. En los casos de objeción de conciencia lo que está en juego realmente no es el interés público representado por la ley, pues el objetor normalmente no pretende que la ley sea derogada, sino solamente ser eximido de su cumplimiento.

En realidad al final del día la objeción de conciencia genera el conflicto de dos intereses públicos. MARTÍNEZ TORRÓN agrega que “la tutela del ordenamiento jurídico a la libertad de conciencia no está condicionada por cuáles sean los valores éticos presentes en cada protección de la libertad de expresión a cuáles sean las ideas defendidas por cada ciudadano. Lo que se pretende con esos derechos fundamentales es la salvaguarda de ámbitos individuales de autonomía —y en su caso también colectivos— que constituyen elementos necesarios del pluralismo democrático, y en los cuales cualquier injerencia ha de ser cuidadosamente justificada....” (La objeción de conciencia en la ley de interrupción del embarazo (aborto). Tribuna de Abogado N° 183, págs. 16 y 17).

Y agregan que: “....De modo que el referido incumplimiento de la obligación de fuente normativa de parte del objetor, deviene legítimo, por virtud de la tutela que el mismo ordenamiento jurídico depara a la conciencia. En definitiva, el conflicto entre conciencia y ley no pone de manifiesto la ocurrencia de un conflicto entre dos órdenes normativos distintos —el jurídico, por un lado y el moral, religioso o ideológico, por el otro—. En realidad el conflicto, que es sólo aparente, se plantea dentro del mismo orden jurídico —entre la norma jurídica que tutela el derecho a conducirse de conformidad con la conciencia, y la norma jurídica que impone o veda una conducta determinada.

Y el conflicto, decimos, es sólo aparente, pues ya ha sido resuelto de antemano por el Derecho, haciendo primar la conciencia, como principio, salvo excepciones....” (op. cit., pág. 18).

En este mismo orden de ideas, en su voto el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía consigna que: “.....En el ámbito médico, los Dres. Mautone y Rodríguez Almada, en un trabajo centrado al estudio de la objeción de España, a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de la Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del embarazo, expresaron:

“(.....) La objeción de conciencia es pues individual, no pretende modificar la norma ni que la mayoría revise su decisión, por lo que no admite que los colectivos o asociaciones la invoquen, esta es la razón por la que debe quedar clara la diferencia entre objeción de conciencia y desobediencia civil.

La objeción de conciencia como medida de excepción puede ser tenida en cuenta frente a situaciones de reconocida importancia.

Esto es muy importante precisarlo ya que en un Estado de Derecho todos estamos obligados a acatar una ley, expresión de la voluntad democrática; pero es el propio Estado que habilita esta excepción, al incumplimiento de la ley, respetando precisamente a las minorías y a la pluralidad ideológica.

El reconocimiento de la objeción de conciencia por el Estado es expresión de tolerancia y respeto de tolerancia y respeto no sólo a la libertad ideológica o religiosa, sino el permiso para actuar de acuerdo a las convicciones morales.....” (Objeción de conciencia en el ámbito de la salud. Unidad Académica de Bioética. Facultad de Medicina, en Revista Médica del Uruguay, volumen 29, N° 1).

Vertidos estos conceptos, resulta innegable, —tal como se expuso en la sentencia N° 297/2014 que resolviera el incidente de suspensión— que el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, deriva de los derechos fundamentales del individuo, ya sea se lo relacione con el derecho a la libertad de conciencia, o con el derecho a la dignidad humana. Por lo que no cabe duda de que goza de tutela en distintos instrumentos internacionales, plasmada en varias disposiciones de nuestra Constitución, tales como los artículos 7, 29, 54 y 72 y recogido en la ley 18.987.....”.

A la luz de los conceptos que vienen de exponerse, corresponde analizar los agravios planteados por la parte actora.

IV) Que, en relación a los artículos 7 y 8 del Decreto 375/2012.

El artículo 7º del decreto 375/012 dispone que: “...El equipo interdisciplinario el mismo día de la consulta o al día inmediato siguiente comenzará a dar cumplimiento a lo

establecido en el inciso 3º del Artículo 3º de la Ley N° 18.987, debiendo adecuar su accionar a lo establecido en el

Artículo 4º y las guías que confeccione el Ministerio de Salud Pública.

Los miembros del equipo interdisciplinario podrán entrevistarse conjunta o separadamente con la usuaria según lo estimen conveniente, pero su actuación será conjunta y coordinada.....”.

En puridad, la dificultad la plantea el inciso 2º, en cuanto dispone que los miembros del equipo interdisciplinario “...podrán entrevistarse conjunta o separadamente con la usuaria.....”, cuando el inciso 3º del artículo 3º de la ley que se reglamenta, dispone que: “...El equipo interdisciplinario, actuando conjuntamente.....”, etc.

Está claro que la actuación de los miembros del equipo en forma separada, aunque coordinada, no es la misma solución que preceptúa el texto legal; y ello es tan así que los incisos 2º y 5º del artículo 3º de la ley solo prevén: “...la consulta con un equipo interdisciplinario.....”, “.....la reunión con el equipo interdisciplinario.....”. cada miembro del mismo, solución que podría determinar hasta la celebración de tres consultas.

Incluso, el propio formulario IVE elaborado por el Ministerio de Salud Pública, induce a que los profesionales actúen de manera no conjunta, al establecer casilleros separados relativos a la actuación de cada uno de ellos.

En realidad, esta cuestión que puede aparecer como de detalle, adquiere trascendencia cuando se la vincula con lo preceptuado por el artículo 8º del Decreto.

En efecto, dicha norma establece que: “.....Desde el mismo día en que la mujer comience a recibir el asesoramiento previsto en la Ley 18.987 empezará a correr el plazo mínimo de cinco días corridos para que la solicitante manifieste que mantiene su voluntad de interrumpir el embarazo ante el servicio correspondiente, esa voluntad podrá manifestarse a partir de la hora 0 del día sexto a contar del día en que comenzó a recibir el asesoramiento profesional.

Debe asentarse en la historia clínica el día en que la mujer ha comenzado a recibir el referido asesoramiento.

Si el médico que asiste a la mujer en la primera consulta es un ginecólogo podrá integrar el equipo interdisciplinario y en ese caso deberá en esa misma consulta comenzar el proceso de asesoramiento integral a la mujer previsto en el Artículo 3º de la Ley 18.987, sin perjuicio de convocar a los demás integrantes del equipo interdisciplinario para continuar con el mismo.

El equipo interdisciplinario dejará constancia en la historia clínica de que se ha dado cumplimiento al Artículo 3º de la Ley 18.987....”.

En el Senado, el Miembro Informante, el Sr. Senador Gallo Imperiale manifestó que: “.....se establece la consulta con un equipo interdisciplinario para que informe, asesore y acompañe la decisión de la mujer, y se exige un plazo de reflexión obligatorio de cinco días para que la interesada ratifique su voluntad libremente y sin condiciones, pero sí bien informada. Esta última condición era una de las bases del proyecto y es controvertida —lo sabemos— siendo interpretada desde algunas organizaciones sociales, inclusive desde el Instituto de Psicología de la Salud de la UdelaR como sometimiento a un procedimiento que podría ejercer presiones sobre la mujer para hacerle cambiar su decisión, y que no debería ser una imposición legal sino un requerimiento de aquélla, si así lo considerara. Sin embargo, lo aceptamos en el convencimiento de que, si no se burocratiza y se convierte sólo en un trámite formal, puede ser una opción legítima.....” (Sesión del 17 de octubre de 2012, subrayados del Redactor).

De conformidad con lo expuesto por el Miembro Informante, el texto legal prevé, en su inciso 5º del artículo 3º, que: “....A partir de la reunión con el equipo interdisciplinario, la mujer dispondrá de un período de reflexión mínimo de cinco días.....” etc.

Es de toda evidencia que, la solución implementada al respecto en el Decreto, procura licuar ese plazo de reflexión, en claro apartamiento del texto legal (y del espíritu del legislador), plazo de reflexión que según se vio y es bueno reiterarlo, constituía una de las bases del proyecto.

Sobre esta cuestión, expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague que: “.....se obliga (“deberá”) al médico que asiste a la mujer en la primer consulta a comenzar el asesoramiento (en solitario) y ello constituirá el primer día a partir del cual se computará el período de reflexión.....”.

A su vez, el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía expuso 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.....”.

Así las cosas, echa de verse que, con la solución estampada en el inciso 3º del artículo 8º en estudio, puede ocurrir que la usuaria haya recibido sólo el asesoramiento del ginecólogo y, antes de entrevistarse con el resto del equipo, ya haya transcurrido el plazo mínimo de reflexión legalmente previsto.

Cuestión que, resulta de singular gravedad, si se atiende a lo manifestado por el Ministerio de Salud Pública al contestar la demanda: "...si la mujer pasado el plazo de cinco días después de haber pasado por el equipo interdisciplinario persiste en su voluntad se debe proceder a la IVE...." (fs. 33 vto. de autos).

Ahora bien, es el propio M.S.P. que, en el Decreto en estudio, estableció la hipótesis de disociación de las entrevistas con el equipo interdisciplinario y quien reglamentó el inicio del cómputo del plazo de reflexión de la forma referida que, a juicio de la Sala, desvirtúan los propósitos del legislador.

En suma, el Tribunal entiende que corresponde amparar la demanda y anular lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 7º e incisos 1º, 2º y 3º del artículo 8º del Decreto 375/2012.

V) Que, el último inciso del artículo 12 del Decreto 375 estatuye que: "...La intervención del equipo será el asesoramiento en temas técnicos con encare de disminución de riesgo y daño, sin la imposición, por parte del equipo, de las convicciones filosóficas o personales de sus integrantes, por lo que deberán abstenerse de todo juicio de valor sobre la decisión que pueda adoptar la solicitante y de revisar el motivo de dicha decisión ya explicitado en la primer consulta....".

El Tribunal comparte las consideraciones expuestas por el Ministerio de Salud Pública en cuanto a que el equipo interdisciplinario no es un tribunal ni un ámbito en el que corresponde realizar juicios de valor respecto de la resolución de la mujer, sino que debe constituir "...un ámbito de información objetiva, con el debido aval científico y de contención para que la mujer pueda tomar una resolución tan importante exenta de toda presión...." (fs. 38vto.).

Precisamente, por estas razones, es que se estimará el agravio de la parte actora en cuanto ésta señala y el Tribunal comparte que, por el inciso transcrito, sólo se permite brindar información sobre cuáles son las formas menos riesgosas de practicar el aborto (fs. 11 de infolios).

En este orden de ideas, en su voto, el Sr. Ministro, Dr. Juan Pedro Tobía considera que: "...El Decreto solo permite asesorar exclusivamente en temas "técnicos con encare de disminución de riesgo y daño" (inciso final del artículo 12), lo que implica brindar información sobre cuáles son las formas menos riesgosas de practicar el aborto. De ese modo, se priva a la mujer de recibir toda la información científica necesaria para la toma de una decisión conciente y responsable, tal como lo exige la ley....".

En efecto y sin perjuicio de los deberes impuestos a los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario previsto en el artículo 4º, el artículo 3º de la Ley 18.987, preceptúa que el referido equipo deberá informar a la mujer: a) de lo establecido “en esta ley”, b) de las características de la interrupción del embarazo, c) de los riesgos inherentes a dicha práctica, d) de las alternativas al aborto provocado, incluyendo los programas disponibles de apoyo social y económico, así como de la posibilidad de dar su hijo en adopción.

Particularmente significativo resulta la exigencia del legislador de poner de cargo del equipo multicitado el garantizar que la mujer “.....disponga de la información para la toma de una decisión conciente y responsable...” (inciso 4º del artículo 3º).

En suma, el inciso final del artículo 12 del Decreto, está diseñado para asesorar a la mujer solo en la realización del aborto con “...disminución de riesgo y daño...”, omitiéndose reglamentar todos los demás propósitos que persiguió el legislador.

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, y, por lo tanto, corresponde anular el inciso final del artículo 12 del Decreto 375/012.

VI) Que, los actores impugnan el literal b) del inciso 2º del artículo 13 del Decreto en examen, en cuanto se le veda al equipo interdisciplinario entrevistarse con el progenitor.

El M.S.P. considera que: “...es la mujer la que debe plantear si quiere que se entreviste al progenitor y si no lo hace es porque justamente no desea hacerlo, es una potestad de la mujer y si así lo pide el equipo debe hacerlo, debiendo la usuaria prestar su consentimiento y relevar del secreto profesional a esos efectos.....” (fs. 39 de autos).

Y bien, el artículo 13 del Decreto 375 dispone que: “...Los profesionales integrantes del equipo deberán cumplir con los siguientes deberes: b) Entrevistarse con el progenitor, en el caso que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer.

Si la mujer no manifiesta que desea que el equipo se entreviste con el progenitor se entenderá que la misma no presta su consentimiento a estos efectos, el equipo no deberá inducirla o influenciarla para que preste el consentimiento a la entrevista con el progenitor.....”.

La Ley 18.987, en su artículo 4º, dispone que “...los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario deberán: B) Entrevistarse con el progenitor, en el caso que se haya recabado previamente el consentimiento expreso de la mujer.....”.

De la mera confrontación de ambos textos, sin hesitaciones, se advierte 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, al respecto, parecería que debe mediar un pronunciamiento de la mujer acerca de tal cuestión.

En conclusión, es de recibo el agravio de la parte actora respecto a lo dispuesto en el inciso 2º del literal b) del artículo 13 del Decreto 375/012, por lo que corresponde acceder a la anulación del mismo.

VII) Que, se impugna el artículo 16 del Decreto multicitado, por entenderse que al eliminarse 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 M.S.P. sostiene que: “...el legislador no puede conceptuar que es “grave riesgo de salud”, solo realiza la enunciación y la reglamentación sólo puede limitarse a establecer el concepto de salud el que a su vez tiene una definición legal dada por la Ley 11. 246 y el facultativo que intervenga, de acuerdo al caso concreto a establecer en qué circunstancia existe grave riesgo para la salud e incluso vida de la mujer.....” (fs. 36 vto. de autos).

El artículo 6º de la Ley 18.987, establece que fuera de las circunstancias, plazos y requisitos establecidos por los artículos 2 y 3, la interrupción del embarazo sólo podrá realizarse, entre otros supuestos, cuando la gravidez implique “...un grave riesgo para la salud de la mujer. En estos casos se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer...” (literal A).

El Decreto reglamentario, a su vez, en el artículo 16 establece que:

”...Se entiende por grave riesgo para la salud de la mujer embarazada o para la vida, toda circunstancia que implique, a criterio del médico tratante, riesgo para la salud bio-sico social o vida de la mujer...”.

En primer lugar, debe señalarse que el Decreto elimina la 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, subjetivo.

La Administración sostiene que se ha recogido el concepto establecido en la Ley 11.246, pero es el caso que la precitada ley, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 1949, en realidad, en su único artículo, lo que hace es aprobar la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en cuyo preámbulo, a título meramente declarativo, enuncia una serie de cualidades que debe reunir el estado de salud.

Con estos supuestos resulta, por lo menos, discutible su aplicación al tema de autos.

En realidad, el literal A) del artículo 6º no constituye una novedad en la legislación patria, ya que aluden al aborto terapéutico strictu sensu, que es el que se practica para salvar la vida de la mujer; y, el lato sensu, que es el que se efectúa cuando lo que está en riesgo no es la vida, sino la salud de la mujer (Cfm. artículo 328, ordinal 3º, del Código Penal).

En un caso, se acude a la teoría del mal menor, haciendo prevalecer la vida de la madre, existente y plena, por sobre la del concebido, y, en el segundo caso, la hipótesis aparece limitada por la calificación de gravedad, respecto de la entidad de la lesión que puede sufrir la mujer (Cfm. LANGÓN CUÑARRO, Código Penal anotado, tomo II, pág. 778 y ss.).

En este orden de ideas, la propia norma legal 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 (inciso A, segundo párrafo del artículo 6º).

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.

En realidad, como expresa en su voto el Sr. Ministro, Dr. Ricardo Harriague: "...el alcance que el artículo 16 del Decreto confiere a la expresión grave riesgo para la vida o salud de la mujer embarazada, amplía ilegítimamente el concepto dado en el artículo 6º, literal A), de la ley, limitando, en consecuencia, el ámbito de la objeción de conciencia establecido en el artículo 11, inciso final.

En efecto, 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 artículo 6º, 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....”.

En este caso, nuevamente, se ha exacerbado la potestad reglamentaria, definiendo, mutilando y ampliando lo que la Ley no prevé, hipótesis que determina la nulidad del artículo 16 en estudio.

VIII) Que, asimismo, se impugna, el artículo 28 del Decreto 375/012, que establece: "...La objeción de conciencia sólo es válida para abstenerse de intervenir en los procedimientos previstos por el inciso 5º del Artículo 3º de la Ley N° 18.987 y no para abstenerse de actuar conforme a los incisos 1º a 4º del Artículo 3º de la ley.

Sólo podrán objetar de conciencia las personas físicas, no existiendo tal derecho para las personas jurídicas....”.

En lo que interesa al estudio del presente punto, debe recordarse que el inciso 1º de la Ley 18.987 establece que: “.....(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 3º y el Artículo 6º de la presente ley, deberán hacerlo saber a las autoridades de las instituciones a que pertenecen....”.

Como cuestión liminar corresponde señalar que el inciso 2º del artículo 28 del Decreto no presenta observaciones, por lo que queda fuera del debate.

En relación al inciso 1º del artículo 28, cabe señalar que, de la mera confrontación de su texto y el transcripto del artículo 11 de la Ley, se advierte que el reglamentador se apartó de la solución legal al omitir incluir, entre las hipótesis de objeción, las previstas en los literales B) y C) del artículo 6º, expresamente incluidas en el texto legal, desde que, en su último inciso, éste excluyó el supuesto del literal A) del citado artículo 6º.

El segundo problema que plantea este inciso 1º del artículo 28, y que se reitera, luego, en el inciso 1º del artículo 29, dice relación con la limitación (“sólo”) que estatuye en cuanto al alcance de la objeción de conciencia.

La parte demandada sostiene que el legislador ha seguido la jurisprudencia a nivel internacional y que: “...tan solo se puede objetar el acto concreto, lo que excluye al resto de los actos previos y posteriores a la interrupción y es justamente lo que establece el decreto que se impugna....”, concluyendo en que nada se innova o modifica lo que la ley dice en este aspecto (fs. 34 de autos, subrayado del Redactor).

El Tribunal no participa de este punto de vista.

La cuestión debatida, en este caso, no parece circunscribirse a determinar la correspondencia entre lo legislado y lo reglamentado, sino que, más bien, lo que aquí se evidencia es una distinta concepción de la objeción de conciencia entre legislador y autoridad administrativa.

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 omnicomprendiva de todas las etapas necesarias para la práctica del aborto y no solo del acto concreto de la ejecución de aquél.

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 5º del artículo 3º y artículo 6º...."; procedimientos en plural, y, no de acto (en singular).

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.

En suma, se anulará este inciso 1º del artículo 28 del Decreto en examen.

IX) Que, igualmente la parte actora, cuestiona lo dispuesto por el artículo 29 del decreto 375, 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 agravio se limita a lo dispuesto en el inciso 1º del precitado artículo (fs. 10 vto de autos), el que dispone que. "...Sólo podrán objetar de conciencia el personal médico y

técnico que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo de acuerdo al inciso quinto del artículo tercero y el artículo seis, literales B y C, de la Ley N° 18.987...”.

Como se ha visto en el Considerando anterior, el artículo reconoce el derecho de objeción de conciencia no sólo a los médicos, sino, además, al “...personal de salud...”, por lo que le asiste razón a la parte actora que, en el supuesto legal, están comprendidos los clínicos, paraclínicos y personal administrativo, por lo que se trata de un nuevo apartamiento del reglamentador del claro texto legal.

Ahora bien, el Tribunal no puede acoger esta pretensión de los accionantes, en la medida que todos los actores comparecientes son médicos ginecólogos y, por consecuencia, carecen de legitimación activa para agraviarse de tal limitación (artículo 309 de la Constitución).

En cambio, se recepcionará la pretensión de los impugnantes en cuanto este inciso 1° del artículo 29 del Decreto 375, reiterando lo expuesto en el artículo anterior, limita la objeción de conciencia al personal médico y técnico “...que deba intervenir directamente en una interrupción de embarazo...” (subrayado del Redactor), desde que, como señalan los accionantes, el texto legal no efectúa distinción alguna entre acciones directas e indirectas.

X) Que, en relación a la impugnación de los artículos 30, 31, 32 y 35 del Decreto en examen, el Tribunal desestimaré la demanda.

El artículo 30 excluye del derecho de objeción de conciencia “...al personal administrativo, operativo y demás personal que no tenga intervención directa en el acto médico respectivo.

No se podrá invocar objeción de conciencia en actos posteriores a la realización de la interrupción del embarazo...”.

Como se ha dicho en el Considerando anterior y en la interlocutoria N° 297/2014 del 14 de agosto de 2014, los actores (médicos ginecólogos), carecen de legitimación activa para impugnar la norma en estudio, desde que la norma no les alcanza en su esfera personal.

El artículo 31 dispone que la objeción de conciencia se presentará en forma escrita ante las instituciones en que el objetor presta servicios, especificando el contenido de dicha declaración.

A su vez, el artículo 32 preceptúa que “.....Solo serán válidas las objeciones de conciencia que sigan los procedimientos establecidos en la presente reglamentación...”.

Las normas reglamentarias transcriptas no exorbitan el texto legal y, en realidad, a juicio del Tribunal, asiste razón a la Administración en cuanto a que se establece una forma de manifestar el derecho en cuestión que, por lo demás, constituye un elemento probatorio.

Al respecto expresa en su voto, la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón: "... ..El hecho de que el objetor deba expresar su voluntad por escrito a la Dirección Técnica de cada institución en las que preste servicios, no se advierte que vulnere lo dispuesto en la ley que reglamenta.

Por el contrario, no solo se evidencia necesario que cada institución conozca la voluntad de sus profesionales médicos ginecólogos a fin de organizar sus cuadros, sino que mal puede afectar la situación de los médicos, hacer saber su objeción de conciencia, fundamentada en valores personales que sobradamente se pusieron de manifiesto en la demanda.

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.....".

Finalmente, el artículo 35 del Decreto 375 dispone que: "...Quienes no hayan presentado objeción de conciencia o hayan desistido de la misma no podrán negarse a realizar los procedimientos a efectos de la interrupción del embarazo....".

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 del Decreto, se considera ajustada a derecho.

XI) Que, el art. 15 de la Ley 18.987 encomienda al Poder Ejecutivo que, en el plazo de treinta días de su promulgación, reglamente la Ley.

Al respecto, enseña SAYAGUES que: "...El reglamento es un acto administrativo y por lo tanto se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior: constitución y ley. De ahí que toda violación de éstas o de los principios que las informan, invalida el reglamento y los jueces pueden declarar la ilicitud..." (Tratado..., tomo I, pág. 129 y ss.).

En sentencia N° 545/2014, del 23 de octubre de 2014, el Tribunal expresó que: "..... El reglamento de ejecución de ley, como enseña CAJARVILLE: "...se dicta con el motivo de que existe una ley a ejecutar y con la finalidad de ejecutarla; para decirlo con las palabras de nuestra Constitución, con la finalidad de ejecutarla y hacerla ejecutar." (CAJARVILLE, Juan Pablo: "Relaciones entre reglamento y Ley en el Derecho uruguayo", en Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, FCU, 3ª Edición, 2012, pág. 471).

Sucede 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.....”.

Como se ha expresado en los Considerandos precedentes, los artículos 7, inciso 2º; 8, incisos 1º, 2º y 3º; último inciso del artículo 12, 16, el inciso 2º del literal b) del artículo 13, 16, y los incisos 1º de los artículos

28 y 29 del Decreto 375/012 exorbitan el marco legal que reglamentan y por lo tanto el Tribunal dispondrá la anulación de los mismos.

La decisión anulatoria se dictará con efectos generales y absolutos, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 311 de la Constitución e inciso 3º del artículo 28 del Decreto-Ley 15.524.

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 2º, 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).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

FALLA:

Haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en su mérito, anulando, con efectos generales y absolutos, las siguientes normas del Decreto 375/012, del 22 de noviembre de 2012: 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 lite-

ral b) del artículo decimotercero; e) artículo decimosexto; f) el inciso primero del artículo vigesimooctavo; y, g) el inciso primero del artículo vigesimonoveno.

Desestimando la demanda respecto de los artículos 30, 31, 32 y 35 del precitado Decreto.

Sin especial condenación.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora, en la suma de \$ 22.000 (pesos uruguayos veintidós mil).

Oportunamente, devuélvase los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Sassón, Dr. Harriague, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Tobía, Dr. Echeveste.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

RECENSIONES

**ACCADEMIA DEI IUSPRIVATISTI EUROPEI. GIUSEPPE
GANDOLFI (COORDINATORE),
Codice europeo dei contratti. Progetto Preliminare.
Edizione Dott. A. Giuffrè, Milano, 2014, 270 pp.
ISBN 9788814202100**

Desde su fundación a principios de la década de los 90, la Academia de Iusprivatistas Europeos, conocida como Academia de Pavía, ha venido desarrollando, bajo la coordinación de Giuseppe Gandolfi, diversas actividades tendientes a la elaboración de un *Proyecto de Código de Contratos* de carácter uniforme para toda el área de la Unión Europea.

A diferencia de otras iniciativas, como la protagonizada por el grupo de los profesores Ole Lando y Hughe Beale, la línea metodológica rectora de la Academia de Pavía fue la consideración de que no debe seguirse la pretensión de unificación de los principios de base, las categorías estructurales y los mecanismos conceptuales sobre cuya base las soluciones mismas se construyen, sino la consagración de soluciones concretas a problemas determinados¹. El corolario de esta actitud intelectual fue pensar en la elaboración de un código nuevo, aunque no necesariamente compuesto de artículos nuevos. Los juristas de la Academia de Pavía se inspiraron en “modelos” existentes, que fueron reputados representativos de las experiencias jurídicas más extendidas en Europa. Estos modelos concretos fueron dos: el Libro IV del *Codice Civile italiano*, y el proyecto británico de *Contract Code*, de Harvey MacGregor. La labor emprendida por los juristas de Pavía, coordinando el Libro IV del *Codice Civile italiano* de 1942 con el *Contract Code* de MacGregor, constituyó un esqueleto que incorporó arquetipos jurídicos de las principales culturas de Europa.

Este trabajo, por otra parte, trascendió en ámbito geográfico europeo. La iniciativa de reflexión sería sobre la disciplina contractual importa también, en una perspectiva comparatista, en el ámbito latinoamericano, como ha sido señalado por amplia doctrina.²

¹ Gandolfi, Giuseppe (coord.), *Code Européen des Contrats, Avant projet*, Livre I, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 109 y ss.

² Díaz Alabart, Silvia, La armonización del derecho de contratos en la Unión Europea y en el continente sudamericano, en *Revista de Derecho Privado*, N.º 4, julio-agosto de 2012, pp. 115 y ss.; García Cantero, Gabriel, *Desde*

Luego de una década de estudio, vio la luz el Proyecto de Libro Primero, conteniendo disposiciones sobre el contrato en general, ordenadas en los art. 1 al 173 y luego el Proyecto de Libro Segundo Título Primero, dedicado enteramente al contrato de compraventa, cuya disciplina se prevé en los art. 174 al 229.³

La Academia continuó sus tareas examinando los distintos contratos especiales.⁴

En diciembre de 2014, el tesón de Giuseppe Gandolfi, coordinador de los trabajos, profesor emérito de la Universidad de Pavía, hizo posible la continuación de la construcción formal del Proyecto, con aparición del libro que contiene la propuesta de la Academia sobre la disciplina de los contratos de servicio, que comentamos brevemente a continuación.

El volumen, de 270 páginas, está compuesto por dos partes de extensión similar. Una primera, que contiene el articulado de esta parte del Proyecto, que va del art. 230 al art. 298, y una segunda, que da cuenta de la Relación del Coordinador, Giuseppe Gandolfi, documento éste de gran interés por cuanto contiene una amplia y actualizada recopilación del derecho comparado a la que es fácil recurrir para verificar el estado del arte en cada uno de los temas.

El articulado regula los siguientes contratos de servicio: mandato, comisión, agencia de comercio, mediación de negocios, contrato de obra, contrato de arrendamiento de servicios, prestaciones intelectuales, profesiones liberales, depósito, contrato de destinación y transporte.

El primer mérito que puede mencionarse de esta propuesta es el contener en un solo título la disciplina de un conjunto de contratos sin duda emparentados por la circunstancia

Sudamérica recomiendan como modelo el Código Europeo de Contratos, (De Pavia a Tucumán, y regreso), en Revista Jurídica del Notariado, n. 78, abril-junio 2011, p. 541. Gatt, Lucilla, *Il diritto contrattuale europeo, de l'armonizzazione a l'uniformazione*, ponencia para el Open Seminar "I progetti di unificazione del diritto dei contratti in Europa e America Latina", Università degli Studi Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza (Napoli)/ Accademia dei Giusprivatisti Europei, Sede di Napoli/Deutscher Akademische Austausch Dienst, 7 de diciembre de 2012, recuperado de <http://www.unisob.na.it/ate-neo/d005/gatt.pdf>. Luminoso, Angelo, Dall'America Latina un messaggio per l'Unione europea sul diritto dei contratti, en *Contratto e impresa*, N.º 2, julio-diciembre 2012, pp. 577 y ss. Kindler, Peter, Von Pavia über Tucuman nach Brüssel; Anregungen aus der Neuer Welt für das gemeinsame Europäische Kaufrecht, en *Juristen Zeitung*, 14/2012, pp. 712 y ss.; Leiva Fernández, Luis, Le Congrès des civilistes latino-américains à Tucuman. Les Bases d'un "Code des Contrats" sur le continent sud-américain, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, N.º 1, 2012, p. 334 y ss.; Lipari, Nicola, Quali prospettive per un "codice europeo dei contratti", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, giugno 2012, pp. 719 y ss.

³ El Proyecto del Libro I, juntamente con las Relaciones del Coordinador, ha sido publicado por primera vez en el 2001. Una segunda edición, revisada y corregida, acompañada de un amplio índice analítico-alfabético, y las traducciones integrales del Proyecto en alemán, inglés, español e italiano, ha sido publicada en el 2002. En el 2004 apareció una reedición "de bolsillo", ulteriormente revisada y corregida. En el 2007 se publicó el volumen conteniendo el Título primero del Libro Segundo, sobre los contratos en particular, que trata sobre el contrato de compraventa y colaterales (venta a prueba, a ensayo y sobre muestra, venta con reserva de dominio, leasing, venta con pacto de retroventa, contrato estimatorio, suministro, venta con pacto de exclusividad, concesión de venta, franchising, venta en remate público).

⁴ En el 2008 se publicó, siempre por la editora Dott. A. Giuffrè, de Milán, una recopilación de informes de miembros de la Academia y de expertos sobre los distintos contratos nominados.

de que su prestación característica es un hacer, una gestión: ya sea con una coloración jurídica, en el mandato, en el que la gestión se expresa en la celebración de negocios, ya más bien material en los contratos de locación de obra o servicio; ya recostada más que nada en el primer caso a la consecución de un resultado, ya consistente más bien en la prestación de una actividad que en sí misma, en forma continuada, satisface un interés durable del acreedor, en el segundo; ya la mediación en un negocio, ya la custodia de un bien, ya una actividad calificada por la colaboración con otro empresario comercial en una determinada zona, ya la participación en un transporte o la prestación de actividad intelectual.

El producto inmediato de esta reunión de esta panoplia de contratos es la natural decantación, en el capítulo I, de ciertas “Disposiciones comunes”, que resultan de evidente utilidad para el intérprete, ya que reflejan el estado del arte en el sector contractual de referencia.

Particular destaque merece la formulación, entre estas disposiciones comunes, de deberes de cooperación, siguiendo la corriente que exige a las partes la profundización de los deberes de buena fe y de consideración del interés de la contraparte, evitando en lo posible todo perjuicio (art. 233), así como la clara enumeración de derechos, deberes y remedios de las partes, que son genéricamente definidas como comitente (que comprende las figuras del mandante, locatario de obras o servicios, depositante, cargador o pasajero, cliente, etc.) y cooperante (que evoca la figura del mandatario, del locador de obra o servicio, del profesional liberal, del depositario, del transportista, etc.) (art. 238 a 242).

En especial es de resaltar que en los casos en que las disposiciones nacionales requieran que el cooperante cuente con habilitación para el ejercicio de la actividad, su ausencia configurará una causa de nulidad del contrato. Del mismo modo se requiere, so pena de nulidad, la previa contratación por el cooperante de una congrua cobertura asegurativa. Estas previsiones constituyen un ejemplo de la ascensión de las normas tuitivas de los consumidores a los códigos civiles, como ha ocurrido en el *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* recientemente aprobado en el 2014, y que forma parte del proceso que la doctrina ha calificado de “recodificación del derecho contractual”⁵

Entre las referidas disposiciones generales, es de subrayar, como novedad en el derecho europeo, el art. 237, que prevé y disciplina la constitución de un “patrimonio separado” (*trust*). Se genera así, dentro del área de la comunidad europea, una clara normativa sobre la posibilidad de utilizar la herramienta del fideicomiso para realizar negocios, marcando como

⁵ Díez Picazo, Luis, *Codificación, descodificación, recodificación*, en Anuario de Derecho Civil, vol. 45, n. 2, 1992, p. 473-484. Corral Talciani, Hernán, *La descodificación del Derecho Civil en Chile*, en Alejandro Guzmán Brito, *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 641-651.

esencia del negocio fiduciario la segmentación patrimonial con fines de utilización exclusiva para las prestaciones establecidas en el contrato.

Luego de estas disposiciones comunes, se abren los capítulos referidos a los distintos contratos nominados que integran el título.

El mandato se encuentra regulado por los arts. 243 a 255, previéndose la figura del mandato con y sin representación. Es de destacar que cuando el mandato opera sin representación, el mandatario, siempre actuando por cuenta del mandante, adquiere personalmente derechos y obligaciones, pero los bienes no son objeto de la acción ejecutiva que tutela a los acreedores del mandatario, siempre que se trate de bienes individualizables y el mandato conste con fecha cierta.

Luego siguen las normas sobre el contrato de comisión (arts. 250 a 255) y de agencia de comercio (arts. 256 a 258). El contrato de mediación o corretaje para la concertación de negocios - que genera dificultades en la práctica en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes en el caso de incumplimiento del contrato celebrado gracias a la mediación - es regulado con particulares disposiciones en los art. 259 a 263.

Los arts. 264 a 274 se abren sobre el contrato que es posiblemente el núcleo de la normativa: el contrato de locación de obra, como separado del contrato de locación de servicios (arts. 275 a 279). Se postergan los criterios de existencia o no de una organización empresarial, o el carácter material o inmaterial de los trabajos, para acoger como pauta principal la que focaliza si el contrato está dirigido a un resultado o a una actividad independiente del resultado.

Finalmente aparecen normas relativas a los contratos que generan prestaciones intelectuales o de las profesiones liberales (art. 280 a 282), al depósito (art. 283 a 287); del contrato de destinación (art. 288 a 292) y del transporte (art. 293 a 298).

Huelga referir la importancia -en la coyuntura actual- de este género de contratos que pueden ser agrupados bajo la denominación de contratos de servicios, particularmente en lo que respecta a la problemática de la integración económica. El futuro del desarrollo de nuestras sociedades está fuertemente vinculado a la internacionalización de los contratos de servicios, y el avance en una armonización y aún en una unificación del derecho en esa área resulta importante para promover los intercambios a través de las fronteras, sobre todo en lo que respecta a las relaciones de consumo y a la actividad de las pequeñas y medianas empresas.

En efecto, en el mundo globalizado de hoy, son las grandes empresas las que mejor disfrutan la fluidez de las comunicaciones. Los consumidores y las pequeñas y medianas

empresas son renuentes a participar en el mercado global, entre otras razones, por la ausencia de una disciplina clara de los vínculos contractuales. El progreso en su establecimiento puede pues redundar en mejorar el perfil de la integración económica de modo que resulte beneficiosa para los intereses de los consumidores y de las pequeñas y medianas empresas.

En esa línea, el trabajo de la Academia, y particularmente, de su impulsor y clarividente coordinador, el profesor emérito Giuseppe Gandolfi, es de especial encomio.

No puede decirse que con este título segundo del Libro Segundo, el Proyecto de Código Europeo de Contratos esté terminado. Probablemente, la permanente mutación del Derecho Contractual, impuesta por el fluir de un comercio que ya carece de toda frontera, justifique la afirmación de que no lo estará nunca. Sin embargo, con esta incorporación del Título sobre los contratos de servicios a los cuerpos precedentes, a saber: la Parte General, y la Parte Especial sobre la compraventa, el Proyecto de Código de Pavía adquiere, por primera vez, lo que podríamos llamar, a semejanza de la gestación de los seres vivientes, la viabilidad: posee ya figura de código.

Si, en su más abstracta formulación, el comercio económico - que, como decía Domat, es la materia del contrato - recae sobre bienes y servicios, a la disciplina del Proyecto de Pavía sobre el intercambio de bienes (compraventa) le estaba faltando la relativa al comercio de los servicios. A partir de la publicación de este Título Segundo del Libro Segundo del *Proyecto de Código Europeo de Contratos*, la propuesta de la Academia de Pavía abarca no sólo la Parte General del Derecho de los contratos, y las normativas especiales de los principales contratos generadores de obligaciones de dar (compraventa), sino también las que corresponden a contratos productores de obligaciones de hacer (servicios), lo puede servir a los operadores jurídicos de punto de referencia para estar informados sobre las tendencias más actuales en la materia en el Derecho Comparado.

Carlos de Cores, Ph.D
Universidad Católica del Uruguay
cdecores@ucu.edu.uy

